



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA



REF. EXPTE. Nº 9489-D-2014-00020
SE ADJUNTAS EXPTE. Y NOTA
EXPTE. Nº 1526-D-2014-05179
EXPTE. Nº 1717-C-2012-05179
NOTA Nº 10734-D-2014-0003
SECRETARIA GRAL LEGAL Y TECNICA
GOBERNACION SCRETARIA GENERAL
REF. LLAMADO A LICITACION PUBLICA
PARA CONTRATACION DE MARTILLERO

SEÑOR FISCAL DE ESTADO SUBROGANTE
DR. JAVIER ALBERTO FERNANDEZ

Vienen a esa Fiscalía de Estado las presentes actuaciones por las cuales el Sr. Director de Administración de la Gobernación recaba dictamen con relación al llamado a licitación Pública para la contratación de los servicios de Martillero Público para la venta en Subasta Pública de los bienes pertenecientes al Estado Provincial que se han declarado fuera de uso y puestos a disposición del RUPI a esos efectos.

En esta instancia se incorporaron a estos autos la nota Nº 846-D-2014-05179 presentada por el Sr. Héctor Jorge Gómez en su condición de Presidente del Colegio de Martilleros Públicos y Corredores de Comercio de Mendoza quien solicita

1) Se haga lugar a lo solicitado en expediente Nº 1526-D-2014-05179.

2) Que se autorice a la Dirección de Compras y Suministros del Ministerio de Hacienda, a confeccionar la norma legal para el llamado a Licitación para la contratación de Martillero en el marco legal de las Leyes Nº 1694, 3043 (Provincial y 20266 Nacional) y artículos 29 y 33 de la Ley Nº 3799.

3) Que en la designación de martilleros se de intervención al Colegio que preside.

Solicitado el expediente que ha indicado el reclamante, el suscripto ha realizado una detenida lectura de esos autos y demás reclamos que se han acumulado a esta causa, observando que reiteradamente la queja del Colegio de Martilleros y Corredores de Comercio puntualmente se refiere a que en los casos que se realice la subasta de bienes del Estado Provincial declarados en desuso, la designación de martilleros se formalice en el marco legal de la Ley N° 1694 y no por otros procedimientos administrativos.

En relación a ello es necesario realizar un análisis de la modalidad que se ha adoptado en las sucesivas normativas que han reglado el procedimiento, seguido en la formalización de la subasta a efectos de determinar si corresponde (o no) acceder a los reiterados reclamos del interesado, determinando al efecto, cual es la normativa vigente que debe aplicarse al caso concreto.

La Ley 1624 promulgada en el año 1947 dispuso que la enajenación de bienes muebles, inmuebles, semovientes y otros de propiedad fiscal se debe efectuar mediante el procedimiento de Subasta Pública conforme lo establecido en el art. 99 inc. 4to de la Constitución Provincial, una vez autorizada la venta, previo sorteo se designará el martillero (indicando el procedimiento que de designación).

Posteriormente en el año 1953 la Ley 2148 dispone que los bienes en desuso y otros pertenecientes al Estado Provincial se depositarán en la Caja de Préstamos y Asistencia Social y se los venderá en remate público.

Luego, la Ley N° 2538 crea el Banco de Previsión Social, que cumple las funciones de la ex Caja de Préstamos de conformidad con las expresas disposiciones del art. 23 de esa normativa.

Disuelta la Institución Bancaria viene a dictamen de esta Dirección de Asuntos Administrativos (gestión anterior) y se emite opinión respecto del tema en estudio sosteniendo que podría optarse por la contratación prevista en el art. 33 (debe decir "37") de la Constitución Provincial y art. 28 de la Ley de Contabilidad N° 3799 (vigente a octubre del 2000)



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA



Posteriormente, en fecha 13 de noviembre de 2002 el Sr. Gobernador de la Provincia dicta el Decreto N° 1674/02 que reglamenta el procedimiento que corresponde seguirse para la venta en subasta pública de los bienes dados de baja por los Organismos del Estado Provincial.

El art. 9 de esa normativa encomienda a la Dirección de Compras y Suministros del Ministerio de Hacienda que elabore el pliego para la contratación de los servicios del martillero que realizará la subasta de los bienes.

De igual modo encarga a ese órgano el llamado a licitación que debe realizar bianualmente antes del último día hábil del mes de julio.

Por su parte el art.10 del decreto establece las funciones del martillero. A manera ejemplificativa, puede citarse que el procedimiento que establece la normativa reseñada fue implementado mediante el Decreto N° 1166/2004.

El suscripto no desconoce que el Decreto Acuerdo aludido y las normativas que menciona en los considerandos citan la Ley N° 1694, sin embargo ello no implica que esté vigente en mérito a las consideraciones que seguidamente expongo a saber:

1) El punto esencial a resolver en el presente supuesto es determinar si la Ley N°1.694 (que regulaba en forma especial el procedimiento para la designación de martillero para la subasta de bienes del estado provincial) mantiene su vigencia o si por el contrario, y como se ha esgrimido en dictámenes antecedentes de esta Fiscalía de Estado, corresponde aplicar el procedimiento general de contratación del estado provincial, previsto

en el art. 37¹ de la C. Provincial y 28² de la Ley N°3799, esto es la "Licitación Pública".

La existencia del procedimiento especial de contratación previsto para la designación de los martilleros para subastar bienes del estado provincial previsto originalmente en la antigua ley N°1.694, resulta ser indudablemente una excepción a la regla general contenida en la normativa reseñada ut. supra, y por lo tanto de interpretación restrictiva, toda vez que recurre a la mecánica del sorteo sobre la limitada base de los listados de martilleros existentes en la S.C.J.Provincial.

Ahora bien, al dictarse la Ley N°3.799³, no se incorpora entre las excepciones a la previsión del art. 28, la prevista en la Ley N°1.694 para la designación de martilleros para los procedimientos de subasta de bienes del estado provincial. Por el contrario, el art. 93 de la norma legal posterior en el tiempo (Ley N°3799) prevé expresamente **la derogación de toda otra disposición que se oponga a la misma.**

Teniendo en consideración que las excepciones al procedimiento general de contratación del estado (Licitación Pública) se caracterizan por estar expresamente contempladas, ser de interpretación restrictiva, tener carácter facultativo y obligar a la administración a justificar su procedencia⁴, resulta consecuencia lógica del juego armónico de las disposiciones reseñadas que no puede considerarse subsistente el régimen establecido por la Ley N°1.694 frente al nuevo escenario legal y reglamentario existente (Ley N°3.799, Decreto N°1.674/02 y normas complementarias).

En efecto, al ser los procedimientos excepcionales de contratación previsto en las leyes, como ya se ha precisado, de interpretación restrictiva, permiten, ante la duda sobre la procedencia del mismo o de la Licitación Pública, inclinarse por la vigencia plena de éste último mecanismo general de contratación de soporte constitucional y legal indiscutido.

¹ Art. 37º: "Toda enajenación de bienes del fisco, compras y demás contratos susceptibles de licitación, se harán precisamente en esa forma y de un modo público, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de la responsabilidad por defraudación si la hubiere, salvo las excepciones que la ley determine en cuanto se refiere a la licitación".

² Art. 28º: "Licitación Pública - Como norma general todo contrato se hará por licitación pública cuando del mismo se deriven gastos y por remate o licitación pública cuando se deriven recursos". (Texto según Ley 7937 art. 1º, B.O. 29/10/2008).

³ Sanción 13/03/72, B.O.:05/0472.

⁴ Dromi, Roberto, en "La Licitación Pública", Cdad. Argentina, 1995, p. 138.



43

FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

Se suma a ello el carácter "facultativo" de las excepciones, el cual, no impide incluso, que en principio, aun en caso de estar legalmente prevista su procedencia, la autoridad administrativa pueda recurrir siempre a la licitación pública (procedimiento general) para implementar las contrataciones del estado provincial, en tanto lo permita la situación concreta⁵.

La doctrina ha dicho al respecto que *"...todas las excepciones al procedimiento licitatorio deben ser interpretadas en forma estricta y restrictiva, atendiendo al fundamento con que se las ha acordado..."*⁶, coincidiendo con este criterio la postura sostenida por la Procuración del Tesoro de la Nación, en cuanto ha manifestado que: *"...Si el requisito previo de la licitación está fundado en razones elementales de conveniencia y ética administrativa, la interpretación de las excepciones a dicho principio debe ser restricto y estar limitada por los fines perseguidos por la ley a aquella exigencia de carácter general..."*⁷ y que *"Fundado así el requisito de la licitación en elementales razones de ética administrativa y de selección de precios a través de la pública competencia, las excepciones a tal principio deben ser interpretadas en forma estricta atendiendo al fundamento con que han sido acordadas..."*⁸.

Así las cosas, el suscripto entiende que la Ley N°1.694 ha perdido vigencia, en virtud de la sanción de la Ley N°3799 (norma general de contrataciones del estado, de sanción posterior) y Decreto N°1.674/02, en tanto aquella norma no previó expresamente la subsistencia de la excepción dispuesta por la Ley N°1694, en los arts. pertinentes (vg. art. 29 inc. a) y b)

⁵ "Cuando la ley permite el empleo de otro procedimiento de selección (licitación privada, contratación directa, etc.), es facultativo para la administración seguir el procedimiento de excepción indicado. Pero ello no obsta a acudir a la licitación pública, siempre y cuando la naturaleza y el objeto del contrato lo permitan..." (Dromi, Roberto, en "Licitación Pública", Bs. As., 1995, Cdad. Argentina, p. 137). En igual sentido se expresa Agustín Gordillo ("Derecho Administrativo de la Economía", p. 352) al expresar que: "Tanto la ley de Contabilidad como la Ley de Obras Públicas prevén una importante serie de casos en que puede prescindirse del requisito de la licitación pública, ello no significa tampoco que sea obligatorio no hacer la licitación pública, sino que simplemente se faculta a la Administración para proceder de tal modo si lo cree conveniente".

⁶ Dromi, Roberto, en "La Licitación Pública", Cdad. Argentina, Bs. As., 1995.

⁷ PTN, Dictámenes, 168:441; 189:48 bis., 203:148.

⁸ PTN, Dictámenes, 77:265.

30, 30 bis 37 y cctes.) sino que, por el contrario, dispuso en forma expresa, la derogación de toda ley que se oponga a sus disposiciones, en el art. 93 de la norma legal citada, habiendo el Poder Ejecutivo dictado a los efectos de reglamentar el procedimiento de marras, el Decreto N°1674/02 que resultaría de aplicación al caso concreto.

Y no se ve obstado este razonamiento por el hecho de que la ley N°1.694 sea "especial", toda vez que las previsiones de la misma regulan una "excepción" al principio constitucional y legal vigente para las contrataciones (Licitación Pública), y como tal, está adornado por las características que ya han sido enunciadas precedentemente (en especial, necesidad de previsión expresa e interpretación restrictiva), por lo que la procedencia de esta interpretación no colisiona con el principio general de interpretación (que cede en este caso), relativo a que las leyes generales posteriores no derogan las especiales anteriores, lo que en el presente caso se ve además reforzado por la ya citada norma del art. 93 que contiene expresa derogación de la normativa que se oponga a la sanción del nuevo régimen.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia ha dicho al respecto que: *"La derogación de las leyes no se presume, y una norma general posterior no puede derogar una especial anterior, salvo que así lo establezca indubitablemente..."*⁹

En consonancia con lo expuesto, esta Dirección de Asuntos Administrativos ha sostenido en forma reiterada¹⁰, con fundamento en fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia que la Licitación Pública "...asegura la materialización de los principios esenciales de concurrencia, publicidad e igualdad, de raigambre constitucional. Ello en tanto el procedimiento general y regla para la selección del co-contratante del Estado (administración centralizada y/o descentralizada) previsto en el art. 28° de la Ley de Contabilidad de la Provincia de Mendoza es el de la licitación pública, receptando inmediatamente después las excepciones al mismo en su art. 29°. Se materializa así la disposición contenida en el Artículo 37° de la Constitución

⁹ S.C.J.provincial, in re "Pott Godoy, Jorge en J:Pott Godoy Jorge c. Banco de Mendoza s. Ejec. Honorarios", Sala 1, 01/09/88, LS 205-041.

¹⁰ Ver Dictamen N°1046/12 de fecha 10/08/12.



44

FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

Provincial en cuanto expresa: *"Toda enajenación de bienes del fisco, compras y demás contratos susceptibles de licitación, se harán precisamente por esa forma y de un modo público bajo pena de nulidad ...salvo las excepciones que la ley determine en cuanto se refiere a la licitación"*.

La licitación (en sentido genérico tanto pública como privada) es un procedimiento legal y técnico que permite a la Administración Pública realizar una operación no sólo más ventajosa, sino también de acuerdo con las reglas jurídicas de índole constitucional. Los contratos administrativos implican colaboración particular en la gestión administrativa y esa colaboración debe atribuirse sobre la base de la igualdad de proponentes y la elección del más conveniente. La licitación, pública o privada, ofrece ventajas indudables, pues asegura generalmente los precios más ventajosos, elimina los favoritismos y las colusiones dolosas en la contratación administrativa, permitiendo un contralor eficaz. Sin perjuicio de convertirse a veces en un procedimiento artificial, lento y rígido; dejando ante todo un saldo favorable que no deja dudas sobre su conveniencia.

Incluso se han previsto en distintos regímenes, mecanismos de participación pública en la elaboración de las normas de efectos generales, lo que surge no solo por los procesos de corrupción estatal verificados en diversos países¹¹ sino que ha sido considerada obligación implícita en la Constitución Nacional por la doctrina desde hace ya tiempo (Agustín A. Gordillo, "La administración paralela", Cuadernos Civitas, Madrid, 1982, p.32)

¹¹ Ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia Provincial que: "...Resulta de toda evidencia en nuestros tiempos la grave situación de desprestigio internacional por la que atraviesa nuestro país, asolado por índices inaceptables de corrupción pública (ver, entre otros, María Claudia Caputi, "La ética pública", prólogo de Agustín Gordillo, Buenos Aires, Depalma, 2000; Mariano Grondona, "La corrupción", Buenos Aires, Planeta, 1993; Alicia Noemí Farinati, "Ley y corrupción. Un planteo político-jurídico", en H. R. Sandler y N. Rajland (coordinadores), "Corrupción. Una sociedad bajo sospecha", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" y La Ley S.A., Buenos Aires, 1997; Donatella Della Porta y Alberto Vannucci, "Corrupt exchanges. Actors, resources, and mechanisms of political corruption", New York, Aldine de Gruyter, 1999; Carlos Nino, "Un país al margen de la ley", Emecé, Buenos Aires, 1992; y, más recientemente, Héctor A. Mairal, "Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el Derecho Público la fomenta en lugar de combatirla", Cuadernos RPA, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007). Podemos afirmar que la corrupción se ha constituido en un problema estructural de nuestra sociedad..." (Nº 88.975, caratulada "INTENDENTE DE LA MUNICIPALIDAD DE SANTA ROSA C/HONORABLE CONCEJO DELI-BERANTE DEL DEPARTAMENTO DE SANTA ROSA S/ACCION-CONFLICTO", Sentencia del 08/07/08).

y se encuentra exigida como obligación de los Estados por normas supranacionales que nos obligan expresamente (art. 75 inc. 22 CN). Tales son el Pacto de San José de Costa Rica (art. 23.1), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 21.1), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (XX) (ver Agustín A. Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2, 4º edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. XI-4).

Nuestro país ha suscripto, además, la Convención Interamericana Contra la Corrupción (aprobada por Ley 24.759) en la que en su art. III, p. 5, establece la obligación de implantar "*sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas*"; y también, más recientemente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por Ley 26.097) donde se han previsto sistemas de prevención estableciendo que en "esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación", quedando claramente establecido que la publicidad, la participación y los controles constituyen mecanismos de indudable eficacia a la hora de procurar enfrentar el grave problema que nos aqueja en la gestión de los intereses públicos¹².

Por ello, la aplicación del procedimiento de licitación pública para la contratación del martillero que proceda a la subasta de los bienes en desuso del estado, resulta incuestionable, con base convencional, constitucional y legal, entendiendo que el procedimiento establecido en la Ley Nº1.694 ha sido

¹² En Mendoza, la Suprema Corte de Justicia Provincial ha reconocido esta posición en el fallo citado precedentemente ("INTENDENTE DE LA MUNICIPALIDAD DE SANTA ROSA C/HONORABLE CONCEJO DELIBERANTE DEL DEPARTAMENTO DE SANTA ROSA S/ACCION-CONFLICTO"), incluso respecto de la formulación de las normas generales.



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

45

derogado por la Legislación vigente por Ley N°3.799 (arts. 28, 29, 93 y ctes.), conforme los argumentos expresados en los párrafos precedentes.

2) No se advierte en consecuencia, que la aplicación del procedimiento general de contratación del estado provincial (Licitación Pública) pueda en ningún caso implicar irregularidad toda vez que la licitación Pública garantiza los más esenciales principios de igualdad, transparencia, concurrencia y publicidad propios del sistema republicano de gobierno y que se encuentra exigida además en diversos instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país.

3) Es dable de destacar asimismo, que ante las denuncias presentadas por el Sr. Presidente del Colegio de Martilleros N° 1.526-D-2.014 y N° 1.717-C-2.012 el Sr. Fiscal Adjunto de Investigaciones Administrativas resolvió la clausura del sumario instruido al respecto considerando que no surge de la misma conducta administrativa irregular de los empleados y/o funcionarios intervinientes en el proceso atacado.

4) En función de lo expresado el suscripto considera que encontrándose reglamentado el modo de contratación del martillero para la subasta de bienes en desuso del Estado Provincial, mediante el Decreto Acuerdo N° 1.674/2002 y advirtiéndose que en autos el trámite se ajusta al marco legal vigente, esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado no formula objeción legal para que se continúen las diligencias tendientes al llamado a licitación que se gestiona en esta causa, debiendo acreditarse PREVIO a la continuación del presente procedimiento, que se hayan emitido los Pliegos de Condiciones a que hace alusión el art. 9 del Decreto citado ut. supra.

5) Respecto a la solicitud de participación en el procedimiento, la misma resulta notoriamente improcedente en cualquiera de los regímenes legales que pretendieran aplicarse, toda vez que no se encuentra establecida la misma en ninguno de ellos, y no resulta tampoco obligatoria en el marco de

las disposiciones que genéricamente citan como fundamento de su derecho (Leyes Eros. 3.043 y 20.266).

Sirva el presente de atenta nota de remisión.-

DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

FISCALÍA DE ESTADO - Mendoza, 03 setiembre de 2014

Dictamen Nº 2014-1233

ASM-aa. mm

ABELA ALBAFRACIN
Directora de Asuntos Administrativos
FISCALIA DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA

Compartiendo el suscrito el dictamen Nº 2014-1233 que antecede, pasen estas actuaciones a la Sra. Directora de Administración de la Gobernación.

Mis docum. Dictamen 2014-1233

Dr. JAVIER A. FERNANDEZ
FISCAL DE ESTADO Subj. 2º
(Ley 6716)
PROVINCIA DE MENDOZA

FISCALIA DE ESTADO
DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

SALIO - fecha 24-9-14

Hora: 10:35 Folios: 45

Tramitó: JUAN SANCHEZ VESPA
AJUAR ADMINISTRATIVO

DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS
FISCALIA DE ESTADO