



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



Ref. Expte. N°1552-D-10-30093-DACOP - "Ref. Convenio N°2 de Adicionales Obra: Aprovechamiento Integral del Río Grande. Portezuelo del Viento. Contratación del Servicio de consultoría".

**AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. JOAQUIN DE ROSAS**

S / D

Vienen estas actuaciones a esta Dirección de Asuntos Administrativos, remitidas por la Subsecretaría de Obras Públicas de la Provincia, con el objeto de que se emita dictamen legal en relación a la solicitud efectuada a fs. 129 (esto es "si la provincia, independientemente del origen de los fondos, debe como contratante, pagar todos los certificados del costo de la obra"). Es decir que el objeto de la consulta y del presente dictamen es discernir en forma precisa si la provincia debe afrontar aun con presupuesto propio obligaciones asumidas con el contratista y que en virtud de los convenios celebrados entre la provincia y la Nación, corresponderían financiar a ésta última.

Si bien las actuaciones han sido remitidas directamente al suscripto, quien emitirá el dictamen requerido en el marco del principio de celeridad, economía y sencillez del procedimiento administrativo (art. 113 de la Ley N°3909) lo dirige al Sr. Fiscal de Estado a los efectos de que tome conocimiento del mismo para su ratificación o rectificación y posterior remisión a la autoridad que se dirige en consulta a este órgano de control.

1. Así las cosas, en primer término es necesario destacar que el presente contrato ha sido suscripto en el marco de la Licitación Pública tramitada en expte. N°5360-S-2006-30091-E-09 y sus acumulados, adjudicada por Resolución N°158-MIVT-08 (07/03/08) y contrato suscripto con fecha 07/08/08.

2. La provincia de Mendoza, a su vez, en forma previa, ha suscripto con el Estado Nacional dos Actas Acuerdo mediante las cuales este último se comprometió a financiar la mencionada obra por un monto de hasta la suma de \$1.005.000.000 (mil cinco millones de pesos) conforme

Certifico que es copia fiel de su original que tengo ante mí.-

presupuestos acordados –cláusula PRIMERA del Acta Acuerdo y Anexo de la misma, ratificada por Decreto N°2592/2006, ratificado a su vez por Ley N°7708-. El mismo fue modificado en sus alcances (en relación a los procedimientos de pago) por una Segunda Acta Acuerdo, de fecha 21/11/2007, mediante la cual la provincia de Mendoza se obliga a cumplir con las obligaciones que derivan de la Resolución del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación N°268/07 (Reglamento de Rendiciones de Cuentas).

3. En este estado, vienen a consulta las presentes actuaciones en las cuales se solicita dictamen legal respecto de si la provincia debe cumplir con las obligaciones asumidas frente al contratista aun cuando no se hayan recepcionado los fondos comprometidos con la Nación en el marco de las normas legales, reglamentarias y convencionales citadas ut. supra.

En relación a este tema, es de destacar que la Asesoría Letrada del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Transporte, ha emitido dictamen a fs. 125/28 (Dra. Viviana Escudero) quien concluye considerando que: *"...siendo la provincia responsable contractual y que en ello pueden acarrear responsabilidades funcionales, se sugiere tramitar fondos para la imputación del gasto del presupuesto de obra de que trata el presente expediente..."*.

En este sentido, debe tenerse presente que la relación convencional interadministrativa establecida entre la provincia de Mendoza y la Nación a los efectos del financiamiento de la obra en cuestión, no puede ser opuesta al contratista del estado, como impedimento para afrontar los pagos de las legítimas y reconocidas acreencias, ya que el mismo es ajeno a aquella relación y tiene, derivado del contrato de obra oportunamente suscripto y de las normas que resultan aplicables en la provincia conforme ámbito de aplicación material y personal establecidos por el art. 1º de la Ley N°4416¹, con los lacances del art. 3º del mismo instrumento legal² y según orden de

¹ El art. 1º de la Ley N°4416 consigna: "Esta ley será aplicada a las construcciones, conservaciones, instalaciones, modificaciones, restauraciones, servicios de industria y trabajos en general, que realizare la Provincia y sus municipalidades, por sí o por intermedio de sus entes centralizados, descentralizados o autárquicos, cualquiera sea el origen de los fondos que se inviertan y el destino de la obra, salvo convenio con otros organismos estatales que establezcan otro régimen legal oficial..." (el subrayado me pertenece).

² Art. 3º: "Cuando la Ley mencione "La Administración" debe entenderse por tal a las autoridades de organismos estatales que tengan asignada competencia legal en la materia, con los alcances previstos en el artículo 1º de la Ley N°4416, sus atribuciones y deberes en las dependencias que se encuentren



prelación establecido en Pliegos de la Licitación que rigieron el procedimiento (por expresa regulación prevista en el art. 34 de la Ley N°4416 y 16 del Decreto Reglamentario N°313/81), el derecho esencial a la percepción del "precio" pautado con la provincia, siendo ello consecuencia derivada de los efectos, en principio inter partes de los contratos administrativos e inter administrativos³.

Cabe traer al procedimiento en relación a este tema, los antecedentes existentes en relación a la contratación en análisis generada por los Decretos Nros. 2095/09 (28/08/09) y 521/10 (07/04/2010)⁴ en los cuales se ha recurrido al art. 12⁵ de la Ley N°3909 con la finalidad de afrontar las obligaciones asumidas frente al adjudicatario ante el retardo en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la Nación respecto del financiamiento comprometido en el marco de los Convenios reseñados precedentemente.

Asimismo, en coincidencia con lo explicitado en el dictamen jurídico precedentemente aludido, es necesario advertir que forma parte del precio del mencionado contrato, la totalidad de los rubros que deban imputarse en el marco del mismo y vinculados a la ejecución del objeto contractual (vg. los previstos por la Ley N°4416 como trabajos imprevistos y variaciones de precios -art. 9-; gastos improductivos -art. 48-, adicionales de

³ "Entendemos por contrato administrativo "... toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa". (DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", Cdad. Argentina, 2009, pp. 453).

⁴ Reza en sus considerandos el Decreto N°2095/09: "Que ante divergencias interpretativas con la Nación referentes a los términos del Acta Acuerdo originalmente suscripta, la Provincia en cumplimiento de sus obligaciones contractuales asume el pago con fondos propios (Fondo de Infraestructura Provincial) de la Inspección de los trabajos, quedando pendientes de pago certificados vencidos de obra y de variaciones de precios. Que la Administración en el significado indicado en el Artículo 3 del Decreto Ley N° 4416/80 de Obras Públicas y modificatorias, es la Provincia de Mendoza a través del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Transporte, independientemente del origen de los fondos con los cuales se hace frente al pago de la contratación regida por dicha normativa. Que dicha Administración como Comitente y Autoridad del contrato es la responsable frente a la contratista y no la Nación Argentina y por ello es la responsable de la principal obligación contractual, que es el pago en término a fin de no desfinanciar a la contratista, lo cual permite la continuidad de los trabajos. Que la normativa dispone derechos a favor del contratista en los casos en que se halla comprometido el flujo de fondos y que desde el punto de vista de la administración comitente son consecuencias jurídicas y económicas que se traslucen entre otros en el ritmo de ejecución y en última instancia en el bien que se pretende incorporar en beneficio de la comunidad toda...". En similar sentido se expresa la motivación del Decreto N°521/10.

⁵ El art. 12 de la Ley N°3909 prevé expresamente la posibilidad de que el Poder Ejecutivo o los funcionarios autorizados al efecto, dispongan la utilización transitoria de fondos de cuentas especiales para efectuar pagos cuando por razones o circunstancias de tiempo, deba hacerse frente a apremios financieros...".

ABEL A. ALBARRACIN
Intendente de As. Administrativos
FISCALIA DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA

Certifico que es copia fiel de su
original ante mí.

obra -art. 54-, mayores costos⁶, redeterminaciones o variaciones de precios⁷, intereses por mora -art. 64-, etc.) -adhiriendo en este sentido a lo expresado en el párrafo 11ero del dictamen citado-.

En efecto, se ha expresado al respecto que si bien el precio es intangible, no es inmutable, ya que puede sufrir variaciones derivadas de previsiones contractuales (vg. cláusulas de variabilidad de precios, adicionales, intereses, etc.); cuando se ha producido la alteración de elementos no contractuales de la remuneración (por ejemplo por voluntad del legislador⁸) y

⁶ La Suprema Corte de Justicia Provincial ha dicho que: "...Los certificados de mayores costos integran, sin lugar a dudas, el elemento precio del contrato de obra pública y no pueden escindirse del mismo como pretende el accionante, por tanto resultan gravados en cuanto integran, en concepto de ingresos brutos, la actividad lucrativa del contribuyente (art. 178 del Código Fiscal). Expte.: 23361 - CROCCO EMPRESA DE CONTRUCCIONES DE D. CROCCO Y D. LIFSCHITZ - PODER EJECUTIVO PROVINCIAL INCONSTITUCIONALIDAD - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -Fecha: 15/06/1967 - CORTE EN PLENO Ubicación: LS100 - N29- . Ha reconocido también la validez de las fórmulas polinómicas de actualización al expresar: "Las fórmulas polinómicas sólo son aplicables al caso específico para el cual se han pactado, pues si se modifica el sistema de reconocimiento de variaciones de precios en beneficio de los adjudicatarios se viola el principio de igualdad que debe regir respecto de las demás firmas oferentes. Expte.: 43281 - BASE S.R.L. Y FIBROESTE S.R.L. - PROVINCIA DE MENDOZA ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA, Fecha: 13/02/1995 - Ubicación: LS253 - 076.

⁷ "El contratante tiene un derecho esencial a recibir el precio pactado por la contraprestación a su cargo; a su vez la administración debe pagar ese precio estipulado. En algunos casos, para morigerar la posibilidad de un quiebre en el equilibrio contractual, y evitar así el planteo de reclamos por el contratista, comenzaron a usarse con bastante frecuencia y aun hoy se usan cláusulas contractuales que permiten, a partir de la fijación de precios bases para determinadas materias primas, insumos, salarios, materiales, etc. La utilización de coeficientes o fórmulas polinómicas que modifican los precios estipulados en caso de alteración de los mismos... Básicamente, esta figura de la revisión de precios consiste en la introducción en los contratos de fórmulas polinómicas que tienen por objeto el ajuste de precios..." (Farrando, I, Director, Obra colectiva "Contratos Administrativos", Lexis Nexis, 2002, Bs. As., pp. 623/24). La vigencia de esas fórmulas se ha mantenido aun en el marco de un sistema legal confuso y contradictorio como es el que deviene de las previsiones de la Ley N°23.928 (arts. 7, 8 y 10 que mantienen vigencia al ser ratificados por la Ley N°25.561 -art. 4-) y de la inclusión reiterada de este tipo de fórmulas de ajuste en los Pliegos de condiciones, que han generado incluso a nivel nacional la emisión del Decreto N°1295/02 (19/07/02) estableciendo una metodología de redeterminación de precios para los contratos de obra pública regidos por la Ley N°13.064 y sus mod. Finalmente, cabe destacar que para Marienhoff, este rubro tiene su fundamento en la aplicación de la teoría de la imprevisión (Marienhoff, Miguel S., "Contratos Administrativos", JA, 1977, IV-pp. 714 Tratado de Derecho Administrativo"). La jurisprudencia ha tenido posibilidad de manifestarse al respecto, entendiendo que "la remuneración del contratista está integrada no sólo del precio estipulado al inicio de la relación son también de los mayores costos de la Ley 12.910 (doctrina de fallos 311:1181 y 1576)..." y que "tal disposición no vulnera el régimen de la convertibilidad de la Ley 23.928, norma que estableció como medio coadyuvante a la estabilidad buscada por el legislador, la derogación en general de los procedimientos de ajuste automático por depreciación monetaria..." con fundamento en la diferenciación entre dichos procedimientos (variación de moneda real respecto de moneda ideal) y los establecidos para determinar las variaciones de precios en la obra pública (variación de costos en los que se tiene en cuenta la variación del costo de los materiales y/o mano de obra respecto del valor de la moneda real) -Cámara Federal N°II, in re "Papini Mario N v. Administración General de Puertos", LL, 1993-C-147- . En contra de esta posición se manifestó la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictamen del 05/05200, en relación a las cláusulas de ajuste de los Contratos de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires (entendió que debían considerarse no escritas a tenor de los preceptos de la Ley N°23.928). La C.S.J.N., in re "Fernández Raúl c/Estado Nacional" (07/12/99, JA, 200-III-178) ha dicho sobre la concesión del servicio público que "era previsible la realización de ajustes, destinados a suplir una eventual insuficiencia de las tarifas para retribuir al concesionario... que la responsabilidad del estado y su autoridad no se detienen en el otorgamiento de la concesión y por ello resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación...". Sin extenderme en el tema, por no ser objeto del presente dictamen, sólo dejaré constancia de que la validez de las cláusulas en análisis en las contratos de obra pública, no parecen contrariar la normativa reseñada en tanto no importan ajustes automáticos de precios (vedado por las leyes citadas).

⁸ Por ejemplo, la Ley N°25.561, que mantuvo la derogación de todas las normas que autorizaban la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos, o cualquier otra forma de repotenciación de precios o tarifas (art. 4, que modificó, entre otros, el 10 de la Ley N°23.928) pero al fin de permitir el reestablecimiento del equilibrio económico financiero de los contratos en la obra pública en curso de ejecución y dar certidumbre a los mismos, emitió el Decreto N°1295/02, estableciendo la



aun frente a la comprobación suficiente de la alteración sustancial de la ecuación económico financiera del contrato⁹ o con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa¹⁰.

La doctrina ha dicho que "... si el precio es intangible, no es inmutable, ya que en esos casos puede variar el precio originario... Puede ser incrementado por pagos suplementarios, integrándose así en el precio originario. Esto no constituye una alteración del precio del contrato. Se da cuando el contratista ha realizado prestaciones no previstas, pero necesarias o útiles para el cumplimiento del contrato, y que deben serle reconocidas, o

estatuó estos mecanismos mediante leyes Nros. 6976 y 7022 y Decreto N°1497/02, el cual se mantiene vigente en tanto la previsión del art. 19 prevé la extensión de su ámbito de aplicación temporal mientras "subsistan las condiciones fijadas por la Ley N°25.561 y sus modificatorias...", debiendo los Pliegos de condiciones contener explícitamente el régimen de modificación de precios a emplear, así como los criterios, metodología y procedimientos.

⁹ Expresa Ernesto Bustelo en relación a este tema: "...conforme la elaboración que la doctrina y la jurisprudencia han realizado respecto de la teoría de la imprevisión en el ámbito del derecho público, en aquellos supuestos en que procede la aplicación de esta teoría, el principio de intangibilidad -cuya vigencia supuestamente se extiende a todo el campo de la contratación pública- no rige con los alcances integrales indicados en los párrafos anteriores, sino sólo en forma parcial y por aplicación de otro principio: el derecho al mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato, aun cuando el precio se haya visto disminuido por haberse tornado excesivamente onerosa la prestación a su cargo. Es decir, en los supuestos en que las causas que hayan tornado irrepresentativo (excesivamente oneroso) el precio estipulado sean ajenas a las partes y provengan de circunstancias excepcionales e imprevisibles, se deja de lado el principio de intangibilidad (basado evidentemente en un concepto de reparación integral) para dar paso - simplemente- a la aplicación del derecho al mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato (que no se traduce en una reparación integral de la disminución operada en el precio contractual)...". (Farrando I., Director, Obra Colectiva, "Contratos,..." , ob. Cit. Pp. 600).

¹⁰ Si bien han sido admitidos estos fundamentos tanto por la Corte Federal como por la provincial, se requiere la acreditación exhaustiva de los recaudos establecidos a tal fin. Así la CSJN ha entendido que "en los contratos de obra pública (vg. sistemas de ajuste alzado relativo, unidad de medida) el precio pactado es, en principio, inmodificable, por lo que tampoco puede modificarse la metodología para el reajuste de los precios originales, a menos que se produzcan distorsiones significativas que provengan de hechos sobrevinientes ajenos a las partes, criterio ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que no basta la mera irrepresentatividad de las fórmulas pactadas sino que resulta imprescindible que tal efecto sobre la economía general del contrato sea consecuencia de hechos imprevisibles al tiempo de la conclusión del acuerdo" (Citas: Corte Sup. Dulcamara S.A. v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones", Fallos 313:376; "Calderas Salcor Caren S.A. v. Comisión Nacional de Energía Atómica y otra", del 24.9.1996, Fallos 319:2037; "Pizarro Aráoz ", Fallos 303:323; "Tecnobra S.A. v. Comisión Nacional de Energía Atómica " (Fallos 316:729, consid. 7), del 20.4.1993. CSJStaFe AyS T 127 p 254; T 182 p 423). Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha afirmado: "Al firmarse primero el certificado final de obra, para luego recepcionar definitiva de la misma, resulta de extrema dureza aplicar el art.78 de la ley 4416 de Obras Públicas, el cual establece que con la recepción definitiva se pondrá término a las cuestiones económicas de la obra, siendo el certificado final el cierre de cuentas en que se asentarán los créditos debidos a que las partes se consideren con derecho final. En consecuencia, no es procedente el reconocimiento de mayores costos si contractualmente se pactó una fórmula polinómica, típica cláusula estabilizante, la cual carece de cuestionamiento, sin que se haya probado la mayor incidencia de los costos en el precio recibido sin formularse distinción entre costos y ganancias, impidiendo saber si el reclamo encuadra en el álea normal - no haber tenido la ganancia esperada - o en una pérdida real que supone el cumplimiento excesivamente oneroso. ...Corresponde rechazar la tesis del enriquecimiento sin causa si no se ha probado la mayor incidencia de los costos en el precio recibido, máxime cuando la causa del desplazamiento se encuentra en un contrato que contiene una cláusula de estabilización válidamente concertada y la administración no ha realizado actos a los que no estaba obligada. Expte.: 63635 - GUTIERREZ Y BELINSKY - I.P.V. ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA Fecha: 30/07/2003 - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Ubicación: LS325 - 196

AREI A. ALBARRACIN
FT
PROVINCIA DE MENDOZA

que es copia fiel de su
de mí.

cuando han existido prestaciones suplementarias ordenadas expresamente por la Administración Pública... debe ser pagado oportunamente en el plazo convenido o en el que fijen las normas pertinentes. Pero si la Administración Pública no lo paga en el término a que está obligada, deberá abonar intereses moratorios sobre la suma respectiva...". (Dromi, Roberto, "Derecho Administrativo", Ciudad Argentina, 2009, Bs. As. Pp. 524).

En este orden se ha manifestado también que *"...la doctrina trata el pago de intereses por mora, vinculándolos al pago efectivo del precio por parte de la Administración..."* y que *"...el precio contractual debe ser pagado por la Administración en el lugar, tiempo y forma convenidos. La idea consiste en que ante el retardo de la Administración en el pago del precio debido al cocontratante particular, se corresponde el pago de intereses moratorios a éste, siempre que haya existido interpelación y que el retardo no sea imputable al propio contratista..."*. (conf. Farrando I, Director, Obra Colectiva, "Contratos Administrativos" Lexis Nexis, 2002, Bs. As., pp. 631). Esta posición es asumida expresamente por la Ley N°4416 de la Provincia de Mendoza, toda vez que determina que *"vencido dicho plazo (del pago) la Administración incurrirá automáticamente en mora..."* (no siendo ni siquiera necesaria la interpelación).

4. En conclusión, de la documentación adjunta, aquella que ha sido citada en el presente dictamen y conforme los fundamentos precedentemente esgrimidos, en relación al requerimiento del Señor Subsecretario, es opinión de esta Dirección de Asuntos Administrativos, en forma coincidente con el Dictamen emitido por la Asesoría Legal del MIVT, que la vinculación contractual de la Provincia con la Nación, cuyo fundamento normativo ha sido precedentemente reseñado, no puede ser opuesto al contratista, quien se encuentra vinculado a la provincia de Mendoza por el contrato suscripto con fecha 07/08/2008, Resolución de Adjudicación N°158/08 del MIVT y normas aplicables de la ley N°4416 (en especial art. 1º y 3º) y su Decreto Reglamentario N°313/81, siendo relevante al respecto la previsión del art. 34 del mencionado instrumento legal en cuanto prevé expresamente que: *"... el contrato quedará integrado por la presente ley y sus decretos reglamentarios, por las bases del llamado a licitación, por los pliegos de condiciones y especificaciones técnicas, por los planos generales y de*



detalle, por la propuesta del contratista, por las aclaraciones válidas que las partes hubieren admitido, por el acto de adjudicación de la contrata..."(con expresa remisión a la reglamentación en cuanto al orden de prelación, la cual a su vez, en su art. 16, remite a la obligación de incluirla en el Pliego de Condiciones -ver art. 1.1.3. del Pliego de Instrucciones a los Oferentes y Estipulaciones Generales del Contrato respectivo que rigió el procedimiento licitatorio que ha sido compulsado por el suscripto-), encontrándose incluidos en el marco contractual todos los rubros vinculados a la mencionada obra (según se ha explicitado en el punto 3. precedente, párrafos 5 y ssgtes.).

5. Se recomienda incorporar copias certificadas de la normativa citada en el presente dictamen relativa al procedimiento licitatorio, adjudicación y contrato, la cual ha sido compulsada por el suscripto para dotar de celeridad al procedimiento pero no consta agregada como elemento de necesaria valoración en relación a los temas ventilados en estas actuaciones.

6. Por último, se estima procedente precisar que el presente dictamen está limitado a las cuestiones de legitimidad respecto de la consulta efectuada (conformación genérica del precio y oponibilidad o no del convenio de la Nación al adjudicatario de la obra) no abarcando otros aspectos respecto de los cuales no se ha requerido opinión o que resultan ajenos a la competencia de este órgano de control (en especial procedencia o no de rubros reclamados por el contratista o los montos que se han asignado o puedan asignarse al mismo.

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.

Dict. 0465 /11

Mendoza, 09/05/11. aa

FDO. DR. ABEL ALBARRACIN

Director Asuntos Administrativos

Fiscalía de Estado

ABEL A. ALBARRACIN
Director de Asuntos Administrativos
FISCALIA DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA

Certifico que es copia fiel de su original que tengo ante mí.-
EDUARDO FABIAN GUERRA
JEFE DE MESA DE ENTRADA
FISCALIA DE ESTADO