



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Ref. Expte. N°1891-L-2012-05179 "Denuncia Instituto Provincial de Juegos y Casinos p/presunto daño que ocasiona renegociación de contrato con Mendoza Central Entretenimiento S.A.".

**AL SEÑOR FISCAL
DE ESTADO SUBROGANTE
DR. JAVIER FERNANDEZ**

S / D

Vienen a dictamen conjunto de las Direcciones de Asuntos Administrativos y de Asuntos Judiciales, las presentes actuaciones en las cuales se han emitido previamente los dictámenes Nros. 1840/12 (18/12/12 a fs. 223) y 257/13 (de fecha 05/03/13 a fs. 234/35 D.A.Adm.), en las que los Senadores Gustavo Valls y Gustavo Cairo, y los diputados Patricia Gutiérrez y Dimartino, interponen denuncia ante esta Fiscalía de Estado solicitando que, por las razones que se exponen a fs. 1-2 (con prueba documental agregada a fs. 3/205) se indique: a) si el acuerdo de renegociación firmado por el presidente anterior y ratificado por el anterior directorio, no excedió el mandato dado por el directorio, y si esto configuró algún tipo de ilícito; b) indique al I.P.J.C. que se abstenga de autorizar cualquier incremento hasta que la Fiscalía de Estado resuelva sobre esa presentación; y c) que dictamine, si atento al daño que está produciendo la renegociación, corresponda una nueva renegociación o iniciar acción de lesividad.

I. - A los efectos de analizar la situación planteada se han agregado las siguientes constancias relevantes: copia simple de parte del expte. N°8248-I-2010-02690 "E/informe de tragamonedas I.P.J.C." (fs. 5/205) -adjunto a la denuncia-, 10 (diez) cuerpos del expediente N°8249-I-2010-02690 citado precedentemente; expediente N°891-U-2012-05179- "Solicita intervención de F.E. ante el Inst. Pcial. Juegos y Casinos Ref. renegociación contrato provisión máquinas tragamonedas" (por denuncia del Secretario General de la Unión Personal de Juego y Casino de Mendoza), en la cual cuestiona la Resolución N°158/12 -en tanto produce un aumento del canon según lo pactado (arts. 1 y 2) aun cuando en el mismo acto se emplaza a la empresa a cumplir con sus obligaciones a los efectos de producir la mencionada variación-; exptes. Nros. 3581-I-2012-02690 (Gerencia de Tragamonedas) y 03944-M-2012-02690 (MCE informa actualización precios Serv. Gastronómico); expte. N°04786-I-2012-02690 (Gcia. Tragamonedas eleva informe detalles obra sala Casino Central) y 6934-I-2011-02690 (Gcia. Tragamonedas seguimiento y modif. Parque T. Casino Central).

II. - El procedimiento de contratación de las máquinas tragamonedas del Casino de Mendoza, se implementó a través de una Licitación Pública que fue desarrollada en el expediente N°1536-I-03-02690, caratulado "Licitación Máquinas Tragamonedas" en el cual se tramitó el alquiler de 250 (doscientas cincuenta) máquinas electrónicas y/ o electromecánicas por el término de diez años (art. 2 del PCG), contados a partir de los 60 días corridos a partir de la fecha de firma del contrato (art. 48, cuarto párrafo del P.C.G.), habiendo sido adjudicada por Resolución N°684/03 (30/12/03) del Instituto Provincial de Juegos y Casinos de Mendoza y operativizada a través de la suscripción del respectivo contrato firmado el día 20/01/2004.

El mencionado instrumento convencional fue cedido por parte del adjudicatario original, "Casino de Buenos Aires S.A." a "Mendoza Central Entretenimientos S.A.", en fecha 28/11/2008, conforme surge de la Resolución N°698/08 (28/11/08), produciéndose, en fecha 18/07/2011, la celebración de un contrato de RENEGOCIACION (habiendo sido previamente intervenido por el Sr. Fiscal de Estado el procedimiento, con dictamen de fecha 14/03/2011 a fs. 140, a quien se remiten las actuaciones por expresa disposición de la Resolución N°86/11 - 11/03/11 - y previa habilitación al Presidente del I.P.J.C.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

por Resolución N°236/11 -26/04/11- para avanzar en la renegociación) por el cual se aumentaron la cantidad de máquinas hasta 569 (cláusula 2) y se incluyeron además previsiones sobre reformas edilicias a realizar por el adjudicatario (cláusula 5) así como aspectos relativos a la explotación de Restaurante, Bar y Confitería (cláusula 6), pactándose como contraprestación aumentos escalonados del porcentaje retributivo (hasta un canon máximo del 47% calculado sobre el total de lo ingresado en concepto de apuestas, menos el total del pago de premios, elevándose del 26.23 original 33.16%, al 40.9% y al 47% cuando se cumplieran los condicionamientos previstos en el art. 7.2 -primera, segunda y tercera etapa- y 7.3.), modificándose finalmente el PLAZO de duración del contrato y el titular de la facultad de prórroga, ya que su cláusula 8 prevé una vigencia de TRES AÑOS a partir de la firma y la posibilidad de prorrogar por 5 años más con una notificación de 180 días de antelación por parte del adjudicatario.

Este contrato y sus Anexos fueron ratificados por Resolución de Directorio N°509/11 (20/09/11), informándose a fs. 797 y 925 el cumplimiento de lo pactado en relación a la totalidad de las máquinas comprometidas en las condiciones pactadas (informes de fechas 13/07/12 y 01/08/12, respectivamente), habiendo sido la empresa contratista, a fs. 1508/1509 emplazada para acreditar cumplimiento de la inversión efectuada, lo que se verifica a fs. 1570/1821 (en copias simples, respecto de las cuales debería procederse a su certificación ante autoridad administrativa); certificándose que la misma "superó" la suma de \$3.000.000 acordado según Acta de Recepción Provisoria de fs. 1823/25 (12/06/2012), y constando el Acta de Recepción Definitiva de las obras a fs. 1892, Acta de Recepción definitiva de las obras (fecha 14/12/12), existiendo además informe a fs. 1890 (fs. 23 del expte. 5653-I-2012-30093), en el cual se precisa igualmente el cumplimiento a la inversión MINIMA de la cláusula 5 del contrato Renegociado (\$3.000.000).

Efectuada la denuncia que motiva el presente expediente, resulta trascendente precisar que en forma previa y preliminar con fecha 23/04/12

(fs. 215/219) emite dictamen jurídico el Instructor Sumariante a cuyo texto y fundamento se remite y dan por reproducidos en mérito a la brevedad administrativa.

III. - En este estado toman intervención esta Dirección de Asuntos Administrativos y Dirección de Asuntos Judiciales en forma conjunta, con el objeto de evacuar la solicitud efectuada por el Sr. Fiscal de Estado Subrogante, circunscribiéndose estrictamente a los puntos precisados en la denuncia de fs. 1-2 (y a los que surgen relacionados con la misma), esto es:

1. indicar si el Presidente del I.P.J.C. en su oportunidad, excedió el mandato conferido por Resolución N°236/11 y si ello configura algún tipo de ilícito;
2. indicar al I.P.J.C que se abstenga de autorizar cualquier incremento hasta que la Fiscalía de Estado resuelva sobre la presentación; y
3. dictaminar si, atento al daño que está produciendo la renegociación, corresponda una nueva renegociación o iniciar una acción de lesividad.

IV. - Así las cosas se evacúan seguidamente las cuestiones sometidas a análisis precedentemente:

1. En relación al primer punto de la denuncia efectuada, se adhiere a lo dictaminado por el Instructor Sumariante en este sentido, en tanto la Resolución N°509/11 emitida por el Directorio del I.P.J.C. ha producido la "ratificación" del contrato suscripto por el Presidente, previamente autorizado a desarrollar las correspondientes negociaciones a tal fin. Argumentan los denunciantes que el mandante habría excedido su mandato al pactar las cláusulas 4.2. (lo que en principio es correcto, toda vez que no poseía mandato expreso a los efectos de pactar el desarrollo conjunto de "juegos y actividades vinculadas al objeto del presente contrato en el área del gran Mendoza") y 8.1 (cláusula que si bien no supera el parámetro establecido en el punto 1.6. de la Resolución N°236/11, ya que lo autorizaba a fijar un plazo máximo de extensión que no superara los 10 años, habiéndose pactado una extensión de tres con 5 años de eventual prórroga, traslada la facultad de disponer la ampliación al adjudicatario) lo que a tenor de la Resolución N°509/11 se ve "ratificado" y "saneado" en los términos del art. 77 inc. b) y c) 78 y 112 de la Ley N°3909. En efecto, la eventual negociación efectuada



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

sin poder suficiente por parte del Presidente del I.P.J.C. (falta de competencia) ha quedado subsanada por la Resolución N°509/11, por la que el órgano colegiado competente RATIFICÓ el Contrato de Renegociación suscripto, por lo que carece de relevancia el planteo efectuado (art. 57 inc. a) de la Ley N°3.909, conforme la previsión del art. 77 inc. b) y c).

Lo expresado no obsta que pueda imputarse a los funcionarios que corresponda, y en tanto mantengan vinculación con la administración, responsabilidad administrativa (toda vez que esta está dirigida a mantener el buen orden de la administración y no requiere "daño" para su atribución) y/o determinar, en cualquier caso, pautas de la eventual responsabilidad civil y/o penal, a cuyo efecto deberían desarrollarse en el organismo de origen las investigaciones y/o sumarios que estimen puedan corresponder (tendiendo a la acreditación de los extremos previstos en el art. 72 del Decreto ley N°560/72¹), con la debida notificación a la Fiscalía de Estado (art. 12 de la Ley N°4.418) pero que en ningún caso son aptas para impedir la validez de los actos y/o contratos emitidos y/o celebrados.

Al respecto, fundando esta clasificación, Roberto Dromi expresa que: *"La responsabilidad personal del agente o funcionario público tiene diversas fuentes obligacionales, de allí sus diversas modalidades y regulaciones jurídicas sustantivas y adjetivas consecuentes en función del agravio que con su conducta en el ejercicio de sus funciones haya producido a los bienes y derecho jurídicamente tutelados, pudiendo ser en virtud de estos principios, administrativa disciplinaria o patrimonial, penal, política y civil, en virtud del precepto constitucional que instituye un régimen de protección del*

¹ El art citado prevé como objeto del sumario: "1.Comprobar la existencia de um hecho pasible de sanción, 2. Reunir prueba de todas las circunstancias que puedan influir en su calificación legal, 3.Deterinar la responsabilidad administrativa del o los agentes intervinientes en el hecho principal o sus accesorios, incluido el sumario, 4. Dar las pautas determinantes de las responsabilidades civil y penal que puedan surgir de la investigación...".

orden constitucional, del sistema democrático y del patrimonio público (art. 36 C.N.)².

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha entendido igualmente que: *"...La responsabilidad del funcionario público, puede ser: a) política o institucional: supone el cumplimiento de objetivos trazados, y se hace valer a través del retiro de confianza del funcionario superior, eventualmente se trata de la responsabilidad es establecida en el art. 53 C.N. y 109 Const. Provincial; b) administrativa o disciplinaria: emerge del poder de investigación y aplicación de sanciones a funcionarios o empleados públicos sometidos a sumario administrativo; c) contable: propia del juicio de cuentas, y responsabilidad específica prevista en los arts. 181 y siguientes de la Const. Provincial, reglamentada por la Ley Orgánica de Tribunal de Cuentas; d) civil: prevista en el art. 1112 C.C.; y e) penal: por la comisión de un delito penal, en base a las disposiciones del Código Penal y en especial las que se encuentran previstas desde el art. 237 y siguientes, referidos a delitos contra la administración pública..."*³.

2. Respecto de la solicitud de suspensión de los aumentos proyectados en la renegociación, la misma no ha sido solicitada por el Sr. Fiscal de Estado al Poder Ejecutivo, en su oportunidad, entendiéndose que esta competencia es, conforme se anticipara en el dictamen de fs. 215/219, una facultad de ejercicio discrecional, incluida en el art. 5 inc. b) de la Ley N°4.418, debiendo ejercitarse prudentemente (en virtud del principio de "presunción de legitimidad" de los actos administrativos –arts. 79 y 83 de la Ley N° 3.909), coincidiendo también en términos generales con lo expresado en el punto B) del dictamen aludido.

3. Finalmente, corresponde analizar el tercer aspecto denunciado, cual es si en razón del *"daño que se está produciendo, corresponde la renegociación o iniciar acción de lesividad..."* respecto del cual es necesario efectuar algunas precisiones:

3.1. De la compulsión de las extensas actuaciones suministradas, así como de los informes y piezas administrativas remitidas por pedido expreso de esta

² DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", 2009, Bs. As. Cdad. Argentina, p. 579.



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Dirección de Asuntos Administrativos a través de los dictámenes previos ya citados, y que han sido reseñadas en el punto I, no se ha podido determinar, en el ámbito de las incumbencias que corresponden al Fiscal de Estado, la existencia cierta y precisa del "daño" denunciado⁴, que es un elemento esencial a los efectos de responder al interrogante planteado y especialmente relevante al objeto de iniciar, eventualmente la requerida acción de "lesividad" (art. 3 y cctes. de la Ley N°3918).

Asimismo, creo oportuno señalar que la complejidad de los temas en análisis así como la proliferación de informes (técnicos, contables y jurídicos) en las actuaciones administrativas y la complejidad del objeto en análisis (valoración del eventual daño derivado del contrato renegociado), sustraen de la posibilidad de análisis del suscripto la materia antedicha, compartiendo en este sentido lo expresado por el Instructor Sumariante en el dictamen reseñado, cuando en su punto C, bajo el título "*Supuesto Daño*" expresa textualmente: "*...Ahora bien, aun cuando los denunciantes hablan de daño, creo necesario previo a resolver la presente causa, que se elabore un completo informe técnico contable, que determine claramente cuál fue el incremento del WIN mes a mes y el total anual, cuál podría haber sido la supuesta pérdida que hubiese sufrido el Casino Central por la apertura del nuevo casino del Complejo Arena Maipú, cuánto se gastó para liberar las instalaciones del Casino y arrendar un edificio para trasladar al personal que se encontraba ocupando las instalaciones que se reformaron y ocuparon con las nuevas máquinas y servicios, cuál sería la proyección sobre los próximos meses que se podría hacer en caso de que se incrementa el canon al 47%, y demás cuestiones que permitan determinar un preciso cuadro de situación, a fin de merituar fundadamente la posible existencia de daño o descartarla...*".

A este efecto, entiendo que es trascendente la existencia de las Comisiones de Hacienda de las Honorables Cámaras de Senadores y

³ Expte.: 65821 - SILVANO, JORGE RAÚL c/ PROVINCIA DE MENDOZA ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA, Fecha: 02/02/2001 - - SALA N° 2 LS299-279.

⁴ Se deja constancia que se acompañan a fs. 3-4 cuadros comparativos con la supuesta evolución de los ingresos bajo el contrato anterior y el renegociado, que no se encuentran suscriptos a pesar de que serían atribuidos al Gerente de Tragamoendas.

Diputados a las cuales deben suministrar información la Sindicatura del ente (art. 41 de la Ley N°6.362 y de los informes que al respecto produzca, así como los de la mencionada Sindicatura del I.P.J.C. y especialmente, los resultados que pudieran arrojar los análisis contables que oportunamente realice el Honorable Tribunal de Cuentas en el marco de la Ley N°1.003 y 27 de la Ley N°6.362, recomendando se tenga presente por el Sr. Fiscal de Estado al momento de resolver.

3.2. Tampoco se observa, "prima facie", ilegitimidad de entidad suficiente que torne inexistente o nulo en términos generales el procedimiento de renegociación, el contrato renegociado o el acto administrativo ratificatorio que le otorgó vigencia, salvo las observaciones que se efectuarán seguidamente respecto de las cláusulas 6.1. y 8.1. y los diversos defectos que posee el contrato y acto convalidatorio en distintos elementos esenciales del mismo. En este sentido conviene señalar que:

3.2.1. La Dirección de Asuntos Administrativos se ha manifestado sobre la posibilidad que posee la Administración respecto de la renegociación de los contratos administrativos, en tanto se cumplan determinados supuestos fácticos y jurídicos de estricta verificación, según el caso que se trate ya que la misma puede responder a diversas situaciones, tales como emergencia, alteración sustancial de la ecuación económico financiera, interés público, etc.

En principio los contratos tanto en su etapa de formación como de ejecución, deben mantenerse invariables, a los efectos de respetar el principio de igualdad, transparencia y juridicidad administrativa. La Corte Suprema de Justicia ha considerado que *"la ley de la licitación o ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y de los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan y resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo"*⁵. En similar posición, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza ha dicho al respecto que: *"los pliegos de bases y condiciones de una licitación pública, constituyen el conjunto de cláusulas redactado por la administración en las que se especifica el suministro, obra o servicio que se licita, estableciendo las*

⁵ C.S.J.N. 29/12/88 "Radeljak Juan c/Administración General de Puertos", LL 1990-C-1 en similar sentido, Dr. Fayt en caso "Dulcamara S.A. v. Entel", 29/03/1990; LL 1990-E-311.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

particularidades del futuro contrato ...los mismos deben ser interpretados en forma restrictiva... ...sin que las circunstancias particulares pudiesen modificar los presupuestos o requisitos de la presentación, ya que en esos casos la confección del pliego sería un acto inútil y resultaría muy difícil impedir la violación del principio de transparencia e igualdad de oferentes⁶... En igual sentido se ha expresado la Procuración del Tesoro de la Nación, en tanto ha considerado que: *"...El pliego de Bases y Condiciones, genéricamente, es el documento elaborado por la Administración Pública en el cual ésta regula el procedimiento de selección de su futuro contratista y, asimismo, el régimen de ejecución del contrato de que se trate. El pliego de condiciones contiene, por lo tanto, las disposiciones generales especiales destinadas a regir el contrato en su formación y ejecución. (conf. Dict. 253:167). El pliego de bases y condiciones de una licitación es la ley del contrato y sus cláusulas son obligatorias para todos, incluso para la Administración (conf. Dict. 230:67; 232:27)...⁷".* De ello deriva que, efectuada la oferta en un todo de acuerdo con los Pliegos de Condiciones y admitida por la Administración, aquellos pasan a formar parte del contrato y no pueden alterarse sus aspectos esenciales porque podría implicar, "prima facie", la afectación de los principios de igualdad y transparencia del procedimiento.

Ahora bien, la facultad de renegociar los contratos administrativos y/o adecuar el precio, independientemente de la eventual existencia de normas transitorias o permanentes que permiten a las autoridades administrativas a materializar tal accionar sean de índole legal⁸ o contractual, es reconocida dentro de determinados y precisos condicionamientos, como atribución

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, "Fiat Auto Argentina S.A. c/Prov. de Mendoza s/APA", Expediente N°78.497, 11/07/08. En similar sentido en Expediente: 91355 "C.E.M.P.P.S.A. C/ GOBIERNO DE LA PROV. DE MENDOZA S/ A.P.A.", fecha: 13-08-2009 Ubicación: S403-179.

⁷ P.T.N., Dictámenes: 269:9 (03/04/2009).

⁸ Vg. Ley N°7022 y sus sucesivas prórrogas, siendo la última de ellas la producida por el art. 107 de la Ley N°8265, que determina su vigencia hasta el 31/12/11. A nivel nacional, el artículo 13 del Decreto N°1023/01 que regula en general las adquisiciones del estado, regula esta materia, en cuanto consigna como un derecho del cocontratante el de "...recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo" (inc. a).

general de la administración⁹ con el objeto de propender a la obtención de los fines públicos que motivaron la contratación.

La doctrina ha expresado al respecto que: *"...la obtención de objetivos de interés público, entre otros, es mejorar la oferta de servicios, aumentar los niveles de inversión y eficiencia, mayor protección de los derechos de los usuarios, compatibilizar la prestación del servicio con las sobrevivientes exigencias normativas y progresos tecnológicos, garantizar la continuidad de la prestación, etc., constituyen la causa fundamental habilitante de la actividad administrativa de renegociación de los contratos, la que deberá ser apreciada razonablemente en cada caso...¹⁰"* y que *"... al momento de contratar el negocio tiene un cierto grado de onerosidad, pero en ocasiones, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, se vuelve excesivamente oneroso. Los hechos imprevisibles, y extraordinarios, sobrevinientes a la celebración del contrato administrativo que distorsionan significativamente la ecuación económico financiera prevista en el mismo, dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión. Esta teoría se emplea ante circunstancias ajenas a la voluntad de los contratantes, que no pudieron ser previstas en el momento de la manifestación de la voluntad contractual de cada una de las partes, ni en la posterior formalización escrita. Si bien no imposibilita cumplimentar las obligaciones contraídas, provoca un grave desequilibrio de las contraprestaciones, incidiendo negativamente en la economía del contrato...¹¹".*

En similar sentido se ha consignado que: *"...la recomposición del contrato en marcha puede obedecer a razones de oportunidad, mérito o conveniencia, al surgimiento de necesidades nuevas que tiendan a satisfacer más plenamente y en forma actual los intereses de la comunicado, justificada en razones de interés público que imponen la necesidad de introducir modificaciones en distintos aspectos..."*.

Existe también consenso en que los contratos susceptibles de ser renegociados, son los que se denominan y conocen en la doctrina como de larga duración, entendiéndose por tal aquellos *"...que se encuentran sometidos a permanentes mutaciones, donde la obligación es concebida como un proceso,*

⁹ Vg., previsión del mencionado artículo 13 del Decreto N°1023/01.

¹⁰ Druetta, Ricardo, "Renegociación del Contrato Administrativo", en "Contratos Administrativos", Jornadas de la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, p. 367, cit. por Alejandro Pérez Hualde, en "Renegociación de Contratos Públicos", Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 84.



donde su objeto es desarrollado en el tiempo ya que no es posible de ser cumplido sino en una prolongación temporal: su objeto consiste en una definición de una operación jurídica que contiene elementos indeterminados, reglas de contextura abierta y procedimientos para la determinación y su precio es el fruto de un criterio con que se debe juzgar la relación precio contraprestación en tanto equilibrio a lo largo del tiempo..."¹² y que "... al momento de contratar el negocio tiene un cierto grado de onerosidad, pero en ocasiones, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, se vuelve excesivamente oneroso. Los hechos imprevisibles, y extraordinarios, sobrevinientes a la celebración del contrato administrativo que distorsionan significativamente la ecuación económico financiera prevista en el mismo, dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión. Esta teoría se emplea ante circunstancias ajenas a la voluntad de los contratantes, que no pudieron ser previstas en el momento de la manifestación de la voluntad contractual de cada una de las partes, ni en la posterior formalización escrita. Si bien no imposibilita cumplimentar las obligaciones contraídas, provoca un grave desequilibrio de las contraprestaciones, incidiendo negativamente en la economía del contrato..."¹³.

Esta teoría, originada en la doctrina sentada por el Consejo de Estado Francés en el caso "Arrêt du Gaz de Bordeaux" (30/03/1916), y con fundamento en nuestro sistema jurídico en el artículo 1198 del C. Civil, ha sido reconocida y extendida al campo de los contratos administrativos por la C.S.J.N.¹⁴.

En este orden de ideas, es también doctrina sentada por este órgano de control y por la Asesoría de Gobierno de la provincia de Mendoza, que bajo determinados condicionamientos es factible desde el punto de vista jurídico, proceder a adecuar los valores contractuales pactados en su oportunidad con el objeto de reestablecer la ecuación económico financiera del contrato

¹¹ Dromi, Roberto; "Licitación Pública", Cdad. Argentina, Bs. As., 1995, p. 594 y sgtes.

¹² Lorenzetti, Ricardo; en "Tratado de los Contratos", T-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 124.

¹³ Dromi, Roberto; "Licitación Pública", Cdad. Argentina, Bs. As., 1995, p. 594 y sgtes.

¹⁴ CSJN, 29/06/82, "Vialco SA c/ Agua y Energía Eléctrica", ED, 101-546.

administrativo de que se trate. En este sentido se ha manifestado la Asesoría de Gobierno en Dictámenes Nros. 688/92 la posibilidad de aplicar la "teoría de la imprevisión" con fundamento en las normas federales (ver dictamen N°518/02) y autorizando solo la "morigeración" del daño que ha sufrido el afectado, en el marco de la denominada teoría del "sacrificio compartido"¹⁵.

En similar lineamiento, la Fiscalía de Estado de la Provincia ha reconocido la posibilidad de abonar "mayores costos" (diferenciándola de la "indexación") en Dictamen N°380/02 y, recientemente, incluso, ha ratificado esta posición este órgano de control, considerando 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 legislador) y aun frente a la*

¹⁵ Si bien no es objeto del presente dictamen, creo oportuno efectuar algunas consideraciones en relación a este principio. Su mención (y sin entrar en las discusiones que sobre el mismo existen) aparece, en forma expresa, recién en el año 1989 a partir del dictado de la ley 23.696 (art. 49) como un concepto "novedoso" (según terminología de HALPERIN, David, CANOSA, Armando, MARTORELLO, Beatriz, "Emergencia Económica - Ley 25.344", pp. 54, Errepar, Buenos Aires, 2001). A esta norma siguieron otras que repitieron el concepto mediante el cual el Estado suspendía el cumplimiento de sus obligaciones contractuales sin derecho a reclamo de su co-contratantes. Entre ellas puede citarse al dec. 925/96 (Adla, LVI-D, 4715) mediante el cual se autoriza al Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados a renegociar los contratos en curso de ejecución sobre la base de este principio. En el año 2000 se dicta la ley 25.344 (Adla, LX-E, 5547) también denominada de emergencia económico-financiera, la que reitera la vigencia de dicho principio nunca enunciado ni definido legislativamente. Recientemente, la otra emergencia económica, cacerolazos mediante, es declarada por la ley 25.561 que dispuso la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos lo que fue regulado, entre otras normas, mediante el dec. 293/2002 y la res. ME 20/2002 que dicta el Ministerio de Economía (Adla, LXII-B, 1644; LX-B, 1764) fijando el procedimiento de la renegociación y en la que se vuelve a establecer como uno de sus objetivos el realizar la misma sobre la base del "criterio" -no ya del principio- de sacrificio compartido. A su vez, la misma ley 25.561 establece, para los contratos privados pactados en dólares, la posibilidad de renegociarlos sobre la base del esfuerzo compartido y mediante acuerdo de partes "... procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio ...". Básicamente este principio implica que ambas partes realicen concesiones recíprocas tendientes a evitar la ruptura de un contrato en crisis. Para Crivelli, el concepto del "sacrificio compartido" denota claramente la existencia de "... 'renuncias' de ambas partes a determinados derechos..." (CRIVELLI, Julio, C. en "La emergencia económica permanente", pp. 124, Buenos Aires, 2001). Se trataría de un sacrificio recíproco de ciertos derechos o reparto de valores económicos ante una situación de conflicto o de pérdida generada por circunstancias extrañas a las partes o de carácter excepcional. Hay quienes aluden a este principio sin analizarlo (HUTCHINSON, Tomás, BARAGUIRE, Jorge y GRECCO, Carlos M., pp. 229/230, en "Reforma del estado - Ley 23.696", Santa FE, 1990); los que incluyen al mismo en la canasta de los "conceptos jurídicos indeterminados" (HALPERIN, CANOSA, MARTORELLO, ob. cit. pp. 53) o hallan su fundamento en razones de justicia (POZO GOWLAND, Héctor, "La recomposición de los contratos administrativos", La Ley, 1990-A-908) o de equidad (DROMI, CANOSA, MERTEHIKIAN, en "Renegociación de Contratos Públicos en Emergencia", p. 84, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000. pp. 84) o en la teoría de la imprevisión (PEREZ HUALDE, Alejandro, en "Renegociación de Contratos Públicos", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, pp. 57). También se ha dicho que: "La aplicación del criterio del sacrificio compartido es la premisa que permite que las partes acuerden condiciones sobre las pautas del esfuerzo conjunto y concurrente, que posibiliten afrontar el costo que demanda superar una instancia que ha colocado al interés común en situación de emergencia". "La fórmula del sacrificio compartido es el presupuesto de la nueva distribución con sentido solidario de las cargas, para salvaguardar el interés público" (DROMI, CANOSA, MERTEHIKIAN, ob. cit. pp. 84).



comprobación suficiente de la alteración sustancial económico financiera del contrato, o con fundamento en la teoría de la imprevisión¹⁶.

En análoga posición ha dictaminado la Procuración del Tesoro de la Nación, en tanto el máximo órgano de asesoramiento del Poder Ejecutivo Nacional ha entendido que en principio las eventuales distorsiones del mercado deben en principio ser asumidas por el cocontratista del estado como parte del riesgo empresario, salvo que se verifiquen los extremos que dan lugar a la teoría de la imprevisión u otras causales que produzcan similares efectos. Se lee así en el Dictamen N°000134 del 18/08/2011: *"...No puede soslayarse que quien contrata con el estado tiene cierta capacidad y experiencia para los negocios y por tanto, goza de ciertos conocimientos respecto de la evolución del mercado que necesariamente considerará al presentar su oferta. Quiere decir entonces, que al presentar su propuesta, el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que eventualmente deberá soportar como co contratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito, etc....¹⁷".*

Abonan esta solución también los fundamentos esgrimidos en el proceso judicial N°52.809, caratulado "HORCAS A. c/Municipalidad de Guaymallén s/ A.P.A.", fallado el 24/10/95, en donde se reconoce el derecho del demandante a obtener un reajuste de precios independientemente incluso, de la validez o no de la cláusula de reajuste automático que se encontraba inserta en los Pliegos de Condiciones que rigieron el procedimiento de contratación. Se lee en la parte pertinente del fallo de marras: *"De tal modo que la pretensión de reajuste de precios debe tener acogida, no ya porque lo indicaba una cláusula de reajuste automático, sino porque en la realidad el combustible que proveía a la Municipalidad iba aumentando su costo con posterioridad a la oferta formulada... Es decir que el reconocimiento de reajuste del contrato de*

¹⁶ Ver en este sentido el amplio desarrollo efectuado al respecto en forma coincidente, en los Dictámenes Nros. 1707/11 de fecha 19/12/11 emitido en expte. N°4877-S-2009-30093 (párr. 14 y ssgtes) y acum, y 465/11 de fecha 09/05/11, en expte. N°1552-D-10-30093 (pto. 3, párr. quinto y ssgtes.), que en copias se adjuntan para su compulsu.

¹⁷ P.T.N., Dictámenes, 278:133.

suministro debe operarse, pero no en función de la cláusula inserta en contradicción a la ley de convertibilidad, sino porque real y efectivamente el proveedor ha sufrido un mayor costo en la adquisición del gas oil que se ha comprometido entregar a la Comuna... Negarle el derecho a este reajuste significaría obligarlo a trabajar a pérdida y desconocerle el derecho de propiedad, pues éste sufriría sí un embate directo que afectaría la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional¹⁸...".

El fallo mencionado ha sido expresamente citado por el Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia en el punto 2 del Fallo N°14.987¹⁹, en el cual se consignó, con apoyo en Dictamen de Asesoría de Gobierno de octubre de 1992 que *"...es claro que la aplicación del régimen de mayores costos a través de la aplicación de fórmulas matemáticas de aplicación automática se encuentra derogado a partir de la sanción de la Ley 23.928. Sin embargo ello no impide admitir la procedencia de otros institutos de naturaleza civil que, como la teoría de la imprevisión, operen el reestablecimiento de la equidad de las prestaciones contractuales. Tampoco se encuentra vedado por la ley de convertibilidad la posibilidad de aplicar un procedimiento de variación de costos fundado en los incrementos de los precios, efectivamente verificados a fin de reestablecer el equilibrio de la ecuación económico financiera del contrato. La Suprema Corte de Justicia se refirió al tema: "es inaplicable la ley de convertibilidad cuando el proveedor del estado ha sufrido real y efectivamente un mayor costo en la ejecución del contrato. Negar el reajuste importa obligarlo a trabajar a pérdida y desconocerle el derecho de propiedad". Y agrega: "el sistema de convertibilidad pretende impedir el reajuste automático de precios por un simple mecanismo de actualización, erradicando el fenómeno indexatorio de toda acreencia posterior a 1991, dejando estabilizados los precios por el mecanismo de la convertibilidad, pero resulta inaplicable cuando el proveedor del estado ha sufrido real y efectivamente un mayor coste en la ejecución del contrato... (in re "Horcas Antonio R. c/Municipalidad de Guaymallén", Sala 2, L.S. 260, Folio 411, 24/10/1995)...". En relación a este tópico, concluye el fallo mencionado expresando que: "...Cabe recordar que el instituto de los mayores costos busca*

¹⁸ Punto IV, "Mi opinión", Considerandos décimo tercero a décimo quinto del fallo del Magistrado preopinante, Dr. Nanclares, adherido por el Dr. Aguilar.

¹⁹ B.O. 30/04/97, Fallo de fecha 23/03/2007 en expediente N° 201, Letra "A", sobre rendición de cuentas de la Administración de Parques y Zoológicos, Punto II.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

evitar una situación de pérdida económica, bastando para su reconocimiento la efectiva producción del mayor costo cualquiera sea su entidad...".

Esta doctrina ha sido receptada por esta Dirección de Asuntos Administrativos en tanto se cumplimenten determinados recaudos²⁰, siendo esta opinión concordante con la emitida "en abstracto" en el Dictamen producido en el marco del art. 12 de la Ley N°1003, por el Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Mendoza, en respuesta a la *Nota N°4.971, "Subsecretaría de Servicios Públicos – Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Transporte Formula consulta sobre inclusión contractual de servicios accesorios no previstos en el contrato original"*, de fecha 3 de Agosto del 2010, en el cual se concluyó que no es requerida la ratificación legislativa a tales efectos, en tanto la modificación introducida en la etapa de ejecución contractual responda a los siguientes parámetros: "... a) *la imperiosa necesidad de modificar o actualizar reglas del contrato que han devenido obsoletas, insuficientes, contradictorias con el interés público, antijurídicas, etc. O adoptar normas de evidente conveniencia para el sostenimiento del servicio, obra o provisión contratados.* b) *La clara imposibilidad (jurídica o técnica) o inconveniencia pública de celebrar un contrato independiente... si los servicios que deben ser ampliados se prestan a través de equipos determinados cuya operación corresponde a un contratista, sería técnicamente imposible su prestación por otro contratista que no puede acceder al elemento tecnológico, lo mismo podría decirse de la multiplicación de costos para el estado contratante si debiera recurrir a contratistas que tuviesen que iniciar su equipamiento de "cero", por comparación con quienes ya han adquirido la maquinaria, sistemas, etc. imprescindibles para la prestación adicional.* c) *Esta imposibilidad jurídica o técnica debe vincularse con la accesoriedad de las convenciones a incorporar o ampliar, respecto de la que conforman un contrato en ejecución. Justamente, para considerar accesoría una cláusula, no deben modificar la naturaleza del contrato (verbigracia convertir una*

²⁰ Ref. Expte. N°739-S-2011-30093 "Equipamiento de 22 nuevos MEB", dict. N°539/12 de fecha 29/05/12 y 2298-S-2012-30093, ditct. 23/08/12 N°1107/12.

concesión de cosa en venta) ni sus aspectos esenciales... En síntesis, la exigencia licitatoria, como acto precontractual de selección, se limita a la celebración de nuevos contratos, por lo que no puede atrapar modificaciones puramente accesorias, debidamente fundadas, que se impongan como una necesidad de sostener los servicios contratados en función de requerimientos imprevistos en las condiciones de contratación... La celebración de contratos y sus modificaciones constituye necesariamente una derivación del ejercicio de las facultades generales de la administración que la Constitución defiere al Poder Ejecutivo, por lo que la intervención legislativa en el caso sólo puede exigirse en los supuestos de actuación que la norma fundamental atribuye al Poder Legislativo (vg. otorgamiento de autorización presupuestaria o fijación de nuevas excepciones a la licitación, necesidad de empréstitos, etc.)" (textual del dictamen referido ut. supra).

3.2.2. En relación a la falta de motivación del acto administrativo aprobatorio del Contrato de Renegociación, consideramos que debe realizarse un análisis diferenciado; en términos generales existe "insuficiencia", y en relación a determinadas cláusulas (especialmente 6 y 8.1.), la "nulidad" o incluso la "inexistencia". De esta forma, sería procedentes diferentes consecuencias jurídicas en relación a la suerte del acuerdo de renegociación (anulabilidad – art. 74 de la Ley N°3.909-) y respecto a determinadas cláusulas ratificadas en forma absolutamente inmotivada (a las cuales correspondería la nulidad –art. 75 de la Ley N°3.909 o aún, como se analizará seguidamente, la inexistencia, según el art. 76 del mismo instrumento legal).

La previsión del art. 45 inc. a) de la Ley N°3.909, determina que este tipo de actos administrativos deben ser debidamente motivados, en tanto resuelven sobre "*derechos subjetivos...*" y "*contrataciones directas*", aunque conviene destacar que la S.C.J. Provincial ha considerado incluso obligatoria la debida motivación en relación a aquellos actos respecto de los cuales no existe ley especial que conlleve la obligación de motivarlos, pero esa necesidad surge de la naturaleza del procedimiento²¹.

En el caso concreto, se observa que la motivación es en general "insuficiente", toda vez que la misma existe en tanto remite, en forma

²¹ Ha dicho el tribunal cimero provincial que "...no existe en nuestro derecho positivo una obligación general de motivar los actos administrativos. La obligación de motivar existirá cuando: a) lo disponga una norma legal expresa; b) resulte de la naturaleza especial del acto...". (Expte. N°40.073, "Aguilera Jorge c/Municipalidad de Guaymallén s/APA" 16/05/1984, L.S. 182-067)



genérica, a informes y actas obrantes en la pieza administrativa, pero no permite desentrañar en forma precisa y completa el sentido del acto, lo que impide también y principalmente, efectuar un análisis respecto a la adecuación a las previsiones de los arts. 38 y 39 de la Ley N°3.909.

Se ha admitido al respecto, que la MOTIVACIÓN pueda conformarse con informes o instrumentos existentes en la causa administrativa, a los cuales remite el acto cuestionado o que surgen contextualizados de las mismas²².

Esta situación, si bien podría importar la existencia de un vicio conforme se ha señalado en el dictamen preexistente, entiendo que a tenor de las circunstancias del caso el mismo revestiría el carácter de "leve", previsto en el art. 69 de la Ley N 3909 (que torna al acto anulable) y sería susceptible de ser saneado en los términos del art. 77 inc. c) y con los efectos del art. 78 de la ley citada, **salvo en relación a las cláusulas mencionadas precedentemente (respecto de las cuales no existe motivación alguna aún cuando ella era legalmente obligatoria, especialmente por el carácter eminentemente "discrecional" del accionar administrativo en la renegociación).**

Para concluir este acápite, destacamos especialmente que la fundamentación jurídica del proceso de renegociación y sin que esta opinión importe manifestación sobre cuestiones de mérito, oportunidad o conveniencia o sobre cuestiones técnicas ajenas a la incumbencia de este sector, está

²² Expresa R. Dromi que "...También debe la motivación ser concomitante al acto, pero por excepción puede admitirse la motivación previa, si ella surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados o comunicados. Alguna jurisprudencia judicial y administrativa ha admitido la validez de la motivación in allunde o "contextual", que responde al principio de la unidad del expediente y por la cual la fundamentación del acto administrativo se puede integrar con los informes y antecedentes que con fuerza de convicción obren en las actuaciones administrativas (S.C.B.Aires, causa B: 48.976, "Fernández, Ofelia", 19/06/84; B: 48.977, "Fernández Olga", 19/06/84; B: 48.209, "Solana", 06/11/84; B: 48.211, "Jauand", 06/11/84; en Acuerdos y Sentencias, 1984-I-210 y 1984-II-239. Otros pronunciamientos, por su parte, niegan validez a la remisión de los actos preparatorios del expediente (C.Nac.Penal Económico, Sala B, 8/5/2000 "Evt Sevitur SRL", LL 2000-D-884)...". Si bien se ha señalado que la admisión de la fundamentación integrativa es factible, en los casos en que no está prohibida por la normativa aplicable, es siempre excepcional y debe subordinarse al cumplimiento de una serie de recaudos: 1) que en el auto se transcriban los dictámenes o informes en que se funda, y si remite a varios actos preparatorios, la solución y fundamentos esenciales de los mismos sean concordantes; 2) que los citados actos preparatorios reúnan los requisitos de legalidad aplicables, 3) que el interesado haya tenido acceso o haya sido notificado de los actos preparatorios. En virtud de lo expresado la motivación no puede consistir únicamente en la remisión a

desarrollada en el extenso dictamen jurídico de fs. 121/133, en el cual se consignan los elementos fácticos y jurídicos que motivaron oportunamente el inicio del proceso de renegociación, a cuyos fundamentos remito en mérito a la brevedad, en el cual se concluye que existen "aspectos de estricto interés público" que habilitan su inicio, y que sirve de expreso fundamento a la Resolución Nº86/11 (11/02/11) por la cual se inicia el mismo, facultando al Presidente el I.P.J.C. a reunirse con las autoridades de MCE y valorar las diferentes alternativas para la adecuación del contrato (art. 2) previa remisión a la Fiscalía de Estado (cuya participación se obtiene mediante la intervención del Sr. Fiscal de Estado a fs. 140, dictamen de fecha 14/02/2011), con expresa remisión a los informes técnicos y jurídicos existentes), cuya valoración deberá ser efectuada por el Sr. Fiscal Subrogante en el marco de sus competencias legales y constitucionales.

3.2.3. Advierto que si resulta lesivo al orden jurídico la previsión del art. 8.1. del Contrato de Renegociación, que fuera cuestionada por los denunciantes, toda vez que fija un extenso plazo de prórroga sin motivación alguna (lo que deviene en arbitrario -art. 39 de la Ley Nº3.909-) y transfiere en forma infundada y en contra de las regulaciones legales actuales, previsión original del Pliego de Condiciones Generales y Particulares (arts. 13 última parte y 51) y principios del derecho administrativo, la facultad de disponer la prórroga contractual, la cual está siempre fundada en el interés público comprometido en el caso concreto y se prevé y ejerce en el marco de las facultades exorbitantes propias del Derecho Administrativo. *"En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etc. Pueden ser virtuales o implícitas y expresas o concretas. Ejemplo de las primeras son las que autorizan a la Administración a rescindir o modificar unilateralmente el contrato, a dirigir y controlar su ejecución. Son cláusulas expresas las incluidas concretamente en el texto de un contrato²³".*

La jurisprudencia ha dicho que: *"Es siempre la presencia del interés público, la pauta ordenadora de los contratos administrativos, que brinda a los*

propuestas, dictámenes o resoluciones previas...". DROMI, R. en "Derecho Administrativo", 2009, Cda. Argentina. p.360/61,



mismos una especial fisonomía y en los que se destacan las prerrogativas de la administración y la subordinación del contratante. Por tanto, prerrogativas y garantías, entonces, son los elementos publicísticos del contrato, propios del sistema...²⁴ y que "el régimen de exorbitancia (que se exorbita del común o el privado) tiene su fundamento en las prerrogativas necesarias que ejerce la administración pública, en virtud de las funciones que cumple, cuando recurre a la colaboración contractual de un particular. Se exterioriza por cierta superioridad en las relaciones o prestaciones contractuales. Particularmente, por la posibilidad de tomar medidas unilaterales como imponer multas, rescisión de oficio, caducidad, rescate y modificaciones de las relaciones jurídicas convenidas. Ello deriva de la situación de la administración Pública que en acuerdo de voluntades actúa como parte, al mismo tiempo, pero no se despoja de su poder de administrador público, y por eso la exorbitancia del régimen común se manifiesta especialmente en el período de ejecución contractual...²⁵".

Lo relevante, es que estas facultades son siempre propias de la administración. Ejemplo de lo dicho es que el Decreto N°7061/67 prevé una facultad expresa análoga respecto de la variación contractual (aunque respecto de la cantidad de mercadería a entregar, en vez del plazo), colocando debidamente la mencionada facultad en cabeza de la administración (art. 45) siendo ello compatible con la naturaleza de los contratos administrativos, la imposición de cláusulas exorbitantes anteriormente citadas.

En virtud de lo expresado y con el objeto de mantener plenamente vigente el principio de "juridicidad administrativa", considero oportuno señalar que la cláusula en análisis, es NULA en lo referido a la transferencia de la potestad de disponer la prórroga acordada, tanto por contravenir el régimen general como también, por carecer, en su caso, absolutamente de motivación (arts. 53 inc b) y 68 inc. b) de la Ley N°3909.

²³ DROMI, Roberto, en Derecho..., ob. cit. p. 463.

²⁴ TS Córdoba, Sala Contenciososadministrativo, Diciembre 22-992, en "Empresa Constructora Torres Castañón Julio c/Municipalidad de Malageño", LLC, 1993-796.

²⁵ CNCiv., Sala C, Setiembre 4-980 -"Vega Jorge A. y otros c/Municipalidad de la Capital", JA, 981-I-397.

En consecuencia, siendo la facultad en análisis propia de la autoridad Administrativa (como facultad expresa o implícita, pero siempre en cabeza de la Administración y justificada por un interés público) y no existiendo, a mayor abundamiento, motivación alguna que justifique la transferencia de la misma al co contratante, en forma notoriamente atípica y con posibilidad de afectación de intereses públicos, se considera necesario que se dispongan las medidas para privar de efectos a la cláusula citada, vía renegociación o en su defecto, disponiendo la introducción de la correspondiente acción de lesividad (art. 3 y cctes. de la Ley N°3.918).

3.2.4. Breve comentario entendemos que corresponde realizar respecto de la posible aplicación del art. 33 de la Ley N°6362, esgrimido en el dictamen de la Instrucción Sumariante. El mismo no se encuentra reglamentado y su redacción es de una evidente oscuridad, toda vez que no se determinan ni dan pautas orientativas que pueden entenderse como "aportes del sector privado". En ese marco y en atención a la previsión del art. 3 y parte final del art. 33, y régimen general de la Administración Pública para la disposición de fondos, podría interpretarse que el mismo es operativo cuando se está "concesionando" un servicio propio del objeto de la institución hasta incluso, el "gerenciamiento" (parte final del artículo, que orienta en tal sentido). Interpretar lo contrario, y pretender su aplicación a las contrataciones que realiza el I.P.J.C. como privados, importaría desnaturalizar el régimen de adquisiciones y contable de la provincia en el marco de las disposiciones de la Ley N°3.799, de Presupuesto N°8.530 y normas complementarias.

3.2.5. Igualmente, consideramos que deberá analizarse por cuerda separada (atento a que forma parte de la denuncia que motiva las presentes actuaciones) la previsión incluida en el artículo 6 del Acuerdo de Renegociación, toda vez que ha importado, "prima facie" la variación esencial del objeto omitiendo procedimientos de contratación general de la administración (art. 37 de la C. Provincial y 28 de la Ley N°3.799 y mod.)²⁶ o que podría producir la nulidad o incluso, la inexistencia del contrato en la parte pertinente o en su totalidad (si se considera esencial en el marco del mismo) en virtud de la doctrina sentada por esta Fiscalía de Estado en los dictámenes

²⁶ Resulta importante destacar que los servicios mencionados se habían sido previamente licitados, conforme legislación aplicable, en Licitación Pública N°1230/05, habiendo incluso siendo desalojado el



Nros. 23/11, 1621/11 y 345/13, entre otros, a los cuales se remite en mérito a la brevedad y doy aquí por reproducidos²⁷.

3.2.6. Por último, consideramos que en el marco de las previsiones del art. 7 y cctes. del Acuerdo de Renegociación, deberían requerirse informes a los órganos técnica y jurídicamente competentes con el objeto de determinar si las previsiones citadas resultan en sí mismas lesivas al interés fiscal en su diseño primigenio y en abstracto y si las previsiones materializaron los objetivos previstos en la propuesta de fs. 141 y si estos eran razonables (lo que involucraría cuestiones de legitimidad –art. 38 y 39 de la Ley N°3.909), o si han devenido en dañosas en su aplicación concreta por razones ajenas al modelo establecido, imponderables o de difícil merituación en su oportunidad, por incluir, por ejemplo, valoraciones de aspectos intangibles (lo que excluiría la situación plasmada de aquel campo).

Este aspecto está relacionado con el desarrollo efectuado por el Instructor Sumariante en su dictamen (Punto C. bajo los títulos “Revocación por Ilegitimidad” y “Revocación por Oportunidad”), en relación a las causales por las que puede la Administración proceder a disponer la revocación de los actos administrativos (o en este supuesto, el contrato), ya que las consecuencias en cada caso serán sustancialmente distintas y deberán ser también debidamente valoradas (obligación de indemnizar en el caso de revocación por oportunidad, inexistencia de esa obligación en el caso de revocación por ilegitimidad).

V. - Todo lo expresado, sin perjuicio de dejar expresa constancia de que no corresponde a este órgano de control manifestarse sobre la conveniencia o inconveniencia del acuerdo al que ha arribado el organismo descentralizado, ya que el control efectuado por este órgano al emitir el dictamen está circunscripto a la “legitimidad” del procedimiento, sin que su pronunciamiento importe manifestación alguna sobre cuestiones técnicas

²⁷ Con citas de “Laser Disc”, “Ingeniería Omega” y “Cardicorp”, entre otros. Emitidos en expedientes N°1792-D-2007-03873 y acum., de fecha 11/01/11; 14393-S-2010-02369, de fecha 25/11/2011 y 5345-E-2012-02369, de fecha 18/03/2013.

(ajenas a su incumbencia²⁸) o de mérito, oportunidad o conveniencia que han sido vertidas en los diferentes informes y que motivaron la decisión de los órganos de la administración activa competente²⁹, conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación³⁰, valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos pertinentes, según opiniones vertidas por el órgano nacional aludido³¹.

VI. - En virtud de lo expuesto los suscriptos concluyen: del análisis de procedimiento de renegociación, surge que existen en el Acuerdo de Renegociación Contractual de fecha 18/07/2011 y en su acto administrativo ratificatorio, Resolución N°509/11 (20/09/11), diversos vicios de diversa entidad, que poseerían, respecto de la validez de los mismos, diferentes consecuencias jurídicas en el marco de la legislación provincial aplicable:

1. - La cláusula 8.1. del contrato renegociado, caerece en su acto ratificatorio de motivación, lo que la torna nula, a lo que debe adicionarse que resulta igualmente ilegítima la transferencia de la potestad de prorrogar el plazo en los términos previstos en el mismo (por cinco años más) en el marco de la normativa señalada ut. supra y de los principios que rigen el Derecho Administrativo, de lo que deriva en la necesidad de proceder a

²⁸ Esto tiene especial relevancia en cuanto a los Informes Técnicos - Contables diversos que se han emitido en las actuaciones administrativas y a la constatación de las inversiones y construcciones realizadas por el co contratante.

²⁹ Especialmente, en lo referido a las circunstancias que motivaron arriar en la renegociación contractual y los términos de la misma, salvo en lo referido al art. 8.1. respecto a la falta de motivación y la improcedencia de trasferir el ejercicio de la facultad de prórroga al administrado.

³⁰ Ha dicho en relación al objeto de los Dictámenes, la Procuración del Tesoro de la Nación que: "... no entra a considerar los aspectos técnicos de las problemáticas planteadas, por ser ello ajeno a su competencia. Su función asesora se encuentra restringida al análisis de las cuestiones de derecho y su aplicación al caso concreto, quedando libradas las apreciaciones sobre cuestiones técnicas a la autoridad administrativa con competencia en la materia (PTN, Dictámenes; 259:233; 245:359, 381)"; "...El asesoramiento de la PTN se limita al estudio de las cuestiones estrictamente jurídicas, no trata aspectos técnicos, ni se refiere a las razones de oportunidad política por ser ajenos a la competencia que tiene asignada (PTN, Dictámenes, 259:233; 204:47, 159; 207: 578)". Ha agregado en este sentido que "El dictamen legal de la PTN no se pronuncia sobre aspectos técnicos, financieros o económicos, ni sobre la equidad o inequidad de las fórmulas contractuales o respecto de oportunidad, mérito o conveniencia, por ser ajenos a su competencia funcional... (PTN, Dictámenes, 251:781; 253:5)". Incluso el Poder Judicial se ve en principio sustraído de efectuar estas consideraciones, habiendo considerado la C.S.J.N. que el acierto, error, el mérito o la conveniencia de las soluciones adoptadas por los poderes políticos, no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (conf. C.S.J.N., en "Paz Carlos Omar c/Estado Nacional, sentencia del 09/08/01).

³¹ En este sentido, la P.T.N. ha entendido que: "...la ponderación de los temas debe efectuarse conforme a los informes de los especialistas en la materia de que se trate, es decir, que esos informes merecen plena fe mientras no aparezcan elementos de juicio suficientes para destruir su valor, siempre que sean fundados, precisos y adecuados al caso (PTN, Dictámenes: 200:116; 248:430; 259:233).



eliminar su validez mediante la renegociación contractual o en su defecto, vía acción de lesividad.-

2. - En principio, igualmente cuestionable en su legitimidad, resulta la inclusión de la cláusula 6 sobre "Restaurante, Bar y Confitería" que producen una mutación del objeto del contrato original, sin instauración de procedimientos propios al efecto, pudiendo devenir en nula o incluso inexistente, a tenor de la doctrina judicial reseñada en el punto pertinente.

3. - Respecto de las previsiones sobre ajuste de los canones retributivos (del 26.23% al 47% en forma escalonada), deberá verificarse si de tal previsión, analizada en forma integrada con los diferentes aspectos que ostentaba el Contrato Original frente al Contrato Renegociado, deviene un daño "cierto y concreto" para el ente descentralizado provincial, **a cuyo efecto debería recurrirse primigeniamente, a los informes que al respecto emitan las Comisiones Legislativas de Hacienda de ambas Cámaras (art. 41 de la Ley N°6.362³²), la Sindicatura del I.P.J.C. (art. 27 y cctes. de la ley N°6.362) y especialmente, del análisis que efectúe el Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia (Ley N°1.003 y art. 26 de la Ley N°6.362), recomendando que se requiera expresamente a los mencionados órganos manifestación sobre los aspectos involucrados en la presente tramitación administrativa (particularmente, en relación a lo expresado en el punto IV, 3.2.5. y 3.2.6 y en el punto C) segundo párrafo del Dictamen de la Instrucción Sumariante)**, sin perjuicio de las facultades de análisis de esta Fiscalía de Estado a través de otros órganos que considere idóneos en su oportunidad (una vez producidos los informes antedichos), pudiendo en ese momento analizarse la procedencia de la acción de lesividad reclamada y o de la necesidad de proceder a renegociar estos aspectos del contrato.

4. En lo referido a la falta de competencia del Sr. Presidente para iniciar las negociaciones y celebrar el respectivo Acuerdo de Renegociación

³² El art. 41 de la Ley N°6362 impone la obligación a la Sindicatura de REMISION, y a las Comisiones de Hacienda de CONSIDERACION Y APROBACION.

Contractual (Resolución N°236/11) así como a la insuficiencia de fundamentación de la Resolución N°509/11 del Directorio (ratificatoria del convenio renegociado), los vicios enunciados y tipificados, resultarían ratificables y saneables en los términos de los arts. 77 inc. b) y c) y con los efectos del art. 78 del mismo instrumento legal –según se ha fundado en partes pertinentes del presente dictamen-, lo que deberá ser analizado por el Directorio del I.P.J.C. para en su caso, obrar en consecuencia.

5. Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo precedente, existe la obligación funcional de disponer las medidas tendientes a investigar las eventuales irregularidades de diferente naturaleza, de agentes de la administración activa y consultiva, que han sido señaladas y surgen en virtud de las irregularidades detectadas (art. 72 y cctes. del Decreto Ley N°560/73) precisándose en su caso el tipo de responsabilidad aplicable, con expresa notificación a la Fiscalía de Estado (Dirección de Investigaciones Administrativas) conforme art. 12 de la Ley N°4.418.

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

Dirección de Asuntos Administrativos y Dirección de Asuntos Judiciales, Fiscalía de Estado.

Mendoza, 09/05/13.

Dict. 0692/13.