



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

"2010- Año del Bicentenario de la Revolución de Mayo"



RESOLUCION OADPPT Nº 219

BUENOS AIRES, 27 DIC 2010

VISTO el Expediente del registro del MINISTERIO DE JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS DE LA NACION N° 190.166/2009 caratulado: "LEY 25.188 – POSIBLE VIOLACION AL ARTICULO 2° INC. C9 G) E I) – CONCESIONARIO DEL CORREDOR VIAL N° 28 – RUTAS DEL LITORAL S.A.", y

CONSIDERANDO:

Que el presente expediente fue iniciado en el ámbito de la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la OFICINA ANTICORRUPCION a raíz de la presentación efectuada el 23/11/2009 por la Licenciada Patricia Bullrich, en su carácter de Diputada Nacional, en virtud de la cual solicita se investiguen las "...posibles violaciones a la Ley N° 25.188 de Ética de la Función Pública por parte de la Presidenta de la Nación..." al suscribir el Decreto N° 902/2008.

Que asimismo, la Diputada Nacional alega que mediante el citado texto legal se habría aceptado la renuncia presentada por las empresas RUTAS DEL LITORAL S.A. y RUTAS PAMPEANAS S.A. -concesionarias de los Corredores Viales N° 28 y 31, respectivamente-, a reclamar la aplicación de la Tasa Interna de Retorno de determinados contratos de concesión de Obra Pública.

Que por otra parte sostiene que, el Presidente de la firma RUTAS DE LITORAL S.A. sería el Sr. Juan Carlos Relats, quien además "...alquila la Hostería Los Sauces, propiedad del matrimonio Kirchner, en el Calafate...". En consecuencia, a juicio de la denunciante, la Dra. Cristina Fernández de KIRCHNER habría infringido las disposiciones de los incisos c) y g) del artículo 2 de la Ley N° 25.188.

Que por otra parte, la Señora Legisladora alega que debería dilucidarse "...si la Presidenta podía o no firmar este Decreto, ya que el inciso i)



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

2010- Año del Bicentenario de la Revolución de Mayo



del artículo 2° de la ley de ética pública (ley 25.188) impone a todo funcionario "abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en la ley procesal civil", siendo una de estas causales ser "acreedor deudor o fiador de alguna de las partes" y "haber recibido beneficio de importancia de alguna de las partes".

Que en definitiva, a través de la presentación descrita en los Considerandos precedentes, la Licenciada Patricia Bullrich solicita la intervención de esta Oficina en orden a determinar las implicancias de la cuestión planteada a la luz de lo dispuesto por el artículo 2°, incisos c), g) e i) de la Ley de Ética de la Función Pública N° 25.188.

Que a los efectos de profundizar en el análisis del contenido del Decreto N° 902/2008, mediante la NOTA OA-DPPT/CL N° 3515 del 18/12/2009 se solicitó al Subsecretario de Coordinación y Control de Gestión del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS DE LA NACION, Lic. Roberto Baratta, la remisión del Expediente S01:0501629/2006 que -según surge del VISTO de la norma- hubo de dar lugar al dictado del aludido decreto (fs. 14).

Que con fecha 19/02/2010 -ante la falta de respuesta de la citada Cartera Ministerial- se libró la NOTA OA-DPPT/CL N° 318/10 mediante la cual se reiteró la remisión de las actuaciones (fs. 16).

Que con fecha 17/03/2010 ingresa en esta Sede la Nota N° 2061-ASUNTOS JURIDICOS de fecha 11/03/2010 suscripta por el Dr. Manuel F. KEUMURDJI, a cargo de la Subgerencia de Asuntos Jurídicos de la DIRECCION NACIONAL DE VIALIDAD, SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS del MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, mediante la cual remite copias certificadas del Expediente N° S01:0501629/2006 (fs. 19).

Que una vez iniciado el análisis de las actuaciones, la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia, tomó conocimiento que



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

"2010- Año del Bicentenario de la Revolución de Mayo"



el Señor Fiscal de Control Administrativo de esta OFICINA ANTICORRUPCIÓN, Dr. Julio F. Vitobello, había tomado intervención en el mencionado expediente en su carácter -en aquél entonces- de Síndico General de la Nación a cargo de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION, organismo de control interno que tomara intervención en los términos del artículo 104, inciso i) de la Ley N° 24.156, esto es, "asesoramiento en materia de control y auditoría" (fs. 143/146).

Que a raíz de ello y en el marco de lo normado por los artículos 17 inciso 7) y 30 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aplicable en virtud de la remisión dispuesta por los artículos 2, inciso i) de la Ley N° 25.188 y 6 de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549, el Señor Fiscal de Control Administrativo -mediante NOTA OA N° 803 del 7/04/2010 obrante a fs. 321- resolvió excusarse de entender en las presentes actuaciones, remitiéndolas a su superior jerárquico inmediato, el Señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dr. Julio ALAK a fin de que resolviera la cuestión y en caso de aceptar la excusación planteada, designara al reemplazante.

Que en consecuencia y mediante la Resolución MJSyDH N° 1253 del 18/05/2010 obrante a fs. 335/337, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, hizo lugar a la excusación planteada por el Titular de la OFICINA ANTICORRUPCIÓN, designando a la Dra. Claudia Alejandra Sosa -en su carácter de Directora de Investigaciones de este Organismo- para reemplazarlo en las presentes actuaciones.

Que iniciado entonces el análisis, se señala que mediante el expediente citado tramitó un proyecto de decreto -que fuera finalmente suscripto por la Señora Presidente de la Nación bajo el N° 902 de fecha 9/06/2008-, en virtud del cual se aceptó la renuncia presentada por las empresas concesionarias RUTAS DEL LITORAL SOCIEDAD ANONIMA y RUTAS PAMPEANAS SOCIEDAD ANONIMA, concesionarias de los Corredores N° 28 y 31, respectivamente, a reclamar la aplicación de la Tasa Interna de Retorno (T.I.R.), dejándose sin efecto su aplicación a los Contratos de Concesión de Obra Pública,



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

"2010- Año del Bicentenario de la Revolución de Mayo"



Corredor N° 28 –Grupo XXV de la Red Vial Nacional –RUTA NACIONAL N° 11-
TRAMO: RESISTENCIA – LIMITE CON LA REPUBLICA DEL PARAGUAY y
RUTA NACIONAL N° A011 – TRAMO: EMPALME RUTA NACIONAL N° 11 –
PUERTO PILCOMAYO, en las Provincias del CHACO y FORMOSA y al Contrato
de Concesión de Obra Pública, Corredor N° 31 – Grupo XXVII de la Red Vial
Nacional – RUTA NACIONAL N° 33 – TRAMO: BAHIA BLANCA – EMPALME
RUTA NACIONAL N° 5 – PROVINCIA DE BUENOS AIRES, al tiempo que se
dispuso la aplicabilidad a su respecto de la metodología de ajuste de precios que
como Anexo forma parte integrante de la medida.

Que en definitiva, el objeto que tuvo en mira el decreto en
análisis fue aprobar una renegociación contractual de las concesiones de obra
pública subvencionada sin derecho al cobro de peaje, en base a la metodología
de ajuste de precios expresada en el Anexo de la propia norma, dejándose sin
efecto la aplicación de la T.I.R a la luz de la renuncia practicada por las
concesionarias.

Que asimismo, surge del expediente que han tomado
intervención las áreas técnicas y jurídicas con competencia en la materia, como
también las autoridades responsables involucradas en la tramitación del proyecto
de decreto, tanto la Dirección Nacional de Vialidad como otras áreas del
MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y
SERVICIOS, así como también, la Dirección de Asuntos Jurídicos del
MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCION, no formulando ninguna de ellas
reparos a la tramitación del aludido proyecto, tal y como lo señalara
oportunamente la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION en su intervención
obrante a fs. 124/127.

Que por otra parte, se ha expedido, en su carácter de
SERVICIO JURIDICO PERMANENTE de la PRESIDENCIA DE LA NACION, la
Dirección General de Asuntos Jurídicos de la SECRETARIA LEGAL Y TECNICA
de la PRESIDENCIA DE LA NACION mediante el Dictamen de fecha 17/01/2008
que obra a fs. 260/264 del expediente.



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción



Que en la oportunidad mencionada precedentemente, ese SERVICIO JURIDICO PERMANENTE refirió que, la Ley N° 25.561 que declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria dispuso en su artículo 8° que *"...en los contratos celebrados por la Administración Pública, bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio..."*.

Que por otra parte, ese Cuerpo de Abogados recuerda que, el artículo 9° del citado texto normativo *"...autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar dichos contratos"*.

Que asimismo, menciona que el Decreto N° 311/03 reglamentó la renegociación de determinados contratos de obras y servicios públicos y que dicho decreto *"...determinó los sectores de servicios públicos que se encontrarían alcanzados por el proceso de renegociación que llevaría a cabo la UNIDAD DE RENEGOCIACION Y ANALISIS DE CONTRATOS DE SERVICIOS PUBLICOS, creada por el artículo 1° de la norma en comentario, la cual actuaría conforme a las disposiciones allí fijadas"*.

Que agrega asimismo que, *"En efecto, el artículo 4° del decreto en cita encomendó a la UNIREN la renegociación, entre otras, de las concesiones viales con cobro a usuarios, incluidos los accesos a la ciudad de Buenos Aries; sin contemplar a los concesionarios de obra pública subvencionada, sin derecho a cobro de peaje"*.

Que por otra parte cita, -tal y como lo expresara la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCION a fs. 62/70-, que por imperio de las disposiciones de la LEY DE EMERGENCIA, el mecanismo de ajuste dispuesto por la Cláusula 6ª que rige este tipo de contratos, ha quedado sin efecto, motivo por el cual los concesionarios solicitaron una readecuación contractual.



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción



Que advierte asimismo -en el mismo sentido que lo hiciera el Servicio Jurídico de la Cartera Ministerial referida- que "...el Pliego de Bases y Condiciones para la Precalificación de Firmas para la Licitación de Corredores Viales con Financiamiento Privado- Título II "De la Explotación", Punto 3 "Reajustes de la cuota resarcitoria por razones excepcionales" establecería que 'si con posterioridad al inicio de la cuota resarcitoria, el concedente, ya sea por iniciativa propia o a pedido fundado del ente concesionario, considerara que por extrema excepción plenamente justificada fuera conveniente modificar el monto de la cuota resarcitoria, podrá pactarse la fijación de nuevos valores para esta última o la variación del plazo de la Concesión, de manera de contemplar tal extrema excepción y de no alterar la ecuación económica-financiera del Ente concesionario, sometiéndose dicho acuerdo a la aprobación del Poder Ejecutivo Nacional".

Que a raíz de la situación planteada menciona que "...los organismos técnicos competentes, entendiendo que los contratos que nos ocupan guardan similitud con los Contratos del Sistema C.RE.MA. -que si cuentan con un sistema de reajuste de precios- propusieron la aplicación a aquéllos de una fórmula polinómica cuyos monomios representen la incidencia de cada uno de los rubros de los ítems relacionados con las obras mejorativas y gastos de explotación, administración y servicios al usuario".

Que refiere asimismo que, en el marco de lo señalado por la Gerencia de Asuntos Jurídicos de la DIRECCION NACIONAL DE VIALIDAD, "...al encontrarse la fórmula propuesta inspirada en normas de redeterminación, implica la aplicación de índices oficiales que integran los parámetros a ser considerados, lo que evidenciaría la ausencia de uniformidad en la consecución del contrato, ya que la evolución en más o en menos del mismo, se encontrará enlazada a índices elaborados por el Estado que en ningún caso permitirá el control de la variable T.I.R. (v.fs. 7/11)".

Que sobre esta base, surge de lo previsto por el artículo 1° del decreto que, se acepta la renuncia presentada por las empresas



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

concesionarias a reclamar la aplicación de la tasa interna de retorno y dispone - por vía del artículo 2º-, que a los Contratos de Concesión de Obra Pública en cuestión (subvencionada, sin derecho a cobro de peaje), les resultará aplicable la metodología descrita en el Anexo que forma parte integrante del decreto.

Que en este sentido, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la SECRETARIA LEGAL Y TECNICA DE LA PRESIDENCIA DE LA NACION concluye que "...la posibilidad de renegociar los contratos de marras instituyendo una nueva metodología de ajuste de precios hallaría su amparo en las prescripciones del artículo 9º del mentado texto legal, que autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar los contratos comprendidos en lo dispuesto en el artículo 8º de esa ley".

Que asimismo recuerda, lo sostenido por la PROCURACION DEL TESORO DE LA NACION en el sentido de que "La renegociación autorizada al Poder Ejecutivo Nacional por el artículo 9º de la Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario abarca a los contratos comprendidos en el artículo 8º, es decir, a todos los celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos".

Que teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley N° 25.561 dispuso la creación de la COMISION BICAMERAL DE SEGUIMIENTO DE LAS FACULTADES DELEGADAS AL PODER EJECUTIVO NACIONAL a los efectos que dicha Comisión tome intervención en todas las renegociaciones contractuales practicadas por el PEN, el citado Servicio Jurídico Permanente de la PRESIDENCIA DE LA NACION consideró aplicable al caso lo normado por el artículo 4º de la Ley N° 25.790 que establece la remisión por parte del PODER EJECUTIVO NACIONAL de las propuestas de los acuerdos de renegociación al HONORABLE CONGRESO DE LA NACION. De esta manera, recomendó la inclusión en el decreto de un artículo que disponga tal remisión; lo que así se hizo por vía del MENSAJE DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL N° 903 de fecha 9



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción



de junio de 2008, cuya copia certificada obra a fs. 297 de las presentes actuaciones.

Que por otra parte cabe destacar que también tomó intervención en el expediente bajo análisis, la PROCURACION DEL TESORO DE LA NACION mediante el Dictamen N° 088 del 6/05/2008 obrante en copia certificada a fs. 279/283 de las presentes actuaciones disponiendo -entre otras cosas- que "... el acto no resulta susceptible de reparos de índole jurídica, toda vez que el acto en curso cumple con la totalidad de los recaudos exigidos para el acto administrativo, en razón de encontrarse facultado para su dictado el Poder Ejecutivo".

Que en otro orden de ideas cabe señalar que, las evaluaciones técnico-económicas de la renegociación aprobada por aplicación de la metodología descrita en el Anexo que forma parte integrante del decreto y la renuncia a reclamar la aplicación de la Tasa Interna de Retorno ofrecida por las empresas concesionarias y también aprobada por vía del artículo 1° de la medida, han sido evaluadas como convenientes por las áreas técnicas competentes en la materia, mediante las intervenciones registradas en el curso de la tramitación del expediente.

Que de esta forma, es de mencionar la intervención de la Gerencia de Planeamiento, Investigación y Control de la DIRECCION NACIONAL DE VIALIDAD que analizó el tema en cuestión en el informe N° 1699 de fecha 16/05/2006 y la Subgerencia de Asuntos Jurídicos dictaminó en forma pormenorizada mediante el Dictamen N° 24.525 de fecha 21/11/2006 respecto de un corredor con modalidad subvencionada que coincide en su generalidad con el proyecto bajo análisis. Asimismo, la citada Subgerencia mediante el Dictamen N° 24.524 considera la presentación efectuada por el Concesionario del Corredor N° 31 (fs. 57/58; 53/55; 52; fs. 37/44 y fs. 27/36).

Que la Gerencia de Planeamiento, Investigación y Control mediante la Nota 1699 GPIC dirigida al Administrador de la DIRECCION



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

NACIONAL DE VIALIDAD, trata la presentación del Concesionario del Corredor N° 28, señalando que la alternativa a considerar es que la cuota resarcitoria podría ajustarse en función de la variación habida en los rubros que componen el precio de los ítem, excluido el IVA, extraídos de los análisis de precios existentes para cada trabajo a ejecutar referidos al mes de junio de 2002, que están aprobados y cuya razonabilidad ha sido verificada en oportunidad de la renegociación del contrato. *"La fórmula del contrato podría ser una fórmula polinómica, cuyos monomios representen la incidencia de cada uno de los rubros de los ítems relacionados con las obras mejorativas y gastos, aplicando la redeterminación a las obras faltantes de ejecutar"*.

Que la Gerencia de Obras y Servicios Viales de la DIRECCION NACIONAL DE VIALIDAD mediante la Nota N° 009699 del 1/10/2007 propone una metodología que adjunta y que sostiene podría adoptarse a efectos de su inclusión como Anexo (fs 59/60).

Que asimismo el 2/10/2007 el Administrador General de Vialidad eleva al Secretario de Obras Públicas del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS DE LA NACION el proyecto de decreto relacionado con la aplicación de la metodología de readecuación de precios de los Contratos COT (Contratos de Construcción, Operación y Transferencia), correspondientes a los Corredores Viales N° 28 y 31.

Que mediante el Dictamen N° 195.274 del 24/10/2007 la Dirección General de Asuntos Jurídicos y la Dirección de Asuntos Administrativos, Laborales, Contractuales y Financieros del MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCION DE LA NACION expusieron que *"...se dictó el Decreto PEN N° 311/2003 y la Resolución MECON N° 20/2002 por los que se crearon la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos y se dictaron las normas de procedimiento para la renegociación de dichos contratos, encomendándose, a la citada Unidad, la renegociación de los contratos de concesiones viales con cobro a usuarios, incluidos los accesos a la Ciudad de Buenos Aries, entre otros, pero quedando fuera de estas previsiones, los*



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción



contratos de concesión de obra pública subvencionada sin derecho a peaje, regidos por la Ley 17520 y complementarias, como es el caso de marras".

Que por otra parte agregan ambas Direcciones que, "...es menester poner de relieve que la Cláusula 6ª que rige este tipo de contratos (denominado COT – Contratos de Construcción, Operación y Transferencia) establece el ajuste de la cuota resarcitoria mediante un factor de ajuste que surge de la variación del índice oficial de precios al consumidor de los Estados Unidos de América. Al quedar sin efecto cualquier mecanismo de ajuste por imperio de lo normado en la Ley de Emergencia (N° 25561), los concesionarios solicitaron la readecuación contractual en virtud de lo previsto en el Pliego de Bases y Condiciones para la Precalificación de Firmas para la Licitación de Corredores Viales con Financiamiento Privado – Título II "De la Explotación", punto 3 "Reajustes de la cuota resarcitoria por razones excepcionales" donde se establece que "si con posterioridad al inicio de la cuota resarcitoria, el concedente, ya sea a iniciativa propia o a pedido fundado del ente concesionario, considerara que por extrema excepción plenamente justificada fuera conveniente modificar el monto de la cuota resarcitoria, podrá pactarse la fijación de nuevos valores para esta última o la variación del plazo de la Concesión, de manera de contemplar tal extrema excepción y de no alterar la ecuación económica – financiera del Ente Concesionario, sometiéndose dicho acuerdo a la aprobación del Poder Ejecutivo Nacional" (la negrilla no pertenece al texto original).

Que asimismo expresan que "Siguiendo este orden de ideas, mediante el Decreto PEN N° 701/2005, se aprobaron los convenios suscriptos entre la Dirección Nacional de Vialidad y las Empresas Rutas del Litoral S.A. y Rutas Pampeanas S.A., contratistas del Corredor Nro. 28-Grupo XXV y del Corredor Nro. 31-Grupo XXVI de la red vial nacional, respectivamente, por los que se restablecieron los valores de la ecuación económica financiera del contrato a junio de 2002".

Que por otra parte mencionan que "...tampoco resulta aplicable a este tipo de contratos, la metodología de redeterminación de precios



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

instrumentada en el Decreto 1295/2002 y normas complementarias cuyo art. 1° expresamente estipula que "la presente metodología de redeterminación de precios será aplicable a los contratos de obra pública regidos por la Ley N° 13.064 y sus modificatorias, con las previsiones del presente decreto, con excepción de las concesiones con régimen propio y cobro derecho al usuario, como así tampoco los contratos de concesión de obra y servicios, licencias y permisos".

Que en definitiva, por las razones técnicas y jurídicas descriptas por las áreas intervinientes a las que se hizo mención en los Considerandos precedentes, se aprobó la metodología de ajuste (renegociación) expresada en el Anexo de la medida.

Que finalmente, también tomó intervención la UNIDAD DE AUDITORIA INTERNA del MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS mediante la Nota UAI N° 420/07 manifestando que constató la intervención de todas las áreas con competencia específica en la materia y que asimismo, ninguna de ellas hubo de formular objeciones al progreso de la medida (fs. 124).

Que como consecuencia de lo expuesto y en los términos previstos en la LEY N° 24.156 DE ADMINISTRACION FINANCIERA Y DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DEL SECTOR PUBLICO NACIONAL -aplicable al Sector Público centralizado y descentralizado conforme lo dispone su artículo 8°-, es dable señalar que, las decisiones administrativas preparatorias que integran la voluntad final de la Administración Pública -manifestada en el caso, a través del Decreto N° 902/08-, habrían sido adoptadas una vez agotadas las instancias de examen y análisis que exigen las normas procedimentales que resultan de aplicación a los circuitos inherentes a las estructuras organizativas de los organismos intervinientes en el trámite.

Que conforme lo expuesto, la intervención de todas las áreas competentes exhibe un razonable control de legalidad y de gestión, a través del cual se comprueba, "...entre otros aspectos que hacen al debido cumplimiento



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción



normativo: si los órganos decisores eran competentes, si se siguieron los procedimientos administrativos debidos, si se respetó la finalidad de la ley, si la decisión era fundada, si era razonable, etc... Nunca una adecuada gestión puede, en aras de lograr la eficiencia y eficacia, encontrarse de contramano con el debido acatamiento normativo. La ecuación es inversa: sólo la estricta observancia normativa puede llevar a asegurar que la gestión se asiente en criterios de economía, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos. Cuando este 'deber ser' no se verifique, el organismo fiscalizador deberá proponer las reformas necesarias" (Texto institucional y comentado del Título VI 'Del Sistema de Control Interno' de la Ley N° 24.156, Comisión de Redacción creada por Resoluciones Números 25/02-SGN y 41/02-SGN- Año 2003, pág. 67).

Que por otra parte, en cuanto a la última fase de tramitación del expediente que representó la remisión del Decreto al HONORABLE CONGRESO DE LA NACION por vía de su artículo 4°, resulta oportuno efectuar las consideraciones que más abajo se exponen.

Que el Decreto N° 902/2008 -objeto de la denuncia que practicara la Licenciada Patricia Bullrich en su carácter de Diputada de la Nación- dispone la renegociación contractual de las concesiones de obra pública subvencionada sin derecho al cobro de peaje, en base a la metodología de ajuste de precios que como Anexo forma parte integrante de la medida.

Que dicha renegociación fue dispuesta por el PODER EJECUTIVO NACIONAL en el marco de las facultades asignadas por el artículo 9° de la Ley N° 25.561 en relación a los contratos comprendidos en el artículo 8° de la norma que incluye los celebrados por la ADMINISTRACION PUBLICA NACIONAL bajo normas de derecho público -entre ellos-, los de obras y servicios públicos.

Que es la propia Ley que le otorga al CONGRESO DE LA NACION la facultad ulterior de contralor sobre las renegociaciones que practique y proponga el PODER EJECUTIVO NACIONAL, dado que por vía de su artículo



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción



20 dispone la creación de la COMISION BICAMERAL DE SEGUIMIENTO DE LAS FACULTADES DELEGADAS AL PEN a los efectos que tome intervención en todas las renegociaciones contractuales practicadas por aquél.

Que en este sentido, la norma consigna (por vía del artículo 4° de la Ley N° 25.790) que el HONORABLE CONGRESO DE LA NACION deberá expedirse dentro del plazo de sesenta (60) días corridos de recepcionada la propuesta de renegociación y agrega que *"Cumplido dicho plazo sin que se haya expedido, se tendrá por aprobada la misma. En el supuesto de rechazo de la propuesta, el Poder Ejecutivo Nacional deberá reanudar el proceso de renegociación del contrato respectivo."*

Que en consecuencia y a través de la revisión final de la propuesta de renegociación por parte de la COMISION BICAMERAL, es el Cuerpo Legislativo que opera como contralor de lo actuado por el PODER EJECUTIVO NACIONAL.

Que atento ello y teniendo en cuenta que el artículo 4° del Decreto N° 902/08 dispuso la intervención de la citada Comisión (lo que así se formaliza mediante el MENSAJE DE ELEVACION PEN N° 903 del 9/06/2008 obrante a fs. 297 de las presentes actuaciones), este Organismo mediante la NOTA OA/DI N° 2193 del 5/08/2010 solicitó al Presidente de la COMISION BICAMERAL, Senador Mario Cimadevilla, informe el trámite otorgado al Decreto N° 902 del 9/06/08, a efectos de saber si tal renegociación fue aprobada o rechazada en el marco de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley N° 25.561; artículo 27 de la Ley N° 26.122 y artículo 4° de la Ley N° 25.790.

Que en respuesta a dicho requerimiento, el Senador Cimadevilla, en su carácter de Presidente de la COMISION BICAMERAL, responde mediante la NOTA del 10/08/2010 ingresada a este Organismo el 12/08/2010, manifestando que acompaña copia de la Carátula del expediente 012/08; "...Copia del Acta N° 90/08 del 11 de septiembre de 2008, con la entrada del expediente; Copia del Acta N° 91 del mismo día y año; Copia del Acta N° 92



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

del 18 de octubre de 2008, en la que se pasa a archivo el mencionado expediente."

Que por otra parte, de la documentación remitida por la COMISION BICAMERAL se advierte que el Expediente al que hace referencia (N° 012708) es el que tratara -según surge de su carátula- el "MENSAJE Nro.: 0903 DEL 9 de JUNIO DE 2008 COMUNICANDO EL DECRETO 902/08 POR EL CUAL SE PROCEDE AL REAJUSTE DE PRECIOS RESPECTO DE LOS CONTRATOS DE CONCESION DE OBRA PUBLICA, CORREDOR N° 28 Y CORREDOR N° 31 CON LAS EMPRESAS CONCESIONARIAS RUTAS DEL LITORAL S.A. Y RUTAS PAMPEANAS S.A. (0012-PE-2008)".

Que del texto del Acta N° 90 de fecha 11 de septiembre de 2008 puede advertirse que, en el Punto 3 de la misma, la aludida Comisión manifiesta que se declararía en competencia para entender en el proyecto 12-PE-08, quedando el expediente en el Seno del Órgano para mayor estudio.

Que finalmente y mediante el Acta N° 91 del 18 de octubre de 2008, la COMISION BICAMERAL deja constancia que "...con fecha 16 del corriente se remitieron a archivo los expedientes enumerados en el punto 3° y 4° del Acta N° 90." Se advierte que el Punto 3° trata el expediente en cuestión.

Que teniendo en cuenta que el MENSAJE DE ELEVACION PEN N° 903 data de fecha 9/06/2008 y que finalmente la COMISION BICAMERAL remitió el expediente al archivo con fecha 16 de octubre de 2008 (conforme Acta N° 91), se entiende que se ha cumplido sobradamente el plazo de sesenta (60) días corridos que indica la norma sin que la Comisión se expidiera. En consecuencia y en el marco de lo dispuesto por la normativa ya citada, debe tenerse por aprobada la propuesta de renegociación que remitiera el PODER EJECUTIVO NACIONAL al HONORABLE CONGRESO DE LA NACION.

Que en definitiva y como antes se mencionara, es el propio CONGRESO DE LA NACION que, en su carácter de instancia revisora, ha



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

operado como contralor del PODER EJECUTIVO NACIONAL, no efectuando observaciones a la renegociación propuesta por éste.

Que habiendo efectuado la reseña que antecede y en lo atinente a la formación de la voluntad administrativa del ESTADO NACIONAL que en el caso, se ha manifestado a través del dictado del Decreto N° 902/2008, han tomado intervención todas las instancias técnicas y jurídicas mencionadas, culminando con la revisión final del CONGRESO DE LA NACION, que no ha formulado observaciones a la renegociación contractual propuesta por el PODER EJECUTIVO NACIONAL.

Que en consecuencia, el PODER LEGISLATIVO ha controlado efectivamente al PODER EJECUTIVO NACIONAL mediante los mecanismos establecidos en la propia normativa de aplicación.

Que ha de recordarse en esta instancia que, la Legisladora Nacional, Licenciada Patricia Bullrich planteó en su presentación que debería dilucidarse "...si la Presidenta podía o no firmar este Decreto, ya que el inciso i) del artículo 2° de la ley de ética pública (ley 25.188) impone a todo funcionario 'abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en la ley procesal civil'", siendo una de estas causales ser "acreedor deudor o fiador de alguna de las partes" y "haber recibido beneficio de importancia de alguna de las partes".

Que conforme los controles que han existido, no sólo en el trámite interno del proceso administrativo, sino además, el control entre poderes efectivizado a través de la intervención del CONGRESO NACIONAL, es dable sostener que cualquier impedimento, error o vicio de la norma en cuestión que hubiera debido provocar eventualmente la abstención de la Señora Presidente de la Nación -en el sentido administrativo de los términos- ha quedado subsanado a raíz de la intervención de la instancia revisora, es decir, la aprobación del HONORABLE CONGRESO DE LA NACION.



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

"2010- Año del Bicentenario de la Revolución de Mayo"



Que asimismo, el acto administrativo bajo análisis -Decreto N° 902/08- ha generado derechos subjetivos a favor, en el caso, de dos empresas concesionarias y la renegociación a la que diera lugar por aplicación de la normativa, no ha sido cuestionada por el CONGRESO DE LA NACION que tuvo la oportunidad de rechazarla si no estaba de acuerdo y devolverla al Poder Ejecutivo para que reanudara tal proceso (conf. artículo 20 de la Ley 25.561, por vía del artículo 4° de la Ley N° 25.790).

Que no puede dejar de recordarse que, la renegociación aprobada por el Cuerpo Legislativo incluía la renuncia por parte de las empresas concesionarias a la aplicación de la Tasa Interna de Retorno (T.I.R), dejándose sin efecto su aplicación a los Contratos de Concesión de Obra Pública, Corredor N° 28 -Grupo XXV de la Red Vial Nacional -RUTA NACIONAL N° 11- TRAMO: RESISTENCIA - LIMITE CON LA REPUBLICA DEL PARAGUAY y RUTA NACIONAL N° A011 - TRAMO: EMPALME RUTA NACIONAL N° 11 - PUERTO PILCOMAYO, en las Provincias del CHACO y FORMOSA y al Contrato de Concesión de Obra Pública, Corredor N° 31 - Grupo XXVII de la Red Vial Nacional - RUTA NACIONAL N° 33 - TRAMO: BAHIA BLANCA - EMPALME RUTA NACIONAL N° 5 - PROVINCIA DE BUENOS AIRES, al tiempo que se dispuso la aplicabilidad a su respecto de la metodología de ajuste de precios que como Anexo forma parte integrante de la medida.

Que dicha medida también incluyó por cierto, un margen de discrecionalidad política y conveniencia que "...añade al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para resolver..." (Dictámenes PTN 246:64; 246:443).

Que la modalidad de ejercicio discrecional que el orden jurídico confiere expresamente como en el caso a los órganos constitucionales superiores que ejercen la función política, habilita a éstos para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, completen creativamente el ordenamiento, seleccionando una alternativa entre otras



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción



igualmente válidas para el derecho. Se trata en definitiva, de materias discrecionales que competen a los órganos políticos de la Administración.

Que la apreciación subjetiva que incumbe al órgano político competente se debe realizar ponderando el interés público, la libertad de elección entre varias opciones igualmente válidas para el derecho y, al mismo tiempo, la sujeción al orden jurídico, pues constituyen los presupuestos esenciales que inexorablemente debe tener toda actividad política. La decisión creadora, la iniciativa política y la completa dirección del Estado, constituyen la esencia de la actividad de gobierno.

Que asimismo, el análisis de la orientación político-administrativa, la apreciación de las circunstancias, la individualización de los variados intereses en juego y su comparación valorativa en función con el interés público específico, la determinación del momento decisivo de lo discrecional que se traduce en la elección de la alternativa que el órgano competente considera más conveniente, constituyen diferentes etapas por las cuales atraviesa la modalidad político-discrecional.

Que en suma se advierte que, el margen de discrecionalidad existente en la tramitación de la voluntad administrativa que se ha expresado a través del Decreto N° 902/08 ha sido también convalidada por el CONGRESO DE LA NACION.

Que al recordar el cuestionamiento efectuado por la Legisladora Nacional, Licenciada Patricia Bullrich, se entiende que nos encontramos frente a una supuesta falta o irregularidad en términos administrativos, pues denuncia la existencia de un conflicto de interés a la luz de lo dispuesto por el artículo 2°, incisos c), g) e i) de la LEY DE ETICA DE LA FUNCION PUBLICA N° 25.188.

Que del estudio de las actuaciones administrativas, se ha tomado conocimiento a fs. 303/305 de la existencia de la causa penal N° 5548/07, caratulada "KIRCHNER, CRISTINA S/NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES", que



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción



tramita por ante el JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL N° 12, a cargo del Dr. Sergio Gabriel Torres, SECRETARIA N° 24, a cargo del Dr. Diego A. Iglesias. En dichas actuaciones administrativas se verificó la existencia de un Oficio remitido a la Gerencia de Asuntos Jurídicos de la DIRECCION NACIONAL DE VIALIDAD en virtud del cual el magistrado solicitó la remisión del expediente administrativo al Juzgado.

Que en función de la prejudicialidad penal advertida y teniendo en cuenta que la determinación acerca de la existencia del delito (penal) supone necesariamente en el caso, la eventual comprobación y valoración de los elementos que constituyen la falta administrativa prevista en la Ley N° 25.188, es dable estar por la preeminencia de la materia penal en el caso bajo análisis.

Que se dan casos en los que nos encontramos frente a un supuesto de una falta o irregularidad administrativa que concurre o está en relación con el delito cuya comisión se atribuye a un funcionario público, en el cual el ataque al bien jurídico tutelado por la norma penal conlleva el ataque al bien jurídico preservado a través de la regulación del conflicto de interés.

Que ha de advertirse que, el injusto penal comprende normalmente al administrativo por lo que se produce una suerte de concurso de leyes (un hecho parecería infringir dos leyes pero en realidad sólo viola una) debiéndose resolver aplicando el principio de consunción por el que la sanción superior, esto es la penal, absorbe (consume) a la inferior, la administrativa.

Que resulta necesario evitar las discrepancias en el relato fáctico entre el juez penal y la administración sancionadora. Si bien el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos independientes, en los que en cada uno de ellos se produce un enjuiciamiento y una calificación jurídica, no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción



Que doctrina especializada en la materia ha señalado que, "El sometimiento a un proceso o procedimiento supone por sí mismo (sin necesidad de imponer sanción alguna) una carga o gravamen para el ciudadano, por lo que su reiteración por unos mismos hechos carecerá normalmente de justificación y se traducirá en un atentado a los principios de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica. La prohibición de enjuiciar varias veces los mismos hechos no sólo garantiza tales principios, sino que evita, además, la posibilidad de una doble sanción y que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio. Comparto, por ello, la opinión de quienes consideran que el non bis in idem constituye un principio que no sólo prohíbe la imposición de dos sanciones por unos mismos hechos, sino también su doble enjuiciamiento (penal o administrativo)"- ("Non bis in Idem, prevalencia de la vía penal y Teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador" – Por Tomás Cano Campos – Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid - Revista de Administración Pública – Número 156 – Setiembre –Diciembre de 2001- pág. 219).

Que conforme lo expresado ha de tenerse en cuenta en esta instancia que, la substanciación del procedimiento administrativo previsto por la Ley N° 25.188 en los casos de supuestos conflictos de intereses, implica la aplicación al caso del procedimiento normado por la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y su Decreto reglamentario N° 1759/72 (t.o. Decreto N° 1883/91); como así también, lo normado por el Reglamento Interno de la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia aprobado por la Resolución MJSyDH N° 1316/08.

Que en el artículo 9 del citado Reglamento se garantiza al denunciado la posibilidad de efectuar el descargo mediante el traslado correspondiente, ejerciendo el derecho de defensa consagrado por la CONSTITUCION NACIONAL en su artículo 18, por lo cual claramente se evidencia que el funcionario público presuntamente autor de la conducta reprochable en el ámbito administrativo (y concurrentemente en el ámbito judicial),



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción



se vería en la necesidad de practicar la actividad defensiva tanto en sede administrativa como en sede judicial, marco éste último en el cual defiende su posición frente al juez natural de la causa. Tal proceder supondría una carga arbitraria y desproporcionada para el presunto responsable que tiene que estar defendiéndose por los mismos hechos que se le imputan ante órdenes jurídicos distintos que protegen el mismo bien jurídico.

Que la determinación acerca de la existencia del delito supone una comprobación y valoración de los elementos que constituyen la falta administrativa. De comprobarse la consumación del delito, el injusto penal y la imposición de la pena absorberían el disvalor y el reproche de la falta administrativa.

Que finalmente, razones de prudencia y de coherencia del ordenamiento jurídico, impiden que puedan existir dos apreciaciones sobre la verdad jurídica en orden a la existencia del hecho emanadas ambas del mismo estado, por lo que en estas condiciones, las actuaciones administrativas no pueden prescindir de las conclusiones del organismo jurisdiccional.

Que resultando entonces indudable la preeminencia de la materia penal al caso bajo análisis, se estima corresponde proceder al archivo de una copia certificada de las presentes actuaciones hasta tanto concluya el proceso penal y la remisión del expediente original a la causa penal N° 5548/07, caratulada "KIRCHNER, CRISTINA S/NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES", que tramita por ante el JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL N° 12, a cargo del Dr. Sergio Gabriel Torres, SECRETARIA N° 24, a cargo del Dr. Diego A. Iglesias.

Que sobre la base de los fundamentos expuestos en los Considerandos precedentes y dado que la presente medida no afecta derecho subjetivo ni interés legítimo alguno en los términos normados por el artículo 7, inciso d) de la LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS N° 19.549, no



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Oficina Anticorrupción

resulta necesario dar intervención al Servicio Jurídico Permanente del
MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACION

Que la presente medida se dicta en ejercicio de las
atribuciones conferidas por la Resolución MJSyDH N° 1253 del 18 de mayo de
2010; la LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS N° 19549; Decreto N°
102/99 y el Reglamento Interno de la Dirección de Planificación de Políticas de
Transparencia aprobado por la Resolución MJSyDH N° 1316/08.

Por ello,

LA DIRECTORA DE INVESTIGACIONES
DE LA OFICINA ANTICORRUPCION
POR RESOLUCION MJyDH N° 1253/10

RESUELVE:

ARTICULO 1°.- Remítase el Expediente N° 190.166/09 del registro del
MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACION, al
JUZGADO NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL N° 12, a
cargo del Dr. Sergio Gabriel Torres, SECRETARIA N° 24, a cargo del Dr. Diego A.
Iglesias, por ante el cual tramita la Causa penal N° 5548/07, caratulada
"KIRCHNER, CRISTINA S/NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES".

ARTICULO 2°.- Archívese una copia certificada de las actuaciones mencionadas
en el artículo precedente en la Sede de esta OFICINA ANTICORRUPCION.

ARTICULO 3°.- Regístrese.

RESOLUCION CA/DPPT N° 219

DRA. CLAUDIA A. SOSA
DIRECTORA DE INVESTIGACIONES
OFICINA ANTICORRUPCIÓN