

Adjud. con
Concub. de



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Adjud. con
Boletín de
Panquehua

Expte. N°4960-s-2013-30093
"Metrotranvía de Mendoza -
Segunda Etapa - Tramo Mendoza
Panquehua".

AL SEÑOR
FISCAL DE ESTADO SUBROGANTE
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. JAVIER FERNANDEZ

S / D

Vuelven a esta Dirección de Asuntos Administrativos de la Fiscalía de Estado la presente pieza administrativa, en la cual se solicita dictamen legal respecto al procedimiento licitatorio implementado a los efectos de adjudicar la obra de referencia, por un monto total correspondiente a los ejercicios 2012, 2014, 2015 y 2016 de \$281.207.054, 46 y sobre los aspectos ventilados por Contaduría General de la Provincia a fs. 8792, luego de cumplimentarse el PREVIO impuesto a fs. 8888/89 en dictamen N°205/14.

I. - Se han adjuntado a estas actuaciones las siguientes constancias relevantes: a fs. 1145/48, copia certificada del Decreto N°2476/12 (21/12/12) de Autorización de Convocatoria al procedimiento licitatorio público y aprobación de la documentación técnico legal, a fs. 1149/52, constancias de las publicaciones efectuadas en el diario Los Andes y Boletín Oficial de la Provincia; a fs. 6356/57 rola Acta de Apertura de Ofertas de Sobres 1 y 2 (13/02/20136), de las empresas oferentes a saber: IECSA S.A.; CONSTRUCCIONES DANILO DE PELLEGRINI S.A. Y U.T.E. CEOSA SOGESIC S.A. (CONSTRUCCIONES ELECTROMECAICAS DEL OESTE S.A. - SOGESIC S.A.); a fs. 8667/8716, se agrega Acta de la Comisión de Evaluación de Propuestas, designada mediante resolución N°1, en la cual se recomienda, por los argumentos que allí se consignan y a los cuales se remite en mérito a la

brevedad, adjudicar a la empresa CEOSA - SOGESIC UTE (alternativa 1) y desestimar las ofertas presentadas por IECSA S.A. Y CONSTRUCCIONES DANILO PELLEGRINI S.A.; a fs. 8731/34 se expide la Asesoría Legal del Ministerio de Infraestructura (Nº81/14) en el cual evacua la consulta sobre la posibilidad de adjudicar a la UTE señalada, en tanto una de sus empresas ha denunciado estar en concurso, respecto de lo que entiende que ello no es óbice a ese efecto, a fs. 8735/36 se verifica Acta realizada por el Consejo de Obras Públicas, avalando la recomendación efectuada por la Comisión precitada (destacando la conveniencia de solicitar rebaja de precio); a fs. 8792, se verifica volante de imputación preventiva del gasto por las suma de \$61.994.004, 87 (ejercicio 2014), intervenido por Contaduría General de la Provincia, en donde se realizan dos observaciones, requiriendo dictamen de esta Fiscalía de Estado; a fs. 8839/43, vuelve a emitir dictamen jurídico la Asesoría Legal del Ministerio de Infraestructura (Nº135/14), sin formular observaciones legales a la continuidad del procedimiento, a fs. 8844/8885, se observa proyecto de Decreto de Adjudicación de la obra, a fs. 8888/89 esta Dirección de Asuntos Administrativos impone un previo mediante dictamen Nº205/14, y, finalmente a fs. 8890/92, emite nuevo dictamen la Asesoría Legal del Ministerio de Infraestructura, cumplimentando lo requerido por este órgano de control.

II. En este estado toma intervención esta Fiscalía de Estado en el marco de las atribuciones que ejerce como Ministerio Público (protección del interés público y de los intereses colectivos) y del Ministerio Fiscal (defensa del patrimonio de la colectividad y del Estado) - arts. 177 de la Constitución Provincial, en concordancia con los arts. 8, 10, 47 y 48; y Leyes 728 y 4418 y Resolución 03/90 y 01/91 de Fiscalía de Estado-, considerando procedente efectuar las siguientes consideraciones:

1. El procedimiento realizado se ha ajustado, EN GENERAL, a las previsiones del art. 37 de la Constitución Provincial, normas de la Ley Nº4.416 (en especial arts. 9 a 13, 16, 18 a 24, 25 y 26; 110, cctes. y ssgtes.) y Decreto Nº313/81 y Pliegos de Condiciones que rigieron el mismo (oportunamente aprobados por Decreto Nº2476/12).

2. Ello en tanto el procedimiento general y regla para la selección del contratante del Estado (administración centralizada y/o descentralizada) previsto en el art. 37 de la Constitución Provincial, 28º de la Ley de



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Contabilidad de la Provincia de Mendoza y 16 de la Ley N°4.416 (de Obras Públicas) es el de la Licitación Pública. Se materializa así la disposición contenida en el Artículo 37° de la Constitución 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 países¹ sino que ha sido considerada obligación implícita en la

¹ 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..." (N° 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).

Constitución Nacional por la doctrina desde hace ya tiempo (Agustín A. Gordillo, "La administración paralela", Cuadernos Civitas, Madrid, 1982, p.32) y se encuentra exigida como obligación de los Estados por norma supranacional 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 (art. 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 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 públicos².

3. Se ha incorporado el volante de Imputación Preventiva actualizado por la suma del monto a ejecutar durante el presente ejercicio, cumplimentando lo

² 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.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

preceptuado en los arts. (arts. 3 del Decreto Acuerdo N°665/75, 20 de la Ley N°3.799, 18 del Decreto Acuerdo N°7.061/67 y mod. y 9 de la Ley N°4.416)³.

4. En virtud del plazo de contratación previsto, deberá tenerse presente el art. 17 de la Ley N°3.799 y mod. (ya el plazo a pactarse contractualmente superará el presente año presupuestario).

5. En relación al proyecto de norma a emitirse (Decreto) sometido a análisis, cuya última versión se encuentra incorporada a fs. 8844/8885, no existen en términos generales, observaciones legales que formular al mismo, cumpliendo con los recaudos propios de los actos administrativos (art. 28 a 45 de la Ley N°3.909), ostentando el Poder Ejecutivo competencia a los efectos de su emisión, conforme surge del art. 128 inc. 1 de la Constitución Provincial y Decreto Acuerdo N°2.747/09.

6. Especial tratamiento requieren algunos aspectos especiales que presenta el procedimiento, en relación a las consultas efectuadas a fs. 8792 por la Contaduría General de la Provincia, a saber:

6.1. Si es procedente la adjudicación de la obra a una U.T.E. en la cual una de las empresas está en Concurso Preventivo: en términos generales se comparte el criterio sustentado por la Asesoría Legal del Ministerio de Infraestructura, en tanto no existe norma expresa en el ordenamiento jurídico que impida la adjudicación en curso por la circunstancia señalada (concurso de una de las empresas integrantes de la UTE): la especial situación jurídica en que se encuentra una de las empresas participantes de la UTE Ceos Sogesis (concurso preventivo) obliga a consignar breves consideraciones sobre este aspecto, el que además ha sido expresamente consultado a fs. 8792. Así las cosas, cabe señalar que los arts. 15 a 25 de la Ley N°19.551, aportan la solución al caso concreto. En este marco es dable señalar que la doctrina y jurisprudencia ha señalado que, bajo la vigilancia del síndico, el deudor conserva la administración de sus

³ Las observaciones efectuadas por la Contaduría General de la Provincia en el mismo, son tratadas en el punto 6.1. y 6.2. subsiguientes.

bienes, sin otras prohibiciones que las relativas a cesiones u operaciones por la que se alteren la situación de los acreedores o bien que su gratuidad o efectos dispositivos desmedren el activo⁴, considerándolo un "desapoderamiento atenuado".

Los efectos del concurso, en especial las limitaciones de su régimen de administración comienzan desde la presentación en concurso y su correspondiente apertura, extinguiéndose, en principio, una vez que se inicia la etapa de cumplimiento del acuerdo homologado, sustituyendo dichas restricciones con las establecidas en el mencionado acuerdo preventivo.

Los actos prohibidos los que el concursado no puede realizar ni con autorización judicial, ni con la venia de sindicatura o el comité de acreedores, están previstos en el art. 16 LCQ, el cual prevé dos clases, a saber: a) los actos realizados a título gratuito y los que alteran la igualdad ante los acreedores (ninguno de estos supuestos se da en el presente caso).

La legislación concursal establece que la concursada conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del sindico, y que todo acto que exceda la administración "ordinaria" requiere de "autorización judicial" previa vista al sindico, para su efectivización e instrumentación. Se define a los actos de administración como aquellos que *tienden a mantener la integridad del patrimonio, incluso aumentarlo, por medio de una explotación normal*⁵. El principio general consagrado en la legislación concursal es que el patrimonio del deudor debe mantenerse inalterado desde el momento mismo de la presentación en concurso, todos los actos de administración están sujetos a la vigilancia del síndico desde el momento en que este acepta el cargo mediante el acta respectiva.

La ley realiza una enunciación ejemplificativa de los supuestos de actos sujetos a autorización judicial, tales como: los relacionados con bienes registrables; los de disposición o locación de fondos de comercio; los de emisión de debentures con garantía especial o flotante; los de emisión de obligaciones negociables con garantía

⁴ SCBA, 14/12/74, JA, Tomo 1972-15, pág. 564.

⁵ BORDA Guillermo, *Derecho civil, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot 7ma edición, pág. 92



especial o flotante; los de constitución de prenda y los que excedan de la administración ordinaria de su giro comercial.

La violación o infracción al régimen de administración del concursado trae aparejado ciertas sanciones, las que se encuentran previstas en el art. 17 LCQ. Por un lado encontramos las sanciones que recaen sobre el acto mismo (actos prohibidos, actos sin autorización) y por otro tenemos un abanico de sanciones que pesan sobre la persona del concursado.

La primera de ellas resulta la declaración de *ineficacia ipso iure* de aquellos actos, lo que produce esta declaración es la inoponibilidad de dicho acto frente a los acreedores concursales. Esta declaración puede realizarse en cualquier etapa del concurso y continúa en caso de quiebra indirecta, siendo ajeno a dicho planteo la buena o mala fe de los terceros involucrados en el acto. La ineficacia sólo puede demandarse por el síndico o por los acreedores concursales, la que tramitará sin sustanciación alguna, sin más que la demostración del acto en si, resultan la sentencia que así lo declare apelable.

Como se dijo anteriormente el concursado mantiene la administración de sus bienes bajo la vigilancia del síndico, sin embargo aquel puede ser separado de dichos bienes en caso de que cometa ciertos actos que la ley reputa peligrosos para la integridad patrimonial. De allí que se puede sostener que la separación de la administración o sus grados menores: coadministración, y veeduría judicial, tienden a proteger la garantía común de los acreedores.

Todo lo expresado sin perjuicio de entender procedente señalar, que estos aspectos deberán ser razonablemente valorados por la autoridad administrativa competente a los efectos de conciliarlo con el interés público comprometido y atento a la naturaleza de largo plazo de la relación contractual a establecerse, considerando que sería oportuno verificar el estado del proceso concursal y la viabilidad económico financiera de la empresa en cuestión, para garantizar el efectivo

cumplimiento del contrato (arts. 38, 39 y 45 de la Ley N°3.909) protegiendo debidamente el interés del estado (art. 177 de la C. provincial y 1 de la Ley N°728) así como que el contrato a adjudicarse no exceda la administración ordinaria de la entidad (ya que en caso contrario requeriría la autorización judicial –art. 16 última parte de la Ley N°19.551-).

6.2. Si es procedente la metodología utilizada por la Comisión de Preadjudicación a fs. 8711 último párr. punto A) y fs. 8793/7, al haberse corregido con posterioridad al acto de apertura un presupuesto oficial: esta Dirección comparte la opinión e interpretación vertida en el dictamen de fs. 8890/92 (Nro. 167/14), relativo a que la mecánica utilizada al efecto de valorar las ofertas presentadas (y en este marco, su conveniencia o inconveniencia) y que permite efectuar una valoración homogénea de las ofertas presentadas, no importaría, "pirma facie", modificación de los pliegos de condiciones, conforme se ha expresado en el informe citado.

7 . Para finalizar este acápite, cabe también destacar que esta Dirección de Asuntos Administrativos se ha expedido favorablemente sobre la posibilidad de solicitar "mejora de oferta" en casos análogos al presente cuando existe un solo oferente o una sola oferta admisible, a cuyo efecto se remite, en mérito al a brevedad, a lo dictaminado en el expediente N°868-D-12-77308- "Adquisición de Materiales Eléctricos en MTP derivaciones de Líneas eléctricas Monofilar Zona Este" (Dict. N°01874/13 de fecha 13/12/13).

III. – Por último, corresponde dejar expresa constancia de que el control efectuado por este órgano de control al emitir el dictamen está circunscripto a la "legitimidad" del procedimiento, sin que su pronunciamiento importe manifestación alguna sobre cuestiones técnicas (ajenas a su incumbencia⁶) 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 Nación⁷, valorando además

⁶ Este aspecto tiene especial relevancia en relación a la valoración efectuada por la Comisión de Evaluación de Propuestas y del Consejo de Obras Públicas.

⁷ 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



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido⁸.

IV. - En virtud de lo expuesto, en el marco de las normas constitucionales, legales y reglamentarias citadas en el cuerpo de este dictamen, y con las recomendaciones (punto II.6.1.) y limitaciones efectuadas en el mismo (punto III), esta Dirección de Asuntos Administrativos no formula objeciones a la continuidad del procedimiento de Licitación Pública.

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.
Dict. 0209/14.
Mendoza, 18/02/14.

Mendoza, 18/02/14.

Compartiendo el suscripto lo dictaminado por la Dirección de Asuntos Administrativos de esta Fiscalía de Estado, REMITANSE los presentes actuados a conocimiento y trámite del Sr. Ministro de Infraestructura, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.

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).

⁸ 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).