



**FISCALIA DE ESTADO**  
Provincia de Mendoza

---

**Ref.: Expte. N°1472-S-2011-05179-  
"Formula denuncia por violación de  
normas legales ref. llamado a Licitación  
Pública servicio de colaboración para la  
DGR".**

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

**S / D**

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos las actuaciones de referencia en las cuales se requiere dictamen legal en relación a presuntas irregularidades en que habría incurrido la Administración (Poder Ejecutivo) al convocar al procedimiento licitatorio por Decreto N°989/11, en expte. N°538-M-2011-01027 "Ref. propuesta de servicio de colaboración para la D.G.R.", efectuada por el Sr. Víctor Hugo Dagfal, en su carácter de Secretario General del Sindicato de Trabajadores Estatales Autoconvocados (S.I.T.E.A.), solicitando el mismo se introduzca en contra del mencionado acto administrativo la acción de inconstitucionalidad en el marco de lo dispuesto en el art. 177 de la Constitución Provincial y la amplia legitimación que se le reconoce al mismo en el ámbito de la defensa del "control de legitimidad" del accionar estatal<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Es opinión doctrinaria y jurisprudencial admitida que en el marco de la previsión del art. 177 de la Constitución Provincial, el Fiscal de Estado puede incoar la acción de inconstitucionalidad en solo provecho de la ley misma sin necesidad de interés jurídico, ostentando una amplia legitimación. En este sentido se manifiesta César Mosso Giannini, quien considera que el texto constitucional del art. 177 -que trata la "Fiscalía de Estado" habilita este tipo de acción en mero interés de la constitucionalidad de la ley, y con efectos derogatorios ("Estudios de Derecho Administrativo", Osimani, N°9). Posición análoga ha sido admitida por la



**FISCALIA DE ESTADO**

Provincia de Mendoza

I. Obran agregados en estas actuaciones las siguientes constancias relevantes: a fs. 1/11 Denuncia de fecha 16/06/11, efectuada por el presentante aludido precedentemente, en relación a la supuesta existencia de irregularidades administrativas en el procedimiento de marras, a fs. 13/203, copia íntegra y certificada del Expediente N°538-M-2011-01027 -"Ref. propuesta de servicio de colaboración para la D.G.R.", a fs. 204/208, Resolución N°184-FE de fecha 24/06/2011, en copia certificada, mediante la cual se rechaza la denuncia precitada, a fs. 209/212, constancias de las notificaciones efectuadas al denunciante, al Poder Ejecutivo Provincial y a la Honorable Cámara de Senadores y Diputados de la Provincia de Mendoza, de la resolución mencionada (todo ello en cumplimiento de la disposición del art. 3 de la misma) y finalmente, a fs. 213/223, nuevo escrito de S.I.T.E.A., en el cual, por los fundamentos que se consignan y que se desarrollarán seguidamente, reclama al Sr. Fiscal de Estado que, en el marco de la disposición del art. 177 párr. 1ero y 2do. interponga en contra del Decreto N°989/11, acción de inconstitucionalidad.

II. En cuanto a los fundamentos vertidos a los efectos de fundar el requerimiento señalado, pueden sintetizarse los mismos en los siguientes:

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en tanto ha expresado: "Discutida la legitimación procesal del Fiscal de Estado para atacar la constitucionalidad de la ley 6.920, aduciéndose que los verdaderos legitimados serían los propietarios de los predios expropiados quienes no han denunciado la inconstitucionalidad de la norma, es decir las Comunidades Huarpes. En consecuencia, corresponde determinar si corresponde o no asignarle el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en la que se sustenta la pretensión, al Fiscal de Estado, analizado el art. 177 de la Constitución de Mendoza, el mismo no limita las facultades del Fiscal de Estado a cuestiones meramente patrimoniales autorizándolo a cuestionar cualquier norma o contrato que estime contrario a la Constitución, otorgándole una amplia legitimación que comprende el "control de legitimidad" incluido el de constitucionalidad, siendo el "guardián de la Constitucional", por lo que el Fiscal de Estado tiene legitimación para actuar en esta acción de inconstitucionalidad (Expte.: 72575 - FISCALÍA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA - C/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA S/ AC. INC. Fecha: 18/12/2008 - SENTENCIA Tribunal: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Magistrados: PÉREZ HUALDE - KEMELMAJER - ROMANO Ubicación: LS396 - 019. Ello no se verifica en relación a los particulares, los que como en toda acción judicial deben acreditar la existencia de interés jurídico. "... El interés del accionante aludido por el art. 223 del Código Procesal Civil no es sino el interés legítimo, económico o moral, jurídicamente protegido que establece el art. 41 Código Procesal Civil. Por ello, concretamente el particular no puede alegar la inconstitucionalidad de la norma legal, por el solo interés del orden constitucional, sino en la medida en que la norma afecta su derecho o interés legítimo. En otras palabras la acción de inconstitucionalidad debe motivarse en un interés jurídico concreto y no en cuestiones generales o abstractas o meramente derivables de potencialidades interpretativas, debiendo el accionante ser titular de un interés jurídico, económico o moral, jurídicamente protegido y actual. La norma en cuestión no impone la necesidad de una lesión actual ni el interés en reparar un perjuicio, sino que permite ejercer la acción de inconstitucionalidad, aún sin lesión actual, cuando existe interés en evitar una lesión. (Expte.: 87807 - RUBIO, GUILLERMO JOSE C/ MUNICIPALIDAD DE SAN RAFAELS/ ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD, Fecha: 03/08/2009 - SENTENCIA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Magistrados: PÉREZ HUALDE - KEMELMAJER - ROMANO -Ubicación:



## **FISCALIA DE ESTADO**

Provincia de Mendoza

1. presunta afectación de materia tributaria por Decreto, privatización indebida de facultades legalmente atribuidas a las Dirección General de Rentas (D.G.R.), falta de imputación del gasto, vulneración del art. 46 de la Ley N°7314, falta de participación de la D.G.R. conforme el art. 10 inc. j) del Código Fiscal y posible violación del "Secreto Fiscal" previsto en el art. 12 inc. i) del mismo Instrumento legal;
2. posible falta de motivación o falsedad de la contenida en el Decreto N°989/11 e innecesariedad de la contratación a realizarse, atento a la mejora que habría existido mediante la acción directa de la D.G.R.; y
3. eventual afectación del Régimen de Coparticipación Municipal, y del Fondo Estímulo de la D.G.R. y Dirección Provincial de Catastro, presunta vulneración de la previsión del art. 10 inc. h) del Código Fiscal (por la supuesta existencia de una "cesión de créditos" a terceros) y violación del art. 17 de la Ley N°3799 y mod.

III. En relación a los cuestionamientos efectuados en el punto 1., es dable estacar que los mismos fueron objeto de observación, anticipando las cuestiones traídas al procedimiento, en el Dictamen N°583/11 de esta Dirección de Asuntos Administrativos, emitido con fecha 24/05/11, cuya copia certificada se adjunta al presente. Ello fue asimismo puesto de relevancia en la Resolución N°184-FE72011 (ver párrafos 3.1., 3.2. y 3.3.2.), agregándose a los aspectos mencionados, la posición asumida por la Fiscalía de Estado en torno a la interpretación que debía asignarse al alcance del art. 10 inc. j) del Código Fiscal vigente (ver párrafos 3.3.1. de la Resolución en cuestión), lo que se ratifica en todos sus términos, remitiendo a los instrumentos señalados en mérito a la brevedad administrativa.

Solo considero oportuno destacar que en relación al argumento vertido en el marco del art. 10 inc. j) del Código Fiscal, puede, a mayor abundamiento, señalarse que, aun cuando no se compartiera el argumento esgrimido en el Resolución N°189/11 de la Fiscalía de Estado, la norma citada no establece plazo para la intervención de la Dirección General de Rentas, sino que lo somete a los condicionamientos que la misma prevé, esto es a la



**FISCALIA DE ESTADO**  
Provincia de Mendoza

existencia del proyecto de deposición legal y la referencia, relación o incidencia sobre materia tributaria, lo que no se produce por la simple convocatoria al procedimiento licitatorio (toda vez que no existe para la administración obligación de adjudicar el mismo) pudiendo en consecuencia, tomar la debida participación en forma previa a la adjudicación y celebración del contrato que eventualmente se suscribiera.

IV. En lo que atañe a los aspectos referidos en el punto 2. (falsedad y/o falta de motivación) debe referirse en primer término que si bien el Decreto en cuestión no se encuentra alcanzado específicamente por ninguno de los supuestos consignados en el art. 45 de la Ley N°3909<sup>2</sup> (que tornan obligatoria la "motivación"<sup>3</sup>), lo cierto es que atento a la trascendencia de su objeto y del procedimiento en sí, la misma deviene, a criterio del suscripto como "obligatoria", al darse supuestos que justifican tal conclusión.

Así lo ha reconocido parte de la doctrina nacional y extranjera<sup>4</sup> y la Suprema Corte de Justicia en relación a aquellos actos administrativos respecto de los cuales, no existe ley especial que conlleve la obligación de motivarlos, pero esa necesidad surge de la naturaleza del procedimiento<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Obsérvese que el Decreto N°989/11 sólo convoca a un procedimiento licitatorio, respecto del cual no existe obligación de adjudicar (principio general aplicable a los procedimientos licitatorios), por lo que no queda el mencionado acto subsumido estrictamente en ninguno de los supuestos del art. 45 de la Ley N°3909, que expresamente obliga a motivar con explicación de las razones de hecho y de derecho que les fundamenten, los actos que: "a) decidan sobre derechos subjetivos, concursos, licitaciones y contrataciones directas. b) resuelvan recursos. c) se separan del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órgano consultivo. d) deban serlo en virtud de otras disposiciones legales o reglamentarias...". En concordancia, ha considerado que "La motivación de los actos administrativos constituye uno de los requisitos esenciales cuando los mismos deciden sobre derechos subjetivos o recursos. Tal motivación debe incluir la expresión concreta de las razones que inducen a emitir el acto y de los recaudos referentes a los hechos y antecedentes que le sirven de causa, con el derecho aplicable (Expte.: 58283 - DE LA ROSA BENJAMIN ARMANDO - CAJA DE JUBILACIONES Y PENSIONES DE LA PROVINCIA DE MENDOZA ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA Fecha: 08/07/1998 - SENTENCIA Tribunal: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Ubicación: LS281 - 195).

<sup>3</sup> Explica el Dr. Jorge Sarmiento García que "...La falta de motivación, en los casos en que la ley la exige, implica no sólo vicio de forma sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad... La ley en su art. 45, imperativamente exige la motivación de los actos en todos los supuestos que menciona en sus cuatro incisos, pudiendo obviarse entonces en los casos que no encuadren en ellos (v. gr. Agente de tránsito que dirige la circulación)..." ("Ley de Procedimientos Administrativos de Mendoza N°3909, Comentada y Concordada", Augustus, 1979, Mendoza, pp. 66).

<sup>4</sup> En esta posición se enrola el Dr. Jorge Sarmiento García con fundamento en la doctrina Italiana al consignar que: "...En Italia, predomina el criterio de que no existe obligación genérica de motivar los actos administrativos, salvo que los textos la impongan **o que resulte de la propia naturaleza del acto** (negrita me pertenece). En Francia, prevalece un criterio similar, inclinándose la doctrina en los demás países en sentido análogo (comp. Bielsa, "Compendio", p. 56). Ver art. 68 inc. b).

<sup>5</sup> "No existe en nuestro derecho positivo una obligación general e incondicionada de motivar los actos administrativos. La obligación de motivar existirá cuando: a) lo disponga una norma legal expresa; b) resulte



**FISCALIA DE ESTADO**  
Provincia de Mendoza

Ahora bien, en relación a este concepto la Suprema Corte de Justicia ha entendido que, la motivación *"...técnicamente es la exteriorización o expresión de los motivos o razones y finalidades que han llevado al autor de la decisión –en este caso los autores- a adoptarlo..."*<sup>6</sup> (se refiere al acto administrativo), entendiéndola legítima en tanto la misma sea precisa, aun cuando resulte *"escueta"*<sup>7</sup>.

La doctrina y jurisprudencia nacionales también han conceptualizado a este elemento y señalado la trascendencia de su cumplimiento (aunque en ese orden tiene aun mayor relevancia toda vez que es un elemento autónomo conforme el art. 7 inc. e) de la Ley Nº19.549), expresando al respecto que *"...La motivación es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión, debiendo ser una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de la emisión del acto, no se trata de un mero escrúpulo formalista, ni tampoco se admite una fabricación ad hoc de motivos del acto, porque con ello se persigue preservar los valores sustantivos y aparece como necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad"*<sup>8</sup>. Esta motivación es *"indispensable para poder apreciar si se ha satisfecho la finalidad prevista en la norma que otorga facultades al órgano para emitir el acto (CNCont.AdmFed. Sala IV, 17/04/00, "Rodríguez Fuchs", JA 2000 -IV-20)*. Este tipo de vicio es en la legislación nacional un VICIO GRAVE que acarrea como sanción la NULIDAD ABSOLUTA del acto administrativo cuestionado<sup>9</sup>.

Así lo ha decidido también nuestro máximo tribunal de justicia al expresar que *"Tal vicio (se refiere al de falta de motivación) determina su nulidad –de carácter absoluta e insanable- según lo dispuesto por el art. 14 inc. b) de la LNPA y no es posible convalidar dicho acto..."*<sup>10</sup>.

---

MIQUEL - LORENTE - SALVINI - MASSIMIANI - BAGLINI - MILA - KEMELMAJER DE CARLUCCI Ubicación: LS182 - 067).

<sup>6</sup> S.C.J.Prov., 11/02/2009, en causa Nº 79.357, caratulada: "CHERUBINI, LUIS DAVID JAVIER C/GOB. DE LA PROV. DE MZA. (P. JUDICIAL) S/ A.P.A.", con cita de Guido Santiago Tawil y Laura Mercedes Monti, "La motivación del acto administrativo", Depalma, Buenos Aires, 1998, punto E), 1., primer párrafo.

<sup>7</sup> Así, afirma al desarrollar el análisis del caso citado en nota precedentemente que *"...Ambos conceptos constituyen la motivación del acto aún cuando pueda resultar escueta. No obstante, no por breve menos precisa..."* Punto E), 1. tercer párrafo).

<sup>8</sup> Conf. Dromi, Roberto, en "Derecho Administrativo", 2001, Cdad. Argentina pp. 269.

<sup>9</sup> Dromi Roberto, ob. cit. nota anterior pp. 295.

<sup>10</sup> C.S.J.N., "Grecco M. C/Univ. Bs. As.", 01/01/85.



**FISCALIA DE ESTADO**  
Provincia de Mendoza

Analizado el acto administrativo, cuya declaración de inconstitucionalidad se persigue (considerandos del Decreto Provincial N°989/11), se observa que posee consignados considerandos que cumplimentan, "prima facie" y en atención a los elementos existentes en el expediente de origen y a la fecha del presente, los recaudos que para considerar debidamente fundado (desde el estricto punto de vista de la legitimidad) un acto administrativo, no siendo competencia de este órgano (ni siquiera del Poder Judicial) juzgar el mayor o menor acierto respecto de la validez de las motivaciones vertidas por el Poder Ejecutivo ya que ello importaría sustituir el criterio del órgano administrador, en el marco del ejercicio discrecional de sus facultades y siempre que las mismas se ejerzan dentro del marco de legitimidad existente.

Así, se ha expresado que: "...El acto administrativo discrecional trasunta la idea de un ejercicio de la libertad limitada por el fin al cual el mismo debe responder, siendo legítimo el mismo si dispone la medida adecuada y se halla recubierto de motivaciones suficientes y razonables...<sup>11</sup>".

Este aspecto (la invocada falta, insuficiencia o falsedad de motivación), trae necesariamente vinculaciones con planteos implícitos de "arbitrariedad" (art. 39 de la Ley N°3909) y eventual "desviación de poder" (art. 38 de la Ley N°3909) del acto, toda vez que conforme ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, la "motivación" es necesaria en los mismos a los efectos de verificar su razonabilidad, reconociendo asimismo la dificultad en la prueba de estos elementos<sup>12</sup> y afirmando además que no basta la sola alegación de existencia de los mencionados vicios sino que es necesaria su comprobación, lo que resulta coherente con los principios del ordenamiento jurídico administrativo en tanto dotan al acto administrativo "regular" de los caracteres de "presunción

<sup>11</sup> Expte.: 63871 - DOTTORI, ROSANA A. c/ PODER EJECUTIVO (GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA) ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA Fecha: 31/07/2000 - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Ubicación: LS296 - 204.

<sup>12</sup> "Generalmente es difícil de probar la desviación de poder, y para ello resultaría necesario (en cada caso examinado) penetrar el querer interno de quienes personifican los órganos de los cuales emanaron los actos, a fin de conocer sus motivaciones y finalidades" (Expte.: 49903 - CALONGE ELSA BEATRIZ - DIRECCION GENERAL DE ESCUELAS ACCION PROCESAL : LS248 - 466). "En un decreto inmotivado, tal defecto relativo a la forma del acto, acarrea su invalidación toda vez que la motivación del acto administrativo es un presupuesto sobre el cual se asienta la legalidad y se expresa la razonabilidad de la medida. Expte.: 33241 - ARANCIBIA HERNAN FERNANDO - GOBIERNO DE LA PROVINCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Fecha: 04/11/1975 - CAMBI, EVANS - BARBERA GUIZZO - RIUIZ



**FISCALIA DE ESTADO**  
Provincia de Mendoza

de legitimidad", "ejecutividad" y "ejecutoriedad" (arts. 79, 80 y 81 de la Ley N°3909).

En relación a ello ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia que: *"... Una de las pautas fundamentales en la temática de la interpretación constitucional es la presunción de constitucionalidad de los actos dictados por los órganos estatales, y que precisamente sirve de motivación de la ejecutoriedad de los actos administrativos, por lo que su inconstitucionalidad sólo es procedente cuando resulta manifiestamente incompatible el acto con la Constitución. Esta presunción de constitucionalidad implica que para la procedencia de la inconstitucionalidad se requiere o exige que la contradicción entre la norma y la Constitución sea absoluta, palmaria y clara; que el juez debe hacer una interpretación constructiva a fin de darle a la norma una exégesis compatible con la Constitución..."*<sup>13</sup>.

También ha sentenciado que: *"... En cuanto a los vicios de arbitrariedad y desviación de poder invocados por el actor corresponde tener presente que para su planteo exitoso debió probar alguno de los elementos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido cuando establece que la arbitrariedad se presenta cuando el decisorio se halla desprovisto de todo apoyo legal y fundado tan sólo en la voluntad de los que resuelven, y, más concretamente, cuando se resuelve contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto del caso y cuando se prescinde de prueba fehaciente regularmente traída al juicio o se hace remisión a las que no constan en él (Fallos 112:384; 207:072, doctrina seguida por este Tribunal en Plenario que obra en LA 29-15)..."*<sup>14</sup> y que *"...Por otra parte, respecto de la desviación de poder, el actor tampoco acredita cuál es el fin perseguido distinto al que contempla el ordenamiento legal que le atribuyó las competencias a la Sala Tercera de la Suprema Corte de Justicia. Ha afirmado Marienhoff que "la demostración de la existencia de este vicio generalmente resulta difícil, pero de ningún modo imposible" ("Tratado de Derecho Administrativo", Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 538). Es más, esta dificultad*

<sup>13</sup> S.C.J.Prov., Expte.: 57071 - CATANIA SERGIO - PODER EJECUTIVO ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD Fecha: 28/04/1995 - SENTENCIA Tribunal: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Magistrados: AGUILAR - NANCLARES (voto ampliatorio) - SALVINI Ubicación: LS255 - 326.

<sup>14</sup> S.C.J.Prov., en causa N° 79.357, caratulada: "CHERUBINI, LUIS DAVID JAVIER C/GOB. DE LA PROV. DE MZA. (P. JUDICIAL) S/ A.P.A.", ya citada, Punto E), 2. primer párrafo.



**FISCALIA DE ESTADO**  
Provincia de Mendoza

*probatoria es la que ha llevado a sostener la subsidiariedad de la figura (Carmen Chinchilla Martín, "La desviación de poder", 2da. edición act. y ampl., con prólogo a la 1ra. edición de Jesús Leguina Villa, Madrid, Civitas, 1999, p. 184). Pero en este caso, aún reconociendo lo dificultoso de la prueba en ese terreno, al menos debió aportar algún indicio que pueda llevar a considerar que los miembros de la mencionada Sala Administrativa persiguieron otra finalidad no expresada en el acto y que está reñida con lo que la ley establece para el uso de sus facultades..."<sup>15</sup>.*

En similar sentido, analizando la presunta arbitrariedad de una sentencia por vicios en su motivación, ha expresado que: "Sobre el tema he sostenido que "lo que la ley prohíbe bajo pena de nulidad, es que la motivación sea contradictoria o que falte simplemente. Por contradicción de la motivación debe entenderse incoherencia en el proceso lógico y discursivo del juzgador, es decir, que no haya correspondencia entre la conclusión y las premisas", (LS 95-31; 351-246). Por tanto, "existe sentencia arbitraria cuando del análisis de los hechos controvertidos surjan aberraciones de tal magnitud que ofendan el sentido común por su absurdidad, o cuando el fallo se encuentre fundado exclusivamente en la voluntad de los jueces, con prescindencia total de las pruebas aportadas", (LS 114-146; cfr. LS 124-305; 215-466; 238-264; 95-310; 211-58; 211-476; 212-85; 212-148; LA158-441; LS 123-142). En el mismo sentido he sostenido que la tacha de incongruencia configura un caso de arbitrariedad cuando se demuestra la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial, consistente en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las pruebas decisivas, o carencia absoluta de fundamentación, (LS 194-80; 279-428)..."<sup>16</sup>.

V. Para finalizar el análisis de los aspectos referidos a este tema, es necesario puntualizar, (aunque en forma breve) que las cuestiones referidas a la conveniencia en relación a la convocatoria al procedimiento de marras, pertenece al campo del accionar administrativo "discrecional" que está, en principio, exento del control de este órgano constitucional, e incluso, dentro de

<sup>15</sup> C. C. J. D. P. caso citado en nota anterior. Punto F). 2. párrafos once y doce.





**FISCALIA DE ESTADO**  
Provincia de Mendoza

ciertos límites, del judicial. Así, la doctrina ha expresado que: "...el mérito del acto no pertenece al ámbito de los elementos de la legitimidad por sustentar juicio de valores que merece el acto administrativo. Este juicio tiene directa referencia con los fines públicos de los actos administrativos, cuya apreciación específica corresponde al administrador. Este es el que juzga la conveniencia, oportunidad y eficacia del acto<sup>17</sup>" y "que las facultades del órgano son discrecionales cuando el orden jurídico le otorga cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa o hacerla de una u otra manera. El órgano puede decidir según su leal saber y entender, si debe actuar o no y, en su caso, qué medidas adoptar. En este aspecto la discrecionalidad expresa la actividad de razón y buen juicio de la administración. La norma no predetermina la conducta administrativa<sup>18</sup> ..." con los reconocidos límites referidos a la juridicidad y cuestiones técnicas, ya que la actividad administrativa, aun la discrecional, debe desarrollarse conforme a derecho<sup>19</sup> respetando especialmente los límites que los arts. 38 y 39 de la Ley N°3909 le imponen al obrar administrativo, los cuales han sido también reconocidos por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal provincial, que ha afirmado "...las facultades discrecionales también están sujetas a límites jurídicos al igual que la actividad reglada, como los que determinan la buena fe, razonabilidad, desviación de poder, arbitrariedad<sup>20</sup>".

En sentido análogo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido en este sentido, que el acierto o 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<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> SARMIENTO GARCIA, Jorge, en "Ley de Procedimientos...", ob. cit. pp. 109 a Fiorini, en "Manual" (I-347).

<sup>18</sup> DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", 12 Ed., Cdad. Argentina, 2009, pp. 6675 y ssgtes.

<sup>19</sup> DROMI, Roberto, en "Derecho...", ob. cit. pp. 676/81, entiende como límites a esta actividad los que devienen, desde el punto de vista jurídico ("razonabilidad" -con fundamento en el art. 28 de la C. Nacional-; "finalidad", "Buena fe" e "Igualdad") y los técnicos (entendiendo que pueden enjuiciarse los resultados de la llamada "discrecionalidad técnica" en la medida en que ésta se aparta o no de las normas técnicas que la limitan).

<sup>20</sup> S.C.J.Prov., en Expte.: 87679 - "Geraldo, Nora Iris - c/ Municipalidad de Mendoza s/ Acción Procesal Administrativa", fecha: 26/02/2008 - Ubicación: L.S.386 - 093.

<sup>21</sup> C.S.J.N., in re "Paz, Carlos Omar c/Estado Nacional" sentencia del 9/8/01.

<sup>22</sup> En ese sentido debe recordarse que para el Máximo Tribunal la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- es el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y permite a los jueces



**FISCALIA DE ESTADO**  
Provincia de Mendoza

---

VI. Por último, corresponde analizar los aspectos referidos en el punto 3.,

esto es:

VI.1 Posible afectación de la Coparticipación Municipal: en la denuncia se sostiene que la comisión a pagar al contratista, establecida como un porcentaje del aumento de la recaudación (que no puede superar el 30%), implica una disminución de la masa coparticipable que contraría el Régimen de Coparticipación Municipal de la Ley N° 6.396 y modif. Este aspecto no surge de los Pliegos de Condiciones Particulares, en donde bajo el sistema de inversión a riesgo (punto 4.2.1 P.C.P.), se ha indicado un porcentaje de la recaudación al sólo efecto de establecer una fórmula para calcular el monto de la remuneración del contratista (punto 4.2.3 P.C.P. y ctes.), estableciendo como límite máximo hasta el 30% (treinta por ciento) del aumento de la recaudación real<sup>23</sup>, los cuales, según Pliego de Condiciones<sup>24</sup>, se pagarían con recursos de Rentas Generales (como cualquier otro servicio contratado por el Estado- punto 4.2.2 P.C.P.-). Ello, necesariamente deberá efectivizarse, previa imputación del gasto correspondiente en el ejercicio presupuestario respectivo en que deba procederse a su pago, lo que en caso de materializarse en debida forma, no importaría en principio, afectación alguna de la masa coparticipable.

VI.2. Eventual afectación de los montos correspondientes al Fondo Estímulo de la D.G.R: ligado al punto anterior, cabe reiterar que la indicación de un porcentaje de la recaudación (punto 4.2.3 P.C.P.), es, en principio, al solo efecto de establecer una fórmula para calcular el monto de la remuneración del contratista, que, conforme surge del texto expreso de los Pliegos Generales, se pagará con Recursos de Rentas generales (punto 4.2.2<sup>25</sup>), según se analizó

---

verificar su cumplimiento, sin que ello implique la violación del principio de división de poderes que consagra la Constitución Nacional (conf. CSJN, del voto de los doctores NAZARENO, MOLINÉ O'CONNOR, LÓPEZ y VÁZQUEZ, en autos "Cedale, Eduardo A. y otros c. Estado Nacional", LL, 1999 D, 147). E igualmente, respecto del control judicial de los actos de los otros poderes ha declarado que "Es incuestionable la facultad de los tribunales de revisar los actos de los otros poderes -nacionales o locales- limitada a los casos en que se requiere ineludiblemente su ejercicio para la decisión de los juicios regularmente seguidos ante ellos" (*Fallos*, 320:2851).

<sup>23</sup> Ver en este sentido las previsiones que al respecto poseen los arts. 4.2.3.3 y sus subpuntos y 4.2.4. de los Pliegos de Condiciones Particulares.

<sup>24</sup> Es importante destacar que el porcentaje del 30%, está establecido como límite máximo para ofertar la retribución, debiendo ser analizada la razonabilidad de la propuesta en tan sentido momento de adjudicar,



## FISCALIA DE ESTADO

Provincia de Mendoza

brevemente en el punto precedente. No se observa que, en este esquema, el mencionado Fondo Estímulo, se vea afectado negativamente con eventuales perjuicios para los que perciben el mismo. En efecto, el Fondo Estímulo en análisis tiene una doble integración (Ley N° 4.404 y modif. – Decreto Reglamentario N° 1.070/11<sup>26</sup>): un 6% calculado sobre la base del monto de las metas que fije el Ministerio de Hacienda, y un 2% calculado sobre el monto recaudado en exceso de dichas metas. No se advierte, en este marco, de qué manera afectaría esto el pago de una comisión al contratista en los términos previstos, ya que en nada impacta la base de cálculo de ninguno de los dos componentes del mismo. Sin perjuicio de ello, es importante dejar asentado que, al momento de presupuestar y ejecutar la liquidación y pago de la Comisión, deberá tenerse en cuenta con la finalidad de que se valore cualquier eventual afectación del mencionado régimen estímulo establecido por la Ley citada, en violación a las previsiones que la jurisprudencia ha considerado aplicables al caso concreto<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> El Artículo 2° de la Ley N°4404 en parte pertinente, reza: "El fondo establecido por la presente ley se constituirá de acuerdo a los porcentajes y procedimientos establecidos en los siguientes incisos.a) para el personal de la dirección general de rentas, excepto recaudadores fiscales, el fondo se integrará con un porcentaje de la recaudación que, por todo concepto, se ingrese como consecuencia de la acción de la mencionada Dirección, de acuerdo a las siguientes alícuotas: 1- el seis por mil (6‰) calculado sobre la recaudación mensual estipulada como meta por el Ministerio de Hacienda con participación de las reparticiones involucradas, en la medida en que se cumpla la meta de recaudación y los planes de trabajo que fije el Ministerio, definidos en base a la política fiscal y a la evolución de la actividad económica. una vez ordenadas las metas y planes de trabajo, deberán comunicarse a las Comisiones de Hacienda y Presupuesto de ambas Cámaras Legislativas dentro de los cinco (5) días hábiles del mes correspondiente. 2- el dos por mil (2‰) calculado sobre el excedente de la recaudación efectiva anual respecto de las metas previstas en el punto anterior...". Además, debe consultarse el texto del Decreto N°1.070/11 (27/05/11, B.O. 07/06/11).

<sup>27</sup> Si bien no es objeto principal del presente dictamen, considero procedente recordar que nuestro máximo tribunal provincial, ha considerado que los adicionales no generan derechos adquiridos, salvo que se afecte sustancialmente la remuneración y siempre que se cumplieren los recaudos que hacen a la razonabilidad de la medida. Así se lee en los párrafos del voto del magistrado preopinante, Dr. Alejandro Pérez Hualde, que: "...Cabe recordar la doctrina de la Corte Suprema en el ya citado caso "Guida": 'la intangibilidad del sueldo del empleado público no está asegurada por ninguna disposición constitucional, ya que la Ley Fundamental sólo la contempla respecto del presidente y vicepresidente de la Nación, los ministros del Poder Ejecutivo, los jueces de la Nación y los miembros del Ministerio Público (arts. 92, 107, 110 y 120 de la Constitución Nacional). No existe, por ende, un derecho adquirido a mantener el nivel de la remuneración futura sin variantes y en todas las circunstancias. Aún la estabilidad administrativa reconocida en el art. 14 bis de la Constitución, es susceptible de razonable limitación 'en ocasión de grave penuria nacional' (Fallos 253:478), por lo que ante la misma situación, no puede juzgarse inícuo la decisión de disminuir -razonablemente- las remuneraciones que deben ser atendidas con el presupuesto de la Nación, sin que sea requisito de validez para tal disposición, la restitución de las sumas que los agentes han dejado de percibir. En otras palabras, la normativa atacada es de rango legal, ha tenido carácter provisorio, ha recaído sobre un aspecto accesorio de la remuneración, no ha afectado su sustancia sino un adicional y no ha tenido carácter retroactivo sino que ha regido, en todos los casos, para el futuro. Señalé también que "en el caso de autos la provincia demandada no ha invocado la existencia de una situación de emergencia en el texto expreso de las leyes que la establecieron. Ello excluiría la aplicación de la doctrina de tal circunstancia. Pero corresponde, entonces, verificar si entre las facultades del Estado como empleador existe la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato de empleo en cuanto a la remuneración del mismo. La doctrina es conteste en que no es posible la modificación hacia el pasado. Y también coincide en que sí puede hacerlo hacia el futuro pero de tal modo que no afecte sustancialmente el derecho del agente. En este caso es también requisito el instrumento de



**FISCALIA DE ESTADO**  
Provincia de Mendoza

VI.3. Eventual violación de la previsión contenida en el art. 10 inc. h) del Código Fiscal: de la simple lectura de las condiciones establecidas en los Pliegos que regirán el procedimiento licitatorio, se observa que no existe previsión que disponga en forma expresa o razonablemente implícita, la cesión de créditos fiscales del estado a favor de terceros, lo que torna improcedente el cuestionamiento efectuado en el marco del art. 10 inc. h) del Código Fiscal en esta etapa procedimental. Por el contrario, baste señalar que diversos artículos de los Pliegos de Condiciones estipulan expresamente lo contrario, al establecer la imposibilidad de ceder facultades propias de la D.G.R. (vg. Arts. 1.1.3. del Pliego de Condiciones Particulares y 1.1.6. del Pliego de Especificaciones Técnicas conforme fuera tratado "liminariamente" en la Resolución Nº184/11 de la Fiscalía de Estado, Considerandos, punto 2, a la cual remito en mérito a la brevedad), debiendo tenerse especial atención de no violar la prescripción de marras al momento de celebrar, eventualmente, el correspondiente contrato administrativo.

VI.4. Con referencia a la supuesta vulneración del art. 17 de la Ley Nº3799: este artículo establece expresa prohibición comprometer erogaciones susceptibles de traducirse en afectaciones de créditos de presupuesto para ejercicios futuros, pero, a su vez establece las excepciones a la misma. La situación del presente caso, conforme los informes obrantes en autos, se encontraría en principio, amparada por tratarse de trabajos que necesariamente deben ejecutarse en el transcurso de más de un ejercicio financiero, ya que de contratarse los servicios

---

carácter legal en la medida en que afecta derechos; pues se ha sostenido que 'sólo la ley formal podría alterar en condiciones de razonabilidad y por períodos limitados, en el marco del ejercicio de un poder de policía de derechos que parece escapar claramente de los límites, mucho más amplios, de una relación estatutaria' (Fernando García Pullés, director, "Régimen de empleo público en la Administración Nacional", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 16). Tal como reza el fallo antes citado, 'no media lesión a la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional, cuando como en el caso, por razones de interés público, los montos de las remuneraciones de los agentes estatales son disminuidos para el futuro sin ocasionar una alteración sustancial del contrato de empleo público en la medida en que la quita no resultó confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada'. Es más, en el caso se introdujo por vía legal como una modificación del contrato y se aplicó para el futuro. No constituyó una alteración significativa de un salario que, si bien los actores califican de "magro", no es una cuestión discutible en estos autos. La facultad de introducir modificaciones en el contrato de empleo por parte del Estado empleador no es algo vedado y su ejercicio está sujeto al control de razonabilidad y de desviación de poder por parte de los tribunales. No es el caso de autos. No se ha acreditado la desproporción ni la existencia de otros fines distintos a aquellos para los cuales la normativa habilita el ejercicio de las facultades empleadas por el legislador..." (Punto b) del voto del Dr. Alejandro Pérez Hualde, causa nº 80.507, caratulada: "CAÑAS, PATRICIA Y OTS. C/ GOBIERNO DE MENDOZA S/ A.P.A.", 25/08/09). En similar sentido en Expte.: 89545 - LEVY RUBEN Y OTS. C/ GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA. S/ A.P.A. Fecha: 23/11/2009 - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA de Mendoza, Magistrados: PEREZ HUALDE - KEMELMAJER - ROMANO, Ubicación: LS407 - 197)



## FISCALIA DE ESTADO

Provincia de Mendoza

pretendidos sólo por un año no alcanzaría a cumplirse con los objetivos propuestos, resultando en definitiva antieconómico (art. 17 inc. a) Ley N° 3.799) – ello surgiría del informe de Asesoría de Gabinete inserto en autos, que explica el porqué del plazo de contratación previsto-. Atento a ello, sólo es dable advertir que, oportunamente, deberán hacerse las previsiones presupuestarias correspondientes, las que deberán materializarse en el Decreto respectivo (en caso de existir adjudicación) tal como prescribe el artículo en análisis en su parte final<sup>28</sup>.

VII. Asimismo, siendo PUBLICA Y NOTORIA la existencia de la Sanción N°6396 (05/07/11)<sup>29</sup>, por la cual se suspende el procedimiento (efecto práctico del art. 2° del mencionado instrumento legal), del Decreto N°1620/11 (07/07/2011) –por el cual se hace lo propio- así como de un Acción de Inconstitucionalidad introducida por terceros interesados, se recomienda tener presente la eventual “abstracción” (“moot case”) de las cuestiones ventiladas<sup>30</sup> –

<sup>28</sup> El artículo 17 de la Ley N°3799 y mod, en parte pertinente expresa: “No podrán comprometerse erogaciones susceptibles de traducirse en afectaciones de créditos de presupuesto para ejercicios futuros, salvo en los siguientes casos: a) Para obras y trabajos públicos a ejecutarse en el transcurso de más de un ejercicio financiero, siempre que resulte imposible o antieconómico contratar la parte de ejecución anual; ... El Poder Ejecutivo incluirá en el proyecto de presupuesto general para cada ejercicio los créditos necesarios para atender las erogaciones anuales que se generen en virtud de lo autorizado en el presente artículo”. (Texto según Ley 5282, art. 1. Ver en la Ley 6656, art. 22 Proyección Plurianual de Obras Públicas).

<sup>29</sup> Respecto de la mencionada sanción, todavía en etapa ejecutiva de “promulgación”, no se manifiesta el suscripto, toda vez que no es objeto del presente Dictamen ni posee la misma carácter de “ley formal y material”, que justifique analizar y/o manifestarse sobre su constitucionalidad en el marco del art. 177 de la C. Provincial.

<sup>30</sup> Es doctrina judicial aceptada por la C.S.J.N. y por la S.C.J. Provincial que los hechos sobrevinientes y previos a la resolución de una causa, pueden hacer devenir inoficiosos el pronunciamiento. Así, el superior tribunal de justicia de la provincia, con cita de jurisprudencia de la Corte Federal, ha dicho: “...Es criterio reiterado de esta Sala que la sentencia puede tener en cuenta hechos sobrevinientes a la traba de la litis (Ver, entre otros, fallos del 1/12/1998, “Dolce, María”, LS 284-236 publicado en La Ley Gran Cuyo 1999 n° 1 pág. 79; del 8/6/1999, “Isaac Cohen y Cía. SRL c/ Municipalidad de la Capital”, LS 288-411; del 28/6/2000 in re “Fiscal de Estado en j. 138.524 Vera Rodolfo c/Gbno. de la Prov. De Mendoza y Dirección de Minería”, LS 296-41; del 1/11/2001, “Ecsal en j. Municipalidad”, LS 303-303; del 19/4/2002, “Salguero c/Dirección General de Escuelas”; del 9/2/2009, “Von Der Heyde en j.” LS 397-20). Esta doctrina sigue el mandato de la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien afirma que “las sentencias de la Corte han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan, aunque fueran sobrevinientes al recurso extraordinario” (CSN 7/7/1992, ED 148-633; 27/12/1996, “Chocobar, S. c/Caja Nacional de Previsión”, JA 1997-II-550, etc.). La solución es clara en el CPCCN cuyo art. 163 inc. 6° parte 2° concluye la vieja disputa que se remonta a sabinianos y proculeyanos y manda que el juez, al momento de pronunciar sentencia, atienda a las circunstancias existentes a esa fecha, pues no sólo corresponde valorar las propias de la traba de la litis sino también los hechos modifica-torios o extintivos producidos durante la tramitación del pleito siempre que con ello no se viole el derecho de defensa en juicio (Para este tema ver Nota de Redacción de ED 45-155, Hechos constitutivos, modificativos o extintivos del derecho producidos durante el juicio; Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. sala II, 29/10/1996, “Euralim SA c/ Dirección de Tecnología”, LL 1997-C-577). Pues bien, en reiteradas ocasiones, los hechos sobrevinientes producen la sustracción de la materia justiciable. Así, en diversos pronunciamientos, esta Sala ha recogido la tesis jurisprudencial conforme la cual “el requisito del interés personal debe subsistir a lo largo de toda la existencia del proceso; consecuentemente, si al momento de dictar sentencia ese interés ha desaparecido, la causa debe sobreseerse” (ver, entre muchas, sentencia del 26/8/1996, publicada en LL 1997-E-149 y en Doc. Jud. 1997-3-421, a cuyas citas doctrinales y jurisprudenciales me remito)...” ( Expte.: 94603 - GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA Y FISCALIA DE ESTADO EN J. 33.873/1.313 GOBIERNO



**FISCALIA DE ESTADO**  
Provincia de Mendoza

en especial en lo relativo a la medida cautelar impetrada conjuntamente con la acción de marras- , lo que en su caso, deberá ser analizado por la Dirección de Asuntos Judiciales, a quien se recomienda dar vista del presente dictamen.

VIII. Por último, conviene destacar que esta Fiscalía de Estado no incursiona en el análisis de cuestiones técnicas o de incumbencias o de apreciación discrecional o de mérito u oportunidad ajenas a su competencia, limitándose a expresarse fundadamente sobre aspectos técnico jurídicos de trascendencia, como es lo relativo a la legitimidad del procedimiento y a la posibilidad de que se verifique arbitrariedad manifiesta.

En este sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado: *"Resulta improcedente entonces que juzgue (el dictamen) las razones de oportunidad, mérito o conveniencia que llevaron a la autoridad de aplicación a emitir el acto impugnado, pues ello implicaría tanto como sustituirla en su cometido específico, lo cual es obviamente inadmisibles, en tanto no exista un claro apartamiento de la ley o arbitrariedad que lo autorice<sup>31</sup>".*

En conclusión, la pretensión de que se proceda a deducir la acción de inconstitucionalidad en torno a las cuestiones referidas en el escrito de fs. 213/223 y analizadas en el presente Dictamen, resultan en esta etapa y con las actuaciones tenidas a la vista, improcedentes (sin perjuicio de las recomendaciones que se han efectuado en cada punto en particular) toda vez que no se verifica , luego de realizar el correspondiente análisis normativo, que en este estado se hayan vulnerado las normas citadas o derechos adquiridos de administrados (particularres y/o agentes), alterándose el imperio de la "legitimidad" en el accionar estatal, que pudieran justificar el accionar judicial reclamado a la Fiscalía de Estado en el marco del art. 177 de la Constitución Provincial y Ley N°728.

Lo expresado es sin perjuicio de la facultad que ostentan los eventuales interesados para deducir la acción prevista en el art. 223 del C.P.C. y las que



**FISCALIA DE ESTADO**

Provincia de Mendoza

---

deriven de las previsiones del art. 43 de la C. Nacional, y del Decreto Ley N°2589/75 (mod. por Ley 6504), en la órbita judicial competente.

Concluidas las presentes actuaciones, sería recomendable notificar el acto conclusivo al Poder Ejecutivo, a la Honorable Legislatura Provincial y a los denunciados peticionantes en sus respectivos domicilios legales (ídem art. 3 de la Resolución 183/11 de Fiscalía de Estado) y a la Dirección de Asuntos Judiciales de este órgano a los efectos que tome conocimiento del presente.

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

**Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.**

**Dict. 0847/11**

**Mendoza, 11/07/11**