



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos

Expediente N° 2010-F-2012— 80271 -FTyC
SOLICITA DICTAMEN LEGAL CONVERSION DE
CREDITOS EN DOLARES A PESOS

SEÑOR

FISCAL DE ESTADO SUBROGANTE

DR. JAVIER A. FERNANDEZ:

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos las actuaciones referenciadas, a efectos de dictaminar sobre la procedencia del pedido formulado por la Empresa AGRICOLA PRESIDENTE S.A., consistente en pagar en Pesos la cuota de crédito que debe realizar en billetes dólares estado unidenses, ante la prohibición de la Afip de negarle la compra de dólares a dicha empresa.

1.-ANTECEDENTES. Primeramente, debo resaltar que por Ley N° 6.071 y mod. se crea el Fondo de Financiamiento de Inversiones Privadas para la transformación y el crecimiento socio-económico de la Provincia de Mendoza, el que tiene, en general y sin agotar su objeto, a modo ejemplificativo entre otros, el desarrollo: socio - económico integral de la Provincia que tienda a un crecimiento auto-sostenido y continuo; de proyectos privados de desarrollo y uso de energía no contaminante; de capacitación del recurso humano para la generación de unidades productivas estables para incorporarse igualitariamente a la nueva estructura económica productiva; de capacitación del recurso humano y mejoramiento de la calidad de la educación de la Provincia de Mendoza.

Asimismo destaco que en la provincia es la persona pública estatal encargada de brindar asistencia financiera, para promover el desarrollo sustentable e impulsar la transformación productiva de Mendoza conforme los enunciados del párrafo precedente. Asimismo brinda financiamiento a los distintos sectores de la economía, desarrollando herramientas de financiamiento innovadoras y adecuadas a las necesidades,



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos

realizando una eficiente gestión de los fondos, asegurando su correcta aplicación y recupero¹.

Por otra parte cabe destacar que el art. 9º de dicha ley creó la ADMINISTRADORA PROVINCIAL DEL FONDO PARA LA TRANSFORMACIÓN Y EL CRECIMIENTO, la que depende directamente del Gobernador de la Provincia y es la autoridad de aplicación de dicha ley.

En ese sentido resalto que por el Artículo 10º del plexo normativo citado, se impone que la ADMINISTRADORA PROVINCIAL DEL FONDO es un ente autárquico, con personería jurídica y capacidad para actuar pública y privadamente, con los alcances establecidos en dicha ley especial, siendo sus funciones y competencias las que se detallan en la misma.

Entonces, analizando el objeto y la finalidad del organismo destacado, puedo resaltar que este tipo de gestionamientos constituyen un avance a las formas de administración públicas tradicionales.

Estos mecanismos de gestión, que no son tan nuevos en el derecho comparado, surgen como innovadores en nuestro ordenamiento jurídico, y requieren para su cabal comprensión y aceptación, una apertura intelectual que acompañe la realidad, de modo de no enquistar la gestión pública en estructuras tradicionales superadas en algunos ámbitos por aquella.

En efecto, la ampliación cuantitativa y cualitativa de los fines del Estado, ha influido decisivamente en las formas de actividad que éste despliega para conseguirlos. Este aumento de la actividad administrativa lleva el consecuente aumento de las variantes de su ejercicio, con la implementación de nuevas gestiones activas y proactivas desconocidas antaño, como la de esta persona jurídica pública estatal, que uno de sus principales cometidos es de asistir financieramente a los agentes económicos de la provincia, por medio de asistencia financiera, sin estar encuadrada, involucrada y sometida al régimen de la ley de entidades financieras nacional (Ley N° 21.526 y mod.).

¹<http://www.ftyc.gob.ar/>



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos

Tanto se ha avanzado en este tema que, por ejemplo Garrido Falla², clasifica la actividad administrativa en actividad jurídica o de policía y actividad social. En la primera cuyo fin es asegurar la paz y el orden se limitan los derechos individuales, advirtiéndose entre el administrador y el administrado una relación de sujeción y que por lo tanto no puede ser ejercida por la iniciativa privada. En cambio, en la actividad social, el Estado presta servicios que también pueden ser prestados por los particulares.

Recuerdo que la actividad administrativa que desarrolla el Estado, tiene por fin asegurar la satisfacción de las necesidades públicas, para lo cual utiliza distintos medios y también es distinta la relación que se establece entre la Administración y el administrado. Siguiendo a Garrido Falla (op. citada) distinguimos a la actividad de estímulo donde la Administración estimula y persuade a los particulares para que realicen actividades para satisfacer necesidades públicas del momento. Estas nos parece son actividades que gestiona el Fondo de Transformación, dentro o sin perjuicio de tantas otras que presta el Estado nacional, provincial o municipal, sin involucrarse en las propias de las de las entidades financieras regidas por la Ley Nacional N° 21.526³ y bajo el control del Banco Central de la República Argentina; por ello, esta persona jurídica no se sujeta al procedimiento establecido por la Comunicación A 5264 (03/01/2012, B.O. 01/02/2012) y mod., destinadas a las entidades bajo la órbita del B.C.R.A., mencionada en el dictamen de fs. 52/55 y vta..

² Garrido Falla, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo", vol. II. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960; págs. 121 y sgtes.

³ **Ley 21.526 y mod.: ARTICULO 1º** — Quedan comprendidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias las personas o entidades privadas o públicas oficiales o mixtas- de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros. **ARTICULO 2º** — Quedan expresamente comprendidas en las disposiciones de esta Ley las siguientes clases de entidades: a) Bancos comerciales; b) Banco de inversión; c) Bancos hipotecarios; d) Compañías financieras; e) Sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles; f) Cajas de crédito. La enumeración que precede no es excluyente de otras clases de entidades que, por realizar las actividades previstas en el artículo 1, se encuentren comprendidas en esta ley.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos

2.-CONSIDERACIONES JURIDICAS. a)El

tema "decidendum" resulta ser en la especie, el ofrecimiento de pagar en pesos, por la imposibilidad por parte del tomador del crédito que en este expediente se tramita, de cumplir con la obligación contractual de pagar en dólares, la asistencia financiera oportunamente recibida del Fondo de Transformación; sin perjuicio de contar con una cláusula alternativa de la entrega de la cantidad de pesos que fuera necesaria para adquirir en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires (B.C.B.A.) o en el Mercado Abierto Electrónico (M.A.E.), una cantidad de títulos representativos de deuda pública emitidos por la República Argentina en dólares, que cotice en la B.C.B.A. o en el M.A.E. y que sea posible adquirirlos en los Estados Unidos, o a elección de la Administradora del Fondo, que vendidos en el mercado de Nueva York, equivalgan a los dólares adeudados.

Frente a este tipo de cláusulas, y en la circunstancia actual, a aquellos deudores de dólares estadounidenses que no posean la moneda extranjera para efectuar el pago y que al pedir la autorización a la AFIP, esta se la deniegue por el denominado "Cepo Cambiario"⁴, de público y notorio conocimiento, pareciera que no les quedaría otra alternativa que proceder conforme la cláusula mencionada en el párrafo precedente. Este extremo lo pone de resalto el dictamen jurídico de fs. 52/55, al que me remito "brevitatis causae".

Ahora bien; ¿resulta razonable que existiendo en el país un mercado único y libre de cambios, este deudor deba acudir a otro mercado para poder cumplir su obligación? ¿surge razonable que deba pagar por esos dólares un porcentaje mayor, cuando conforme las constancias de autos (véase constancia de rechazo de la Afip de fs. 7 y nota de presentación de la propuesta de pago de fs. 1), quiso pagarla en Argentina en tiempo y forma?. Pareciera que no.

Es decir que el deudor, no obstante proceder conforme la reglamentación impuesta por la AFIP por el denominado

⁴Con la RG AFIP 3210/11 Y 3212/12, la Comunicación A5245 del BCRA (del 10/11/11) y posteriormente con las Comunicaciones BCRA A5318 y A5330 y Resolución General AFIP 3356 se ha restringido normativamente la adquisición de moneda extranjera.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos

vulgarmente "Cepo Cambiario" (ver dictamen de fs. 52/55), solicitando autorización previa para la compra, es la misma Administración (en sentido amplio) la que se lo ha rechazado. Entonces, denegado el pedido por presentar el contribuyente insuficiente capacidad patrimonial según los dichos unilaterales denunciados por la entidad fiscal nacional, en el marco de la normativa reseñada, y ante la imposibilidad de adquirir dichos dólares, por restricciones originadas en un cambio normativo posterior, no le quedaría más que la alternativa de acudir a los mecanismos indicados en la cláusula contractual, para hacerse de los títulos representativos de la deuda pública, necesarios para la adquisición de los dólares a fin de cancelar su obligación, cotizados por encima del valor del dólar oficial en la Argentina, conforme el dictamen jurídico de fs. 54, 2º párrafo. Todo esto no nos parece razonable.

Ante esta encrucijada, el deudor estaría compelido a cumplir una obligación que se ha tornado más onerosa, y no por su accionar, ni tampoco por la inexistencia de dólares en plaza, extremo que no surge de autos, sino por la negativa de la propia Administración, desnaturalizando, en principio, el contrato original. Ante ello, podríamos pensar alternativas que puedan solucionar el problema, recayendo en la especie, la viabilidad de invocar la imprevisión como elemento reparador del sinalagma contractual.

Es claro que quien se ha obligado en dólares debe comprender la naturaleza de sus actos, y así lo hace saber el acreedor (el Fondo), y el deudor expresamente lo declama en la escritura de préstamo. También sabemos que es difícil comprender que el que se obliga en dólares debe prever ciertos avatares de nuestra moneda. Aún así; ¿es posible prever -al momento de la firma del contrato (2006)-que existiendo un mercado único y libre de cambios, en el que el dólar cotiza a un determinado valor, sea imposible adquirir la moneda para cumplir su obligación y deba entonces desembolsar un porcentaje sensiblemente mayor para poder cumplir?.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos

b) En este estado de imprevisión, cuando la ecuación económico-financiera del contrato administrativo se altera por un acto imputable al Estado, da lugar al denominado "hecho del príncipe", doctrina que esta Dirección ha desarrollado en extenso en el dictamen N° 1780/12⁵, al que me remito en orden a la brevedad.

Esta denominación se acuñó en los albores de la formación del derecho público en la Europa del absolutismo y ha sido mantenida y repetida mecánicamente hasta nuestros días. Nuestro país, de indudable tradición republicana, nos impone ser consecuentes y por ello se propone denominar a esta teoría en forma acorde con lo que en realidad ocurre: se trata de hechos o actos del Estado.

El acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato, habilita al contratista para requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho o acto del Estado. Para configurarse la decisión debe provenir de cualquier autoridad pública y afectar el desarrollo del contrato.

La doctrina en general es pacífica en sostener que el hecho del príncipe se funda en el alea administrativa, ya sea que provenga de actos o hechos de los órganos estatales nacionales, provinciales o municipales.

En el supuesto en que el acto lesivo a los derechos del contratista, provenga de una autoridad pública de una esfera de competencia distinta de la que celebró el contrato, estamos igualmente en presencia de la imprevisión, por ser el acto lesivo ajeno o extraño a la autoridad estatal que celebró el contrato, circunstancia que indistintamente torna aplicable la teoría en trato.

El hecho o acto del Estado se manifiesta a través de decisiones jurídicas o acciones materiales que pueden modificar las cláusulas contractuales o las condiciones objetivas o externas del contrato, lesionando los derechos del contratista.

⁵ Emitido en Expte. N°6174-M-2012-00106 "Min. Seguridad Sistema Tetra", fechado el 10/12/12.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos

Los principios que fundamentan la responsabilidad del Estado en este caso, radican en los arts. 16 y 17 de la Constitución, en tanto garantizan la protección a los derechos, en especial la inviolabilidad de la propiedad (art. 17), por lo cual el contratista no podrá ver menoscabado su derecho o interés en función del interés público, a consecuencia de una norma o disposición de carácter general que altere la economía del contrato.

El sólo acto de poder anormal o extraordinario que afecte la ecuación financiera del contrato da lugar a la aplicación de la llamada teoría del hecho del príncipe, para responsabilizar al Estado, pues el acto de poder normal u ordinario, aun en el caso de disposiciones generales, que sólo tornen un poco más gravoso el contrato, queda a cargo del contratista; pero en la especie entiendo que no se materializa un simple acto que afecta el alea del contrato o del negocio, sino que la propia actividad de los Órganos del Estado Nacional, imposibilitan el pago en tiempo y forma de la acreencia debida.

La aplicación de estos principios faculta a la Administración Pública provincial, en este caso al Fondo, no ya a indemnizar al contratista, ni autorizar la rescisión ni resolución del contrato, pero sí a recibir el pago en pesos al cambio oficial tipo vendedor al momento del efectivo pago, a fin de cancelar la cantidad de dólares adeudados. Máxime cuando surge de los dichos del dictamen jurídico comentado de fs. 72/75, se ha solicitado al BCRA, autorización para dar un tratamiento similar al permitido a los deudores de obligaciones en moneda extranjera de Entidades Financieras (mediante la utilización del "código" pertinente que les permita la adquisición de esa moneda al cambio oficial, para ser imputada al cumplimiento de sus obligaciones contractuales), sin tener a la fecha respuesta en tal sentido.

Dicho proceder encuentra mayor sustento cuando el deudor ha demostrado diligencia y predisposición al pago, haciendo saber su propuesta de pago en pesos antes del vencimiento de la



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos

obligación, habida cuenta la negativa de la AFIP de autorizarle la compra de dólares, adjuntando el comprobante de tal rechazo (fs. 7).

Por otra parte esta es la postura que ha admitido el 6/3/13, entre otros Tribunales, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino in re: N°1511-12 "Micheloni Alberto C/ Alvarez Gustavo s/ Cobro Ejecutivo"⁶.

El acto del Estado Nacional es el que produce los efectos propios de la fuerza mayor conforme las prescripciones de los arts. 513 y 514 del C.C., en forma definitiva o temporal, y para no dar lugar a la rescisión del contrato o a que se determine la suspensión o paralización del mismo, la solución que propicio es que se reciba el pago de la acreencia debida en pesos, conforme lo dispuesto en el párrafo precedente.

En este estado no surge que pudiera producirse perjuicio para el Estado, por cuanto la conversión se configuraría mediante la conversión de dólares a pesos según las cotizaciones oficiales tipo vendedor, al momento del efectivo pago, que por otra parte, de hacerse mediante la compra de títulos representativos de la deuda pública, deberían finalmente ser cambiados a pesos al cambio oficial, como claramente lo expone el dictamen jurídico de fs. 52/55 ya destacado.

3.- En mérito a los antecedentes reseñados en los párrafos precedentes, corresponde dejar expresa constancia de que

⁶ "En la materia ha dicho la Jurisprudencia que "si bien es un hecho notorio que inicialmente con las RG AFIP 3210/11 Y 3212/12 y la Comunicación A5245 del BCRA(del 10/11/11) y posteriormente con las Comunicaciones BCRA A5318 y A5330 y Resolución general AFIP 3356 se ha restringido normativamente la adquisición de moneda extranjera, la fuerza mayor (arts 513 y 514 C Civil) derivada del "hecho del príncipe", máxime cuando se trata de un comportamiento de hecho con grado de imposibilidad material, exige por parte del deudor que pretenda justificar su incumplimiento, su no culpa acreditar no solo lo imprevisible, externo, sobreviniente a la constitución de la obligación y actual, sino una conducta de suparte todo lo diligente necesaria como para revelar que ese suceso supera el umbral de la dificultad para convertirse en algo irresistible e inevitable(v. Echevesti en Código Civil Bueres-Highton Tº. 2-A p.179 y ss). (Cámara CyC de Junín causa N° JU-3348-2012 "Massino T.V. c/Giacobini C.A. y Reges A s/ Ejecución de Sentencia". Ello así, dado que la carga de probar la imposibilidad de cumplir la obligación en la forma pactada tal como se ordena en la sentencia compete al demandado, a fin de acreditar tal extremo, deberá éste último en la anterior instancia acreditar la denegación de la solicitud de autorización de compra de dólares a fines de satisfacer la deuda de autos por parte de la Administración federal de Ingresos Públicos, mediante el diligenciamiento del oficio pertinente solicitando la aludida autorización. Y en caso de resultado negativo, cumplirá su obligación depositando el equivalente en pesos de la suma adeudada en dólares al tipo de cambio vendedor del banco de la nación Argentina".



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos

el control efectuado por Fiscalía de Estado al emitir este dictamen está circunscripto a la "legitimidad del procedimiento", sin que su pronunciamiento importe manifestación alguna sobre cuestiones técnicas (ajenas a su incumbencia), ni de autenticidad de los documentos agregados, sólo atribuible a los organismos con competencia para ello (art. 134 Ley 3909 y mod.), o de mérito, oportunidad o conveniencia (asignadas a los órganos de la administración activa), conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación que, en relación al objeto de los dictámenes, ha expresado lo siguiente: ".....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). Asimismo, la PTN ha entendido que: ".....la ponderación de los temas debe efectuarse conforme a los informes de los especialistas en la materia de que se trate,



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos

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).

4.-CONCLUSION.

4.1.-Por las consideraciones vertidas considero que la Administradora del Fondo podría contemplar la posibilidad de recibir pesos en forma de pago por las obligaciones asumidas en dólares, al cambio oficial tipo vendedor al momento del efectivo pago, previa obtención de dictamen contable que determine la conversión y la correlación en el cambio de divisas (art. 35 inc. c) Ley N° 3.909 y mod.). De esta manera interpreto se permite conjugar las facultades ejercidas por la Administración (al emitir la normativa restrictiva cambiaria en el marco de la teoría del "Hecho del Príncipe", que impacta directamente en la relación contractual, al imposibilitar en la materia, el cumplimiento por la vía del pago de dólares), manteniendo incólumes las opciones contractuales del administrado (posibilidad de pago en dólares o en títulos representativos de deuda pública emitidos por la República Argentina en dólares estado unidenses), sin que ello represente perjuicio alguno al Fondo Provincial para la Transformación y el Crecimiento de Mendoza ni para el particular, todo ello en el marco de las normas citadas y del art. 1.197 del C. Civil.

4.2.-Habida cuenta la naturaleza del fondo de la cuestión planteada, sugiero remitir la presente pieza administrativa al Sr. Director de Asuntos Judiciales de esta Fiscalía de Estado, Dr. Pedro García Espetxe, a tenor de lo dispuesto en el art. 25 inc. d) y art. 27 inc. f) de la Resolución Nro. 1/91 de Fiscalía de Estado, a sus efectos.

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS.
Mendoza, 23 de setiembre de 2013
Dict. N° 1394/13. JBSG



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos

Visto el dictamen que antecede, emitido por el Sr. Director de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado, Dr. Abel A. ALBARRACIN, el que comparto en todos sus términos, pasen las actuaciones en a la Dirección de Asuntos Judiciales de Fiscalía de Estado a sus efectos.

FISCALÍA DE ESTADO, Mendoza, 23 de setiembre de 2013.

Dict. N° 1394/13. JBSG