

## Auto De Procesamiento Planteo De Nulidad Negociaciones Incompatibles Con La Funcion Publica Funcionarios Publicos Licitacion Publica

### JURISPRUDENCIA

Auto de procesamiento. Planteo de nulidad. Negociaciones

incompatibles con la función pública. Funcionarios públicos. Licitación pública Se confirman los procesamientos como coautores del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, de los entonces Ministro de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, Subsecretario de Agricultura Familiar, integrantes de la Comisión Evaluadora de Ofertas y de la empresa Guido Guidi SA, en calidad de partícipe necesario, en orden a su actuación en una licitación pública para la compra de 60 camionetas que serían destinadas a las delegaciones provinciales de la Subsecretaría de Agricultura Familiar y de la cual resultó adjudicataria la firma imputada. Ello así, al comprobarse prima facie la inobservancia de los deberes propios del cargo y de la función esencial y específica que los funcionarios imputados (cada uno desde su respectivo ámbito de actuación y dominio) estaban llamados a cumplir en el proceso de contratación, demostrativa de una actuación reñida con el principio de imparcialidad, revelándose un trato desigualitario de los privados oferentes. Buenos Aires, 29 de marzo de 2.019.-

VISTOS Y CONSIDERANDO: I- A f. 979/1014 se resolvieron las situaciones procesales de los indagados en orden a su actuación en la Licitación Pública 13/11 Segundo Llamado del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación para la compra de 60 camionetas que serían destinadas a las delegaciones provinciales de la Subsecretaría de Agricultura Familiar y de la cual resultó adjudicataria la firma Guido Guidi S.A.. Se decidieron allí los procesamientos como coautores del delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública previsto por el artículo 265 del Código Penal de los entonces Ministro de la citada cartera Norberto G. Yauhar, Subsecretario de Agricultura Familiar Guillermo D. Martini, integrantes de la Comisión Evaluadora de Ofertas María Florencia Stefanetti -a la vez Directora de Compras y Contrataciones-, José E. Fernández y Pablo E. Montolivo. Asimismo, el procesamiento por igual figura de Guido Guidi en calidad de partícipe necesario. Dichos autos de mérito fueron en su totalidad recurridos por sus respectivas defensas al igual que los embargos impuestos. No así la falta de mérito dictada a la entonces Subdirectora de Asuntos Jurídicos María Leticia Pederiva, que por el contrario fue consentida por el Ministerio Público Fiscal. II- Previo al análisis de fondo, el abordaje de ciertas cuestiones preliminares. a. De inicio se aclara que no corresponde el tratamiento en esta instancia de las consideraciones introducidas por la asistencia de Stefanetti en orden a la supuesta prescripción de la acción penal a su respecto dado que ningún recurso se articuló contra el rechazo in limine del planteo, resuelto por el Juez de grado en el punto V del auto a f. 1053/4. b. Ya sobre la supuesta violación al principio de congruencia se advierte que ella no es tal. Es que confrontada la plataforma fáctica contenida en las indagatorias con aquella de los procesamientos no se advierte variación alguna, por el contrario cada uno de los elementos típicos de la figura provisoriamente aplicada se encuentra presente en las intimaciones oportunamente formuladas; de modo que ninguna vulneración al derecho de defensa se aprecia y ello determina el rechazo de la pretensión. c. Idéntica solución se impone adoptar con respecto a la nulidad intentada por presuntos defectos de fundamentación o arbitrariedad del fallo. Es que inversamente a lo alegado éste cubre holgadamente las exigencias de motivación del artículo 123 del código ritual por cuanto contiene un relato preciso de los hechos, el análisis integral de la prueba reunida y de la normativa aplicable, y la exposición del razonamiento del que se derivan lógicamente las conclusiones plasmadas en la parte dispositiva del auto; de manera tal que los cuestionamientos por esta vía articulados en rigor reflejan discrepancias de criterio más propias del marco de la apelación que del acotado margen de discusión de un planteo invalidante. III- Ahora bien, confrontados los argumentos desarrollados por las partes con lo actuado en el expediente y la documentación reservada que se tiene a la vista, habrá de compartirse el temperamento dictado en la anterior instancia, por cuanto advertimos en el proceso de contratación en análisis una serie de indicadores que conjuntamente evaluados avalan, con el carácter provisorio que signa esta etapa y sin perjuicio del resultado de las medidas pendientes, la hipótesis delictiva objeto de autos. Por empezar se advierte que la licitación pública en cuestión, en contraposición a los principios que rigen la materia de aplicación indiscutida al caso (Decretos n° 436/00 ?Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional? y 1023/01 ?Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional?), se habría caracterizado por la falta de promoción de la concurrencia y competencia, e inclusive por la introducción de requerimientos que desalentaban tales condiciones. Repárese que la primera convocatoria para la adquisición de los sesenta rodados en cuestión fue declarada desierta por falta de oferentes. Pese a ello, al tiempo de indicar las modificaciones al pliego de bases y condiciones particulares a los fines de un segundo llamado, el Subsecretario de Agricultura Familiar Martini sumó a las especificaciones técnicas anteriores otras adicionales: ?Cilindrada mínimo 2,0 Frenos ABS Velocidad máxima 170km/h/ 182km/hora Consumo máximo 8,5 x 100 km Capacidad de tanque 80 litros Sensores de estacionamiento.

Deberán estar ploteadas en ambas puertas delanteras con el logo Institucional del MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA?. De hecho, a diferencia del informe de precio testigo que sí pudo producirse en el llamado anterior, en esta oportunidad la Sindicatura General de la Nación se limitó a proporcionar un ?Valor de Referencia? (valor medio de mercado de un bien que cumple con la mayoría de las especificaciones técnicas) y advirtió: ?...1. En el Pliego de Bases y Condiciones Particulares se indican Especificaciones Técnicas que conducen a una marca determinada, si bien en el mercado existen opciones de bienes similares o sustitutos convenientes que cumplirían con el objetivo final que sustenta la necesidad de la compra... 4. El producto relevado no posee Sensores de Estacionamiento solicitados en la Descripción...? (Nota SIGEN n° 1408/2012-GNyT). A ello debe agregarse la ausencia de fundamentación en la cual habría incurrido el área requirente al momento de definir aspectos particularmente sensibles de la licitación, proceder que no habría merecido objeciones por parte de las restantes instancias intervinientes. El artículo 60 del Decreto n° 436/00 dispone: ?La comprobación de que en un llamado a contratación se hubieren... formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo sea factible por determinado interesado u oferente, de manera que el mismo esté dirigido a favorecer situaciones particulares, dará lugar a la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera sea el estado de trámite en que se encuentre, y a la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes?.

La solicitud de ampliar las especificaciones técnicas originales, sin embargo, no contiene la más mínima explicación tendente a fundar su necesidad y razonabilidad máxime en un contexto de falta de concurrencia como el verificado. Y ello no fue subsanado ni dio lugar a medida correctiva alguna ni siquiera cuando, previo a cualquier acto de consideración de las ofertas, se incorporó al expediente el citado informe de la SIGEN con las observaciones apuntadas supra. La conclusión de que la oferta presentada por Guido Guidi S.A. ?...cumple con lo solicitado en el pliego de especificaciones técnicas...? vertida por el Subsecretario de Agricultura Familiar a f. 492 del expediente licitatorio (la que sería reproducida, sin ninguna verificación ulterior, por los funcionarios que intervinieron luego) tampoco encontraría un respaldo objetivo. Más allá de no haberse explicitado las supuestas razones que avalaban dicha afirmación, lo medular es que el contenido de la oferta en cuestión aparece como insuficiente para expedirse en estos términos. Basta señalar que en la sucinta presentación realizada a f. 245/54 de ese legajo no se consignó marca ni modelo de los vehículos ofertados como tampoco el detalle de su equipamiento y características técnicas. Precisamente esta circunstancia motivó que al ser notificada de la preselección de la oferta de Guido Guidi y la desestimación de la propia, la firma Igarreta S.A.C.I. hiciera una presentación escrita a fin de que, ?...no habiendo podido ubicar en el expediente completo (examinado al momento de tomar vista) información técnica, folletería o aclaración del modelo del vehículo cotizado...?, se le indicara la versión de pick up ofertada por su competidora (f. 515 del mismo); interrogante que no despejó la Subsecretaría requirente al trasladársele el cuestionamiento puesto que Martini, otra vez sin identificar el modelo/versión consultada ni respaldar sus dichos en elemento alguno, se limitó a aseverar que: ?...al momento de analizar la propuesta de la empresa Guido Guidi SA constató en la página oficial de VOLKSWAGEN que la camioneta Amarok cumplía con las especificaciones técnicas solicitadas...? (f. 517 del mismo). En verdad, la respuesta no surge de las constancias del proceso licitatorio. Tan es así que la Oficina Anticorrupción en el marco de su investigación preliminar debió solicitar al Secretario de Agricultura que informe concretamente el modelo de pick up adquirido y su equipamiento. Es que el Código de Catálogo 432-01715 al que alude la defensa de Guidi nada aporta en este aspecto ya que no remite a su propio catálogo o del fabricante de los vehículos cotizados. Se trata, en cambio, de aquel del ?Sistema de Identificación de Bienes y Servicios de Utilización Común que, conforme el artículo 46 inciso ?a? del Decreto 436/00, debe ser consignado en las especificaciones técnicas de los pliegos de bases y condiciones particulares. De hecho, éste figura preimpreso, entre la descripción de los bienes objeto de licitación, en los formularios completados por los oferentes en lo demás en forma manuscrita (cf. Anexo I ?Planilla de Cotización - Licitación Pública n° 13/11 2° llamado? de Guido Guidi S.A. a f. 245, Igarreta S.A.C.I. a f. 255 y Automóviles San Jorge S.A. a f. 328, todos del expediente de la contratación). La consideración de la oferta que resultó seleccionada como la más conveniente también se encontraría defectuosamente fundada dado el déficit de información recién indicado. Es que si las especificaciones técnicas incorporadas en el segundo llamado impedían considerar a los vehículos de la licitación dentro de la categoría de bienes ?estandarizados o de uso común? (lo cual en principio se deduce de la imposibilidad de informar un precio testigo -v. Resolución SIGEN 122/10-), el menor precio no era un criterio determinante de la elección sino que debía evaluarse junto a otros como la calidad, la idoneidad del oferente y restantes condiciones de la oferta (art. 23 del Decreto 436/00), datos que no estaban incluidos en ella conforme se explicó y porque además tampoco se había presentado el informe de antecedentes comerciales con el sector público y privado previsto en el artículo 138 de la referida norma. En este contexto, no cabe soslayar determinadas circunstancias que -a priori y sin perjuicio de su acabada dilucidación- revelarían contradicciones en el actuar de los órganos administrativos y un trato desigualitario de los privados oferentes. El cumplimiento del término de 25 días desde recibida la orden de compra fijado en el pliego para la entrega de los rodados ya patentados en la sede del organismo, sobre cuya justificación o no se ha debatido arduamente en el legajo, constituyó el fundamento exclusivo -así fue explicitado- de la

desestimación de una oferta económicamente más ventajosa. Y si bien no se desconoce que la solución se compadece con la normativamente prevista para los casos en que la oferta contenga condicionamientos o cláusulas contrapuestas a las que rigen la contratación (art. 74 del Decreto 436/00), lo cierto es que los remitos incautados en el allanamiento de la empresa adjudicada demostrarían que las últimas unidades habrían sido entregadas vencido holgadamente el plazo previsto en el pliego -inclusive aquel propuesto en la oferta de precio menor-, extremo que coincide con el hecho de que la devolución de las garantías recién se concretara cinco meses después de la fecha en que se entregó la orden de compra, situación ésta que -a la luz de las constancias del expediente de la licitación- no habría dado lugar a la formulación de reclamos ni a la aplicación de penalidades o sanciones, lo que también estaba reglamentariamente previsto (art. 29 del Decreto 1023/01). Desde esta perspectiva, la inobservancia de los deberes propios del cargo y de la función esencial y específica que los funcionarios imputados, cada uno desde su respectivo ámbito de actuación y dominio, estaban llamados a cumplir en el proceso de contratación, demostrativa de una actuación reñida con el principio de imparcialidad, aparece razonablemente entonces como resultante de una decisión común al hecho orientada a beneficiar al particular oferente, quien por no reunir las condiciones especiales de autoría que el tipo penal reclama se ubica en la maniobra como partícipe necesario. En efecto, Martini por el organismo requirente mediante la nota del 22/12/11 promovió la realización de una segunda convocatoria y la inclusión en el pliego de especificaciones técnicas restrictivas de la concurrencia que la SIGEN observó por vislumbrar un posible direccionamiento, en contrariedad con cuanto le imponían los artículos 12 y 46 del Decreto 436/00 y 3.b y c del Decreto 1023/01. A su vez, con la opinión expresada el 3 y 16/5/12 instó la adjudicación del contrato a Guido Guidi S.A. sosteniendo -sin contar con los elementos básicos necesarios para efectuar este análisis- que su oferta cumplía con las especificaciones del pliego y era la más conveniente, infringiendo de tal manera los artículos 23 del Decreto 436/00 y 15 del Decreto 1023/01. La Comisión de Evaluación integrada por Stefanetti, Fernández y Montolivo normativamente estaba obligada a examinar por sí el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, el reglamento y el pliego, como también a realizar una evaluación propia de las diferentes ofertas, pronunciándose fundadamente sobre su admisibilidad o no, comparándolas entre sí a la luz de los factores definidos en el pliego, elaborando luego un orden de mérito resultante y recomendando la solución a adoptar (artículo 78 del Decreto 436/00). Aunque su opinión no sea vinculante, es claro que tenían a su cargo un rol de importancia y responsabilidad. No obstante, en el Dictamen de Evaluación del 4/5/12 reprodujeron las conclusiones de Martini, que hicieron propias con todas sus deficiencias e irregularidades. El entonces titular del Ministerio Yauhar con la Resolución 48 del 7/2/12 autorizó la nueva convocatoria y aprobó el pliego de bases y condiciones particulares en las condiciones que ya han sido mencionadas. Luego, intervino en la Decisión Administrativa 357 del 11/6/12 que aprobó todo lo actuado en el proceso y adjudicó la licitación pública a Guido Guidi S.A.. Cabe hacer notar que los propios considerandos de la decisión reseñaban las objeciones formuladas por el organismo de control a las especificaciones del pliego, los motivos del cuestionamiento de otro oferente a la preselección de esa empresa, la respuesta del organismo requirente; en suma, las irregularidades verificadas en las instancias previas, las que convalidó así con su actuar y, además, omitiendo ejercer las facultades que ante situaciones como la analizada el ordenamiento legal le reconocía de revocar el proceso en el estado en el que se encuentre e iniciar actuaciones sumariales (artículos 60 del Decreto 436/00 y 18 del Decreto 1023/01). Para finalizar cabe concluir que atento a las características de la maniobra, las particularidades de su presentación como oferente y el dato no menor relativo al rédito económico obtenido con la contratación, Guido Guidi no pudo ser ajeno al hecho investigado. Sólo resta apuntar, en función de la contradicción que todas las defensas identifican entre el dictado de los procesamientos de sus asistidos y la falta de mérito de la entonces Subdirectora de Asuntos Jurídicos María Leticia Pederiva resuelta en el mismo auto, que sin perjuicio del acierto o error de dicha decisión los suscriptos se ven impedidos de adentrarse en el análisis de su situación en ausencia de recurso fiscal. IV- Por último se observa que los montos de los embargos han sido adecuadamente discernidos por el Juez a quo a la luz de las características del caso relevantes a estos fines y los parámetros que rigen la materia (artículo 518 del C.P.P.N.), teniendo en consideración el importe correspondiente a la tasa de justicia, las costas del proceso comprensivas de los honorarios de los defensores particulares y oficial intervinientes (art. 70 de la ley 27.149), las indemnizaciones civiles que todavía podrían reclamarse (art. 90 del C.P.P.N.) y que por las aristas propias de los eventos investigados -más allá de la calificación legal provisoriamente asignada- no se pueden descartar y la multa accesoria prevista dado el ánimo de lucro que guió la maniobra (art. 22 bis del C.P.). En razón de lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: I) NO HACER LUGAR a los planteos de nulidad tratados a lo largo del Considerando II puntos a y b. II) CONFIRMAR el auto impugnado en todo cuanto decide y ha sido materia recursiva. Regístrese, hágase saber y devuélvase. MARTIN IRURZUN Juez de Cámara LEOPOLDO BRUGLIA Juez de Cámara LUCILA L. PACHECO Secretaria de Cámara Cn: 42875 Reg: 47170 Correlaciones: López del Carril, Nelson Julio y ot. s/negociaciones incompatibles con los deberes de funcionario público - Trib. Oral Crim. Fed. - Nº 4- 02/06/2014 - Cita digital IUSJU217138D

037183E