



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2019 - Año de la Exportación

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2019-14952837- -APN-DGFM#MD – CONTRATO N° 96/16, CELEBRADO ENTRE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES Y FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. – CONSULTA SOBRE LA POSIBILIDAD DE PROSEGUIR CON LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

SEÑOR INTERVENTOR:

Me dirijo a usted con relación al expediente de la referencia que ingresa para que esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tome intervención, remitido por la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES (DGFM).

-I-

RESEÑA DE ANTECEDENTES

En el presente acápite se reseñarán los principales antecedentes obrantes en los presentes actuados, en tanto guarden vinculación con el objeto de consulta.

En el orden 2, páginas 1-745, luce digitalizado –como IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD– el expediente CUDAP: EXP-S01:427946/2016 del registro de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES.

En la página 5 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD obra un correo electrónico de fecha 11 de agosto de 2016, en cuyo marco el entonces Interventor de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES dio cuenta de una propuesta presentada por la firma extranjera fabbrica d'armi pietro beretta s.p.a. relativa a la “...concesión de una licencia de fabricación y comercialización de un sistema de armas portátiles, que incluye transferencia de la tecnología, capacitación y equipamiento.”.

En dicha oportunidad, se hizo hincapié en que la aludida propuesta resultaba: “...de gran interés no solo para la DGFM, sino también para el Estado Nacional en su conjunto, ya que permitiría la adquisición e instalación en el país de capacidades productivas de última generación, la actualización tecnológica de las Fábricas Militares y la provisión de equipamiento de primera calidad a las Fuerzas Armadas y de Seguridad...”.

A lo expuesto, el por entonces Interventor del organismo de origen agregó: “...La propuesta que ahora recibe la DGFM es producto de las recientes negociaciones entabladas en los más altos niveles

gubernamentales entre la República Argentina y la República Italiana y se enmarca en la 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) (...) En ese contexto, cuenta no solo con el aval del Ministerio de Defensa de la República Italiana [...] sino también con el financiamiento necesario para su ejecución, a cargo de la Agencia de Créditos para la Exportación (SACE) del Ministerio de Economía y Finanzas de esa República... ”.

A páginas 7-95 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD luce digitalizada la aludida propuesta correspondiente a la firma extranjera FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A., redactada en idioma inglés, no obstante lo cual obran las traducciones de las diversas piezas, llevadas a cabo por la traductora pública Mónica Viviana BERTUCCIO y legalizadas, a su vez, por el Colegio de Traductores Pùblicos de la Ciudad de Buenos Aires (Legalizaciones Nros. 60329 y 60330, ambas del 12 de agosto de 2016).

A págs. 96-110 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD tomó intervención la DIRECCIÓN DE PRODUCCIÓN de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES, instancia que acompañó un informe sobre los flujos de fondos, contribuciones marginales, ventas, costos y financiamiento del proyecto, habiendo concluido que resultaría factible la: “*...implementación del proyecto de ensamblaje y/o producción en las instalaciones de la Fábrica Militar Fray Luis Beltrán de la pistola 9x19 mm PX4 STORM TYPE F y el Fusil 7,62 x51 mm ARX200, mediante el convenio a realizar con la FABBRICA d'ARMI BERETTA S.P.A.*”, sobre la base del informe técnico suscripto en forma conjunta por las Jefaturas de PRODUCCIÓN DE ARMAMENTO Y MUNICIONES y PLANTA DE ARMAS, respectivamente, de la FÁBRICA MILITAR FRAY LUIS BELTRÁN (v. págs. 112-132).

En este último informe se destacó que: “*...la firma Fabbrica d'Armi Pietro Beretta S.p.A. es un fabricante de armas portátiles de primer nivel, con una extensísima trayectoria, y una basta experiencia no solo en la producción sino en la transferencia de tecnología, lo que resulta de suma importancia. Este tipo de operaciones requieren conocimiento y salto tecnológico superador que le brinde a la DGFM un saber que le permita reposicionarse en la fabricación de armamento portátil...*” (v. pág. 118).

A páginas 160-162 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD se encuentra incorporado un memorando fechado el 12 de septiembre de 2016, en cuyo marco el entonces Interventor de la entidad de origen señaló, respecto de la contratación objeto de consulta, que: “*...La misma fue considerada preliminarmente como un proyecto de interés para la actualización de los medios materiales y humanos de esta Dirección General y la introducción de líneas de producción de última tecnología en el país, especialmente conveniente por la idoneidad del armamento involucrado para satisfacer las necesidades de equipamiento que presentan actualmente las FFAA, FFSS y FFPP [...] cabe destacar que se encuentra en vigencia la ‘emergencia de seguridad pública’ declarada por el Decreto N° 228/2016, que entre otros aspectos refiere a la adquisición de equipamiento.*

Asimismo, frente a las dificultades presupuestarias para la implementación de este tipo de programas, se entiende que un aspecto fundamental de la propuesta es el constituido por el financiamiento del proyecto, que permitirá el inicio de los trabajos y la autosuficiencia del proyecto, ya que el producido de las ventas del armamento allí fabricado permitirá afrontar los costos de adquisición de equipos e insumos, cuyo pago se difiere en el tiempo a tal fin [...] En consecuencia, es intención del suscripto proceder a la aceptación de la propuesta en cuestión para la implementación del proyecto de transferencia tecnológica e instalación de las modernas líneas de producción contempladas, que permitirá el reequipamiento de las distintas fuerzas.”.

A págs. 164-166 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD se encuentra anexado un memorando, de fecha 12 de septiembre de 2016, oportunidad en la cual la GERENCIA DE ABASTECIMIENTO de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES puso de resalto dificultades a la hora de encuadrar la operación dentro de los procedimientos contemplados por el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

En ese orden de ideas, la Gerencia mencionada señaló: “...si bien el principio general es el de la licitación o concurso público, distintas circunstancias parecen indicar que la aplicación de ese tipo de procedimientos podría resultar ineficiente.

Entre otros aspectos, se aprecia que el financiamiento ofrecido por el proponente (y garantizado por el Estado Italiano a través de su agencia gubernamental competente) resulta vital para la factibilidad económica de la adquisición. Sin embargo, no se observan en el citado Régimen referencias a esta variante, más que en los casos referidos a las operaciones de crédito público o con financiamiento por parte de instituciones multilaterales de crédito o entidades de derecho público internacional, excluidos de su aplicación.

A ello se suma que el objeto de la eventual contratación presenta características especiales, que dificultan su instrumentación a través de procedimientos de selección competitivos [...] el solo carácter público de las ofertas de procedimientos licitatorios posiblemente inhibía a los potenciales oferentes, ya que su propuesta técnica expondría necesariamente secretos industriales a los que sus competidores tendrían acceso... ”.

A págs. 168-177 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD obra un pormenorizado informe emitido por la UNIDAD DE TRANSPARENCIA de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES, con fecha 14 de septiembre de 2016.

Dicha instancia explicó que las dificultades para el encuadre legal de la contratación radicaban esencialmente en las particularidades de la operación, a la que se calificó como un acuerdo bilateral estratégico para la transferencia de tecnología armamentística, influido por condicionantes diplomáticos, geopolíticos y estratégico-militares y que en concreto consistía –como ya fuera señalado– en: “...la transferencia de tecnología en materia de armas portátiles, paquetes de datos técnicos, maquinaria de ensamblaje y kits de componentes de armas, avalada política y financieramente por el Estado Italiano en el marco de la cooperación en materia de defensa existente entre las Repúblicas Argentina e Italiana. Así, esta última no solo autorizaría la transferencia de tecnología de uso militar, sino que además interviene mediante un organismo dependiente de su Ministerio de Economía y Finanzas para garantizar la obtención de financiamiento, aspecto indispensable para la implementación del proyecto.” (v. págs. 168-169).

Desde esa óptica la unidad en cuestión remarcó: “...Se trata, en definitiva, de identificar si la adquisición que se planea debe efectuarse siguiendo alguno de los procedimientos de selección contemplados en dicho Régimen [Decreto Delegado N° 1023/01] o, por el contrario, si las especiales características del negocio lo ubican en alguno de los supuestos de excepción contenidos en el art. 5º del Decreto Delegado N° 1023/01... ” (v. pág. 169).

Así, respecto de la causal prevista en el artículo 5º, inciso c) del Decreto Delegado N° 1023/01 se dijo: “...si bien la contraparte es una compañía privada, no puede soslayarse el hecho de que [...] la celebración de la operación se enmarca en la Cooperación Bilateral en materia de defensa entre la República Argentina y la República Italiana, establecida con la suscripción (de) un tratado internacional vigente. De hecho, esta cooperación es el factor determinante del acuerdo que se pretende: por ella el Gobierno de la República Italiana autoriza la transferencia de tecnología, realiza gestiones directas a través de un organismo dependiente de su Ministerio de Economía y Finanzas (SACE) para garantizar el financiamiento que la posibilite, y avala su celebración.

Si bien no sería un contrato suscripto por dos actores estatales, es decir, un contrato celebrado con estado extranjero como indica el Decreto, puede decirse que se trata de un contrato entre un actor estatal (DGFM) y una contraparte privada respaldada por su propio Estado.

Ahora bien, el cuerpo normativo que contiene la excepción no brinda una definición o previsiones que brinden contornos más precisos respecto de la extensión de dicha categoría, o el grado de participación exigida al Estado extranjero para su encuadre [...] B.- En segundo lugar, debe decirse que el referido

inciso también comprende entre los contratos excluidos a ‘los que se financien, total o parcialmente, con recursos provenientes de esos organismos’, sin aclarar si la fuente de financiamiento se limita a las instituciones multilaterales de crédito, o la alusión a ‘esos organismos’ comprende a los estados extranjeros y entidades de derecho público internacional [...] hallándose en este caso garantizado el financiamiento de la operación por un organismo público del Estado italiano, cabría también preguntarse si no se hace extensiva la exclusión del régimen, habida cuenta de que el fundamento de la excepción sería similar. Al igual que en el caso de la calidad de los sujetos involucrados, tampoco se trata de un financiamiento concedido directamente por la República de Italia, sino por una entidad privada, pero sí resulta determinante para ello la garantía de dicho Estado a través de un organismo público...” (v. págs. 174-176).

Como último punto, se analizó el inciso e) del artículo 3º del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, en tanto: “...excluye expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de concesión de licencias, y en el presente [...] la concesión de la licencia de fabricación y comercialización, constituyen aspectos centrales [...].

Si bien es cierto que el Decreto N° 1023/01 en su art. 4 inc. b) incluye dentro del Régimen General los contratos de concesión de licencias, y la redacción sugiere que al hacerlo se refiere a la concesión de licencias de servicios públicos por parte del Estado Nacional, el Decreto Reglamentario los excluye, y ninguno vuelve a hacer mención a este tipo de contratos [...] Así, no resulta clara la inclusión de la adquisición de licencias, y de contratos (sic) de esta complejidad en dicho régimen...” (v. págs. 176-177).

A modo de colofón, la UNIDAD DE TRANSPARENCIA de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES concluyó que, dadas las particularidades de la operación, no resultaba posible –a su entender– encuadrar la contratación de la propuesta recibida por parte de la firma italiana de que se trata, dentro del régimen perfilado por el Decreto Delegado N° 1023/01.

A páginas 178-179 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD se acompaña una copia del “Convenio de Cooperación en Materia de Defensa entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Italiana”, suscripto en la Ciudad de Roma el 6 de octubre de 1992 y aprobado por Ley N° 24.843, sancionada el 11 de junio de 1997.

A páginas 186-188 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD obra un “Memorando de Acuerdo” (MdA), suscripto el día 13 de septiembre de 2016 entre la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES –representada por el entonces Interventor y a su vez SECRETARIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA Y PRODUCCIÓN PARA LA DEFENSA del MINISTERIO DE DEFENSA– y el gerente general de la sociedad comercial FABBRICA D’ARMI PIETRO BERETTA, donde fueron delineados puntos básicos con miras a eventuales acuerdos comerciales específicos a realizarse en un futuro.

Cabe destacar que en el punto 3 del referido memorando, denominado “Ley aplicable”, las partes signatarias acordaron: “...Este MdA estará sometido a las leyes de Argentina...”, aclarándose en el punto 6 que: “...Excepto los cláusulas 3, 4 y 5, este MdA no constituye un acuerdo jurídicamente vinculante. Ninguna de las partes estará vinculada mientras las partes no hayan firmado el acuerdo definitivo correspondiente...” (v. págs. 186 y 188).

A páginas 214-228 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD se encuentra anexada una copia del “Memorándum de Entendimiento entre el MINISTERIO DE DEFENSA de la República Italiana y el MINISTERIO DE DEFENSA de la República Argentina”, suscripto al amparo del Acuerdo de Cooperación en Materia de Defensa entre el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República Argentina, vigente desde el año 1997.

El aludido Memorando de Entendimiento fue suscripto el 1º de octubre de 2010 con una duración de DIEZ (10) años, con la posibilidad de ser renovado tácitamente por igual período, estipulándose en su 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... ” (v. pág. 216).

A páginas 232-233 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD se incorporó una copia de la nota de fecha 20 de septiembre de 2016, suscripta por el Secretario General y Director Nacional de Armamentos del MINISTERIO DE DEFENSA de la República de Italia.

Si bien la mencionada nota se encuentra redactada en idioma italiano, de la traducción acompañada a páginas 234-237 se desprende el respaldo brindado a la operación por parte del MINISTERIO DE DEFENSA de la República de Italia.

A su vez, de la traducción efectuada y debidamente legalizada ante el Colegio de Traductores Pùblicos de la Ciudad de Buenos Aires puede extraerse lo siguiente: “*Habida cuenta del Acuerdo de Cooperación en materia de Defensa, del Memorando de Entendimiento para la Cooperación y Asistencia Técnico-Logística en el campo de materiales de Defensa y vista la exitosa suscripción de un Memorando de Entendimiento entre la Dirección General de Fabricaciones Militares y la Fábrica de Armas BERETTA S.p.A, le indico que Fabbrica d’Armi Pietro Beretta S.p.A. es una Sociedad italiana inscripta en el registro nacional de sociedades proveedoras de nuestro Ministerio de Defensa. Se trata de una empresa líder mundial en el sector [...].*

En caso de que su Departamento decidiera adquirir desde Italia las tecnologías y los productos ofrecidos, la Secretaría General de Defensa se encuentra disponible para desempeñar el rol de ‘garante’ respecto al control técnico cualitativo del objeto contractual... ” (v. pág. 234).

A págs. 402-466 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD tomó intervención el DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES mediante el Dictamen N° 425, del 4 de octubre de 2016.

En dicha ocasión la mencionada asesoría letrada concluyó: “...*Considerando la cuestión estrictamente coyuntural relacionada a la presencia del Sr Interventor en la República de Italia, se entiende que resulta factible suscribir el Contrato (...) Ello así ya que, a criterio de este sector, no se estaría perfeccionado el contrato (sic) (...) la suscripción del acuerdo en el día de mañana debería considerarse como el cumplimiento del primer recaudo establecido en el Artículo 6º para la entrada en vigor del contrato, pero en modo alguno entenderlo como perfeccionado (...) ya que ambos contrayentes están sujetos a condiciones que le son ajenas, tal por caso, las aprobaciones de las instancias gubernamentales para diversos trámites... ” haciendo, a su vez, hincapié en que: “...*para que DGFM pueda tomar el crédito propuesto en el contrato, deberá contar con la aprobación del PEN... ”.**

A su vez, el servicio permanente de asesoramiento jurídico de la entidad de origen efectuó, en lo medular, las siguientes consideraciones: “...*El otro tema a dilucidar consiste en determinar si las presentes actuaciones encuadran dentro de las excepciones que el artículo 5to del Decreto Delegado Nro 1023/01 prevé, más concretamente en su inciso c) (...) aunque en el contrato una de las partes, en el caso la vendedora, sea una persona de derecho privado, existen cláusulas que supeditan la validez del contrato que no dependen de los suscriptores del mismo sino de los Estados que exportan e importan el material bélico.*

Finalmente y como elemento adicional, organismos estatales de la República de Italia emitirán un reaseguro por sobre la garantía soberana que debe emitir la República Argentina, a través de la Agencia de Exportación italiana SACE para el otorgamiento de un crédito que haga viable el inicio de esta adquisición de tecnología (...) el concepto contenido en el Art. 5to analizado, ‘contrato celebrado con estados extranjeros’ admite un criterio de interpretación amplio (...).

Un criterio más amplio permitiría entender que sea por la participación de estamentos intermedios total o mayoritariamente públicos o aún (...) cuando el acuerdo comercial está supeditado a controles y aprobaciones estatales, admitiría considerar que el caso sub examine se encuentra incluido dentro de la

normativa aludida [artículo 5º inciso c) del Decreto Delegado N° 1023/01] y excluyente del ordenamiento general de compras (...).

El caso que nos ocupa (...) encuadra en el supuesto de acuerdos con estados extranjeros en tanto y en cuanto las partes contratantes no pueden, por sí solas, perfeccionar este contrato si no es con la intervención, evaluación y aprobación de numerosos requisitos por parte de sus respectivos Estados.

La conclusión entonces es que el presente acuerdo debe ser concebido como realizado entre dos Estados: la República de Italia y la República Argentina, con independencia de que en una actúe una empresa privada (...) en la medida en que ninguno de los contrayentes posee por sí solo la facultad de perfeccionar el contrato sin la aquiescencia del estado nacional al que pertenece... ”.

A páginas 470-529 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD obra una carta de interés presentada en idioma inglés por la institución bancaria especializada en banca corporativa y de inversión UNICREDIT S.P.A., con su correspondiente traducción legalizada, de cuyo contenido se desprende la intención de dicha compañía de financiar la operación que nos ocupa 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.-), garantizado por la Agencia de Seguros de Créditos a la Exportación de Italia (SACE).

A páginas 530-631 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD se adjunta una copia digitalizada de la versión en castellano del Contrato N° 96, suscripto el día 30 de septiembre de 2016, entre la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES y FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A., cuyo objeto es 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.-), siendo el Secretario General y Director Nacional de Armamentos del MINISTERIO DE DEFENSA de la República de Italia “garante” en el control técnico de calidad.

Para mejor ilustrar el entramado contractual, se transcribirán a continuación las principales cláusulas del acuerdo celebrado:

I. “...ARTÍCULO 1º (...) Plazo de entrega: cinco años, a partir de la entrada de vigor del Contrato de acuerdo con el plan de suministro Anexo 2...” (sic).

II. “...ARTÍCULO 2º Finalidad del contrato. A- Con referencia al Memorando de Acuerdo (MdA) que las partes firmaron el 13 de septiembre de 2016, el Cliente y el Proveedor acuerdan llevar a cabo las actividades relativas al suministro de pistolas y de rifles de asalto con arreglo a las siguientes cláusulas de Transferencia de Tecnología (...) C- El contrato tiene por objeto las actividades siguientes: C1 - SUMINISTROS DE PISTOLAS Y DE RIFLES DE ASALTO AÑO 2017 (o 1er año de suministro) 1ª entrega: a partir del mes de abril y/o 120 días corridos después de la recepción de la Licencia de Exportación y los fondos. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) Know-how y elementos de montaje (...) 2ª entrega: a partir del mes de junio y/o 210 días corridos después de la recepción de la Licencia de Exportación y los fondos. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) 3ª entrega: a partir del mes de septiembre y/o 300 días corridos después de la recepción de la Licencia de Exportación y los fondos. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) 4ª entrega: a partir del mes de noviembre y/o 390 días corridos después de la recepción de la Licencia de Exportación y los fondos. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) AÑO 2018 (o 2º año de suministro) 1ª entrega: antes de abril y/o 120 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos

para montar (...) 2^a entrega: antes de junio y/o 210 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) 3^a entrega: antes de septiembre y/o 300 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) 4^a entrega: antes de noviembre y/o 390 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) AÑO 2019 (o 3º año de suministro) 1^a entrega: antes de abril y/o 120 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) 2^a entrega: antes de junio y/o 210 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) 3^a entrega: antes de septiembre y/o 300 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) 4^a entrega: antes de noviembre y/o 390 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) AÑO 2020 (o 4º año de suministro) 1^a entrega: antes de abril y/o 120 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) Know-how y elementos de montaje (...) c) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) 2^a entrega: antes de junio y/o 210 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) 3^a entrega: antes de septiembre y/o 300 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) 4^a entrega: antes de noviembre y/o 390 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) AÑO 2021 (o 5º año de suministro) 1^a entrega: antes de abril y/o 120 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) 2^a entrega: antes de junio y/o 210 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) 3^a entrega: antes de septiembre y/o 300 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar (...) 4^a entrega: antes de noviembre y/o 120 días corridos desde la obtención de la Licencia de Exportación y la apertura de la Carta de Crédito. La entrega incluirá: a) 7.500 pistolas en kits casi listos para montar (...) b) 1.250 (mil doscientos cincuenta) Rifles de asalto ARX200 en kits casi listos para montar... ”.

III. "...ARTÍCULO 4 CONDICIONES DE PAGO 1-Las primeras entregas programadas relativas al Año 2017 (...) serán pagaderas a la vista contra documentos. Un préstamo para afrontar los pagos del primer año emitido según las reglas financieras internacionales por un Banco Internacional(...) permitirá a DGFM hacer frente a las primeras entregas programadas para el año 2017(...) El monto total de dicho préstamo ascenderá a 20.351.032,00 Euros (...) El préstamo se acordará y se firmará entre DGFM y el Banco y estará garantizado por su totalidad (capital e intereses) por una garantía soberana expedida por

el Ministerio de Economía o Autoridad competente de Argentina aceptada por SACE y el Banco financiador. La Agencia Italiana de Exportación SACE contra-garantizará la garantía soberana antes mencionada... ”.

IV. "...ARTÍCULO 5 OTRAS CONDICIONES. 1- *El Cliente se reserva el derecho, mutuamente acordado con el Proveedor, de comprar cantidades adicionales de los bienes contractuales a los mismos precios acordados y con las mismas especificaciones y condiciones técnicas durante todo el período de vigencia del contrato y durante los 5 años siguientes, sin perjuicio de posibles acuerdos diferentes establecidos por las Partes 90 días corridos antes del vencimiento de los 5 primeros años de vida del presente contrato (...)*
2. *FABRICACIONES MILITARES obtendrá la licencia para vender las pistolas y los rifles de asalto ensamblados fabricados en sus plantas a las autoridades gubernamentales de Argentina, Mercosur y Sudamérica (...) FABRICACIONES MILITARES abonará a FAB un 3,5% (tres con cinco por ciento) en concepto de regalías a calcular sobre todos los negocios realizados en Mercosur Y países sudamericanos, con la exclusión de Argentina. Las partes acordarán los términos de pago de las royalties arriba indicadas durante la negociación de las oportunidades de venta en los países de Mercosur y de Sudamérica(...) FABRICACIONES MILITARES estará autorizado a vender pistolas ensambladas en el mercado civil local exclusivamente a través del representante local de FAB... ”.*

V. "...ARTÍCULO 6 ENTRADA EN VIGOR DEL CONTRATO *El presente Contrato entrará en vigor una vez (que) se cumplan las siguientes condiciones: Firma del Contrato por las Partes; Recepción del CUF (certificado de usuario final) 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 Ministerio de Economía o Autoridad Competente de Argentina aceptada por SACE y el Banco financiador; Emisión de la contra-garantía de la Agencia de Exportación italiana SACE. Una vez completadas las condiciones arriba especificadas, las Partes se informarán mutuamente por escrito sobre la realización de las formalidades relacionadas con las mismas. Este contrato entrará en vigencia cuando esté cumplido el último requisito... ”.*

A páginas 632-640 del IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD obra una nota en idioma italiano suscripta por el General de Escuadra Aérea Carlo MAGRASSI con fecha 28 de octubre de 2016, junto con una traducción de cortesía efectuada por la AGREGADURÍA DE DEFENSA de la EMBAJADA ITALIANA en la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.

A través de dicha pieza se dejó constancia que la DIRECCIÓN DE LOS ARMAMENTOS TERRESTRES DEL MINISTERIO DE DEFENSA de la República de Italia se haría garante del control de calidad del material objeto del contrato.

Finalmente, en el orden 3, páginas 1-3, obra el Informe N° IF-2019-15293276-APN-DGFM#MD, de fecha 14 de marzo de 2019, por cuyo intermedio el señor Interventor de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES gira en consulta los presentes actuados.

Es dable mencionar que en el citado informe se puso de relieve lo siguiente: “*..Con fecha 29 de septiembre de 2016, el entonces Subsecretario de Gestión y Planificación para la Defensa, Dr. Arnoldo Marini, se dirigió al servicio jurídico permanente de este Organismo indicando que el Secretario de Ciencia, Tecnología y Producción para la Defensa del Ministerio de Defensa y a la vez Interventor de la DGFM, Arq. Héctor Lostri, se encontraba en una rueda de negocios en la República de Italia y que, entre otras actividades, comprendía el cierre de las negociaciones con la firma Beretta para la transferencia de tecnología y equipamiento para el montaje de una línea de ensamble de armas portátiles en las dependencias de DGFM. En razón de ello solicitó emitir ‘en el estado actual del trámite’ dictamen sobre el proyecto de convenio que obra en estas actuaciones y refiere a pistolas calibre 9 x 19 mm y rifles de asalto calibre 7,62x51 NATO (...).*

El Departamento de Asuntos Jurídicos (...) indicó que la validez de este contrato estaba supeditada -entre

otros requisitos que surgen del propio contrato- al dictamen previo de esa O.N.C. como organismo regulador en la materia, para determinar si el procedimiento se ajustaba a la excepción establecida en el artículo 5º inc. c) del Decreto Delegado N° 1023/01 (...).

Si bien por las razones coyunturales aludidas el contrato fue firmado, lo cierto es que no ha registrado ningún movimiento procesal desde principios de octubre de 2016. No entró en vigor de acuerdo con las previsiones necesarias para ello ni, consecuentemente, se produjo la importación de materiales consignados en el mismo que se preveían para los períodos 2017 a 2021.

Así las cosas y dado el tiempo transcurrido, esta Dirección General estima oportuno adoptar un temperamento concreto y definitivo en referencia a este negocio...”.

A mayor abundamiento, la INTERVENCIÓN de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES manifestó: “*...tanto la Unidad de Transparencia como el Departamento de Asuntos Jurídicos de este Organismo han puesto de manifiesto las complicaciones que presenta el negocio de adquisición de tecnología en materia de armamento a la hora de evaluar una compulsa pública y abierta, y a partir de ello han practicado interpretaciones posibles por las que -bajo un criterio amplio- podría sostenerse que el acuerdo quedara amparado por la exclusión prevista en el Art 5º inc c) del Dec 1023/01 sin obviar que la excepción aludida prevé contratos celebrado con “estados extranjeros” siendo que en este caso, lo es con una empresa privada. De ello resultó que, finalmente, hayan dejado supeditadas sus opiniones y la prosecución del trámite, al dictamen del organismo regulador en la materia, como condición previa y sine qua non, para avanzar en el cumplimiento de los restantes recaudos contenidos en el contrato.”.*

-II-

OBJETO

Se requiere la intervención de esta 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. –con el alcance y contenido descriptos en el Acápite I– 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 trata, 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.

-III-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

a) Ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

A título introductorio, no resulta ocioso recordar que –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-APN-

ONC#MM).

Por consiguiente, en lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo, el artículo 2º del Decreto Delegado N° 1023/01 prescribe: “*...El presente régimen será de aplicación obligatoria a 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 y sus modificaciones*”.

Huelga recordar que los organismos comprendidos en el inciso a) del artículo 8º de la Ley N° 24.156 son las jurisdicciones y entidades de la Administración Pública Nacional, conformada por la Administración Central, los organismos descentralizados y dentro de estos últimos las instituciones de seguridad social.

Ahora, 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.

Luego, en relación al ámbito de aplicación material u objetivo, sabido es que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional fue establecido por el Decreto Delegado N° 1023/01 con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública Nacional.

Tan es así que su artículo 4º establece: “*CONTRATOS COMPRENDIDOS. Este régimen se aplicará a los siguientes contratos: a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.*”.

Por su parte, el artículo 5º del mencionado cuerpo normativo enumera –con vocación de taxatividad– los contratos excluidos, con el siguiente alcance: “*CONTRATOS EXCLUIDOS. Quedarán excluidos los siguientes contratos: a) Los de empleo público. b) Las compras por caja chica. c) Los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente Régimen cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, y las facultades de fiscalización sobre ese tipo contratos que la Ley N° 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control. d) Los comprendidos en operaciones de crédito público.*” (el destacado no corresponde al original).

De este modo, 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-APN-ONC#MM).

En virtud de lo hasta aquí expuesto, 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).

Ahora bien, sin ánimo de reiterar la totalidad de antecedentes reseñados en el Acápite I del presente, resulta de singular relevancia destacar –sucintamente– los extremos fácticos que se exponen a continuación:

I. 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 incluye 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.

II. Concretamente, el contrato que aquí se examina prevé 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, contempla 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.

III. Dentro de la 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.

IV. El contrato prevé 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.

V. El mentado contrato –calificado por el organismo de origen como un acuerdo bilateral estratégico para la transferencia de tecnología armamentística–, habría 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 1º de octubre de 2010.

VI. A partir de la lectura de los presentes actuados es posible inferir que: a) 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; b) 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 y c) la Agencia de Créditos para la Exportación (SACE), organismo dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas de esa República, se habría comprometido a emitir un reaseguro por sobre la garantía soberana que debe emitir la República Argentina para garantizar el financiamiento que posibilite la operación.

VII) 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.-). Según lo oportunamente opinado por el DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES mediante el Dictamen N° 425, del 4 de octubre de 2016, “...para que DGFM pueda tomar el crédito propuesto en el contrato, deberá contar con la aprobación del PEN...”.

VIII) Por último, debe resaltarse que, de acuerdo con lo informado por el señor Interventor de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES en el marco del Informe N° IF-2019-15293276-APN-DGFM#MD, de fecha 14 de marzo de 2019, el Contrato N° 96/16 “...no ha registrado ningún movimiento procesal desde principios de octubre de 2016. No entró en vigor de acuerdo con las previsiones necesarias para ello ni, consecuentemente, se produjo la importación de materiales consignados en el mismo que se preveían para los períodos 2017 a 2021.”. Es decir, de acuerdo con lo señalado, el aludido convenio no ha tenido al día de la fecha principio de ejecución.

Habiendo delineado de este modo los principales contornos de la plataforma fáctica que es menester analizar a fin de brindar una opinión, deviene necesario subrayar en primera medida que “FABBRICA D’ARMI PIETRO BERETTA S.P.A.” debe ser considerada una compañía italiana de capitales privados, tal como fuera reconocido por las instancias preopinantes en el marco del EXP-S01:427946/2016 y por la actual INTERVENCIÓN de DGFM en el Informe N° IF-2019-15293276-APN-DGFM#MD, de fecha 14 de marzo de 2019.

En efecto, si bien excede a esta Oficina Nacional abordar el estudio de la composición accionaria de la firma en cuestión, no parece dudososo aseverar que no es propiedad del Estado Italiano y ni siquiera presenta componentes estatales.

Dicho en otros términos, 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.

Más aún, 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 (v. <http://www.berettaholding.com/en/group-profile>).

Pues bien, como ya se dijo, las propias instancias intervinentes de la entidad de origen resultan contestes a la hora de señalar que 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.

En puridad, la principal reflexión que suscita lo expuesto es que, 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.

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).

Desde esa óptica, este Órgano Rector no puede compartir la interpretación vertida por la UNIDAD DE TRANSPARENCIA de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES, en cuanto a que la propuesta traída a estudio representa un acuerdo bilateral estratégico “...con una potencia extranjera, aunque se articule a través de una compañía privada de su país...”, como así tampoco –por idénticos motivos– la tesis propiciada por el DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS de la DGFM, que llevó a esa instancia letrada a sostener que: “...el presente acuerdo debe ser concebido como realizado entre dos Estados: la República de Italia y la República Argentina, con independencia de que en una actúe una empresa privada...”.

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.

Valga reiterar, una vez más, que de la compulsa de los actuados traídos a estudio 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.

Por el contrario, lo hasta aquí vertido permite colegir que 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, 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 manifiesto no es una circunstancia que pueda obviarse sino que, por el contrario, debe ser subrayada.

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.” (el destacado no corresponde al original).

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.

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...**” (el destacado no corresponde al original).

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, incluso tales documentos avalan la plena aplicación del Régimen instituido por el Decreto N° 1023/01.

Párrafo aparte merece lo atinente al financiamiento para la implementación del proyecto, en tanto que en el memorando de fecha 12 de septiembre de 2016, la GERENCIA DE ABASTECIMIENTO de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES señaló: “Entre otros aspectos, se aprecia que el financiamiento ofrecido por el proponente (y garantizado por el Estado Italiano a través de su agencia gubernamental competente) resulta vital para la factibilidad económica de la adquisición. Sin embargo, no se observan en el citado Régimen referencias a esta variante, más que en los casos referidos a las operaciones de crédito público o con financiamiento por parte de instituciones multilaterales de crédito o entidades de derecho público internacional, excluidos de su aplicación.”.

En esta misma línea, la UNIDAD DE TRANSPARENCIA de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES efectuó, en el marco del Informe N° IF-2019-14820760-APN-DGFM#MD, de fecha 14 de septiembre de 2016, la siguiente observación: “...el referido inciso [inciso c] del artículo 5º del Decreto Delegado N° 1023/01] también comprende entre los contratos excluidos a ‘los que se financien, total o parcialmente, con recursos provenientes de esos organismos’, sin aclarar si la fuente de financiamiento se limita a las instituciones multilaterales de crédito, o la alusión a ‘esos organismos’ comprende a los estados extranjeros y entidades de derecho público internacional [...] hallándose en este caso garantizado el financiamiento de la operación por un organismo público del Estado italiano, cabría también preguntarse si no se hace extensiva la exclusión del régimen, habida cuenta de que el fundamento de la excepción sería similar. Al igual que en el caso de la calidad de los sujetos involucrados, tampoco se trata de un financiamiento concedido directamente por la República de Italia, sino por una entidad privada, pero sí resulta determinante para ello la garantía de dicho Estado a través de un organismo público...”.

Sobre el particular ya se dijo que, según lo acordado, el financiamiento 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 financiados por Estados extranjeros como así también –y con mayor razón– a los financiados por instituciones bancarias privadas.

Téngase presente que la primera fuente de interpretación de la normas es su letra y que los términos empleados en ella no deben entenderse como superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos usados (Fallos: 315:1256; 318:950 y 324: 2780). Asimismo, cuando la norma no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones ajena al caso que aquella contempla (Fallos: 313:1007).

En virtud de estas exigencias interpretativas, no puede presumirse la inconsistencia u omisión del legislador (Fallos: 304:1820; 306:721; 307:518; 315:2668, entre tantos otros).

A modo de comparación puede contrastarse, por ejemplo, la Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual se aparta parcialmente de la regulación nacional al excluir en forma expresa de su ámbito de aplicación tanto a los contratos que celebre el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con Estados extranjeros, como así también a los que se financien con recursos provenientes de esos Estados, entre otros supuestos (v. incisos d) y e) del artículo 4º de la Ley N° 2095).

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.

b) Reglamentación aplicable.

En cuanto a la reglamentación aplicable, debe tenerse presente que por conducto del Decreto N° 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016, se aprobó el actual “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, derogándose, entre otros, el Decretos N° 893 de fecha 7 de junio de 2012 y sus modificatorios.

Respecto a la entrada en vigencia del nuevo cuerpo reglamentario, el artículo 7º del Decreto N° 1030/16 prevé que: “*La presente medida comenzará a regir a los QUINCE (15) días corridos de su publicación en el Boletín Oficial, y será de aplicación a los procedimientos de selección que a partir de esa fecha se autoricen.*”.

Dicha publicación tuvo lugar el día 16 de septiembre de 2016, a raíz de lo cual se emitió la Comunicación General N° 51, de fecha 19 de septiembre de 2016, por cuyo conducto esta Oficina Nacional aclaró que: a) los procedimientos que se autoricen a partir del día 3 de octubre de 2016 –o los que a partir de esa fecha se convoquen cuando no se requiera autorización previa–, deberán regirse por el Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16; b) Por el contrario, para los procedimientos autorizados –o convocados cuando no se requiera autorización previa– con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto N° 1030/16, continuará siendo aplicable el Decreto N° 893/12.

De lo expuesto se deduce que la contratación que aquí se analiza debió haberse sujetado a las previsiones del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, tomando particularmente en cuenta que, de conformidad con el artículo 2º del mencionado decreto, el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional resulta de aplicación a todos los procedimientos que lleven a cabo las jurisdicciones y entidades del PODER EJECUTIVO NACIONAL comprendidas en el inciso a) del artículo 8º de la Ley N° 24.156 siempre que tengan por objeto el perfeccionamiento de los contratos comprendidos en el inciso a) del artículo 4º del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios.

En otro orden de cosas, el artículo 3º del Decreto N° 1030/16 dispone que quedan excluidos de la aplicación

del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional los siguientes contratos: “*...a) Los de empleo público. b) Las compras por el Régimen de Fondos Rotatorios y Cajas Chicas. c) Los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios y del reglamento que por el presente se aprueba, cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, y de las facultades de fiscalización sobre ese tipo de contratos que la Ley N° 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control. Asimismo, también quedarán excluidas las contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior. d) Los comprendidos en operaciones de crédito público. e) Los de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias, enumerados en el artículo 4º inciso b) del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios. f) Los actos, operaciones y contratos sobre bienes inmuebles que celebre la AGENCIA DE ADMINISTRACION DE BIENES DEL ESTADO, organismo descentralizado de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, en ejercicio de las competencias específicas atribuidas por el Decreto N° 1.382 de fecha 9 de agosto de 2012 y su modificatorio...”*

A la luz de esto último, amerita efectuar una breve aclaración en torno al ámbito de aplicación objetivo de la reglamentación en cuestión, dado que el citado 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”, tal como se encontraba previsto en el inciso e) del artículo 3º del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

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–.

Sin embargo, autorizada doctrina ha enseñado en otro sentido que: “*Los derechos de propiedad industrial permiten que se ceda la titularidad (cesión) o bien el derecho de explotación (licencia). Contrato de licencia es aquel por el cual el titular de un derecho sobre un bien inmaterial de propiedad industrial transfiere a la otra parte, licenciataria, el uso y goce sobre el derecho...*” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*. Tomo III. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 2000. Págs. 86 y 87).

De tal suerte, 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.

c) Consecuencias derivadas de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

En los literales a) y b) del presente Acápite este Órgano Rector brindó las razones por las cuales considera que 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.

Siendo ello así, interesa destacar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del Decreto Delegado N° 1023/01: “*...Deberán realizarse mediante el dictado del acto administrativo respectivo, con los requisitos establecidos en el artículo 7º de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias, como mínimo las siguientes actuaciones, sin perjuicio de otras que por su importancia así lo hicieren necesario:*

a) *La convocatoria y la elección del procedimiento de selección. b) La aprobación de los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares (...) f) La aprobación del procedimiento de selección y la adjudicación... ”.*

Luego, el artículo 24 del Decreto Delegado N° 1023/01 prescribe: “...La selección del cocontratante para la ejecución de los contratos contemplados en el artículo 4º de este régimen se hará por regla general mediante licitación pública o concurso público, según corresponda, por aplicación del inciso a) apartados 1. y 2. del artículo 25.

La selección del cocontratante mediante subasta pública, licitación o concursos privados, o contratación directa sólo será procedente en los casos expresamente previstos en los incisos b), c) y d) del artículo 25, respectivamente.

Las contrataciones podrán realizarse con modalidades, conforme con su naturaleza y objeto, las que serán establecidas en la reglamentación.

En todos los casos deberán cumplirse, en lo pertinente, las formalidades establecidas por el artículo 11 del presente régimen, bajo pena de nulidad.” (el destacado no corresponde al original).

Consecuentemente, no es posible dejar de señalar que 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).

Siendo ello así, 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).

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 preestablecidas 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).

En suma, 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.

Saludo a usted atentamente.

AL

SEÑOR INTERVENTOR

DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES

Ing. Ricardo CASAL.

S._____ / _____ D.