

Contratación Directa.



FISCALIA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Ref. Expte. N° 22-D-2017-01209- "Xuzhou Construction Machinery Group Co. Ltd "XCMG" PROPONE VENTA DE EQUIPOS Y MÁQUINAS".

**AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. FERNANDO SIMON**

S / D

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos, las presentes actuaciones en las cuales se solicita dictamen legal en relación al procedimiento a implementar para la compra directa (contratación directa) de maquinaria vial conforme se discrimina en el Anexo II (fs. 92), a la empresa **"Xuzhou Construction Machinery Group Co. Ltd**, perteneciente al Estado Chino (República Popular China) –según Nota de fs. 1-2 y documentación acompañada a fs. 4/12 (legalizada ante el Consulado Argentino en Shanghai)-, por una suma estimada a invertir de U\$S 15.518.759,40, con fundamento en las previsiones del art. 144 inc c) y r) de la Ley N°8.706.

I. - Se han adjuntado a estas actuaciones las siguientes constancias relevantes: a fs. 1, Nota del Representante de **Xuzhou Construction Machinery Group Co. Ltd (en adelante XCMG) ofreciendo la venta de las máquinas que se consignan en listado de fs. 2**, ofreciendo financiamiento en hasta sesenta meses, según características técnicas de los

equipos detalladas en Anexo 3 (fs. 33/44); a fs. 58/60, rola informe de la Dirección General de la Deuda Pública, emitido a petición de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes, en el cual se expresa sobre la posibilidad de financiar la operación mediante la emisión de Letras de Cambio avaladas por el Banco Nación (avalized bill of exchange), por la suma de U\$S15.518.759,40, considerando en el mismo que es jurídicamente factible en los términos de los arts. 60 inc. d) de la Ley N°8.706 y 42 inc. d) de la Ley N°8.930 (en tanto el financiamiento es aplicable al objeto y finalidad perseguido por la norma); a fs. 61/63 se agrega dictamen jurídico de la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Hacienda y Finanzas, a cuyo texto remito en mérito a la brevedad, considerando que es procedente la contratación en los términos del art. 144 inc. c) de la Ley N°8.706 y mod.; a fs. 65/67, se observa solicitud del Sr. Director General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes en la cual deja constancia de haber comprobado: 1) la autenticidad documental de los instrumentos acompañados a fs. 4/12 (reproducidos a fs. 23/31), 2) la representación que ejerce el sujeto extranjero XMCG (según traducción de Habilitación Comercial y Certificado Notarial) en cabeza del Sr. Wang Min (fs. 76/91 en copias certificadas)¹; 3) características de los bienes a adquirir, según informe de la Dirección Provincial de Vialidad de fs. 25/26 del expte. N°24-D-2017 - 01209 acumulado (en el cual se deja constancia de que el equipamiento propuesto satisface las necesidades de dicha repartición según sus características técnicas); 4) adjunta planilla comparativa de precios entre los ofertados por el proponente y los precios que resultan de adjudicaciones recientes en la Administración Provincial y Municipal para la adquisición de bienes similares (fs. 68); 5) nuevo modelo de contrato (fs. 69/74); y, finalmente, la recomendación de que la adquisición se funde en la previsiones de los incisos c) y r) del art. 144 de la Ley N°8.706; a fs. 92/98 se verifican agregados Listado de Bienes (Anexo II); Ficha Técnica (Anexo III, con remisión a fs. 33/45); Anexo IV con precio de Bienes (a fs. 94), Anexo V (con cronogramas de pagos a fs. 95), Modelo de Letra de Cambio (a fs. 96), Anexo VI con

¹ La documentación agregada a fs. 4/12, se encuentra debidamente certificada por el Consulado Argentino en Shanghai, con transcripción del art. 229 del Reglamento Consular (Decreto N°8741/63) el cual establece que los documentos extranjeros autenticados en la forma establecida en el presente reglamento hacen fe en territorio nacional, sin necesidad de su posterior legalización ante otra autoridad argentina. Ello está directamente relacionado con la no aplicación al caso concreto del Convenio de Apostilla de La Haya (toda vez que la República Popular China no es miembro contratante, salvo las regiones de Macao y Hong Kong).



Cronograma de Entregas y Servicios Conexos (a fs. 97) y Anexo VII con Cronograma de Servicios de Mantenimiento Programado (fs. 98); a fs. 100 emite dictamen la Asesoría de Gobierno (Nº131/2017, del 17/02/2017); en el cual adhiere a lo recomendado por la Asesoría Legal del Ministerio de Hacienda y Finanzas y considera que la contratación puede materializarse en el marco de la previsión de los incisos c) y r) del art. 144 de la Ley Nº8.706; y finalmente, se dispone a fs. 101 la remisión a esta Fiscalía de Estado.

II. - En este estado se toma intervención 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. - La presente operatoria, desde el punto de vista del financiamiento, encuadraría en el marco de las disposiciones que rigen el "crédito público", conforme previsiones de los arts. 41 y 99 inc. 20 de la Constitución Provincial, arts 59, 60, 61, 66 ss., cc. y correl. Ley Nº 8.706 y concretamente en la especie en los arts. 60 inc. d) de la Ley Nº8.706 y 42 inc. d) de la Ley Nº8.930 -autorización del crédito- (según surge expresamente del informe de la Dirección General de la Deuda Pública de fs. 58/60), por lo que deberán cumplimentarse en su oportunidad los recaudos de estilo para tales procedimientos (entre otros, art. 25 de la Ley Nº25.917 -adherida por Ley Provincial Nº7.314- y Decreto Reglamentario Nº1.731/04).

2. - En relación al procedimiento a implementar para la materialización de la adquisición, cabe recordar que el procedimiento regla de contratación del estado provincial (lato sensu) es el de "Licitación Pública", según surge del art. 37 de la C. Provincial, 139, 140, 142 y cctes. de la Ley Nº8.706 y normas aplicables del Decreto Nº1.000/15. En efecto, la disposición contenida en el Artículo 37º de la Constitución Provincial 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”.

3. - En este orden de ideas, conviene recordar que esta Dirección de Asuntos Administrativos ha afirmado en reiterados supuestos que: “...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...”²

4. - Sin perjuicio de lo expresado, la propia Constitución de la Provincia, en la última parte del texto del artículo referido, prevé la posibilidad de implementar legalmente procedimientos de excepción para supuestos especiales, en tanto reza: “salvo las excepciones que la ley determine en cuanto se refiere a la

² Dictámenes Nros. 136/14 y 220/14, entre otros. Se reseñan en los mismos también los instrumentos participativos y convencionales que afincan en este lineamiento, consignando que: “...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 países 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) 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 públicos ...



licitación...”, las que han sido fijadas por el legislador provincial en el art. 144 de la Ley N°8.706.

En términos generales, pero con el objeto de contribuir al objeto del presente dictamen (especialmente al encuadre jurídico que se realizará en el punto siguiente), es relevante consignar, que este tipo de contratación (cualquier sea la causal por la que proceda) es excepcional, debe estar expresamente contemplado, debida y suficientemente justificado, es de interpretación restrictiva y es facultativo.

Estos aspectos han sido desarrollados y tratados suficientemente tratados en dictamen antecedente emitido por esta Dirección de Asuntos Administrativos³, en tanto se ha expresado al respecto: *“...Ahora bien, en el marco de la normativa constitucional y legal vigente (art. 37 de la Constitución Provincial, 144 de la Ley N°8.706 y 144 del Decreto N°1.000/15) se prevén asimismo situaciones excepcionales que permiten a la autoridad administrativa proceder a implementar procedimientos denominados de “contratación directa”, contenidos en el art. 144 de la Ley N°8.706 y 144 del Decreto N°1.000/15 y cctes. (en lo relativo al régimen que resulta aplicable). De manera preliminar, adelantaré que “...las excepciones a la licitación pública se caracterizan por a) estar expresamente contempladas; b) ser de interpretación estricta y restrictiva, c) tener carácter facultativo; y d) obligar a la administración a justificar su procedencia...”⁴. Es decir que las contrataciones directas deben tener fundamento legal expreso y solo puede prescindirse de la Licitación Pública en los casos expresamente previstos en la ley; no pueden ampliarse por analogía, la autoridad administrativa siempre puede proceder a contratar por licitación pública y es necesario fundamentar suficientemente la existencia de la causal que se alega para abreviar en la misma. “La autoridad competente que decida contratar por alguno de los procedimientos de excepción, debe ponderar objetiva y fundadamente las razones que posibilitan encuadrar los casos determinados en el procedimiento elegido. Estas*

³ Dict. N°853/16.

⁴ DROMI, Roberto, “La Licitación Pública”, Cdad. Argentina, 2010, Bs. As., p. 136.

motivaciones constituyen, por lo tanto, los presupuestos o razones del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión de contratar por un procedimiento de excepción...⁵. La PTN ha entendido que al estar fundada 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...⁶...".

5. - Así las cosas, las presentes actuaciones tramitan con el objeto de proceder a contratar directamente en el marco de las previsiones de los incisos c) y r) en tanto prevén como supuestos para aplicar este mecanismo excepcional aquellas que se realizan "... c. Entre entidades oficiales o empresas del estado, sociedades o cualquier otro tipo de entidades públicas o privadas, con participación estatal mayoritaria, nacionales, provinciales o municipales o fideicomisos constituidos mayoritariamente con bienes o fondos del Estado Nacional, Provincial o Municipal o pertenecientes a Estados o Gobiernos extranjeros..." y "...r. Cuando se trate de importaciones directas efectuadas por el Estado Provincial, sus entes descentralizados, autárquicos, órganos extrapoderes y las Municipalidades, mediante contrataciones para adquirir bienes a proveedores radicados en países extranjeros, conforme la normativa de exención impositiva Nacional vigente que resulte aplicable para tales actos..." (Texto inc a según Ley 8944 art. 14, B.O. 28/12/2016)(Texto inciso r según Ley N° 8930 art. 57, B.O. 29/11/2016).

6. - Así las cosas, respecto del encuadre jurídico que justificaría la procedencia de la contratación directa intentada en el caso concreto, creo oportuno efectuar las siguientes consideraciones:

6.1. - la previsión del inciso c) del art. 144 de la Ley N°8.706 y mod. (contrataciones entre entidades oficiales o mixtas o pertenecientes a gobiernos extranjeros), conforme las actuaciones agregadas a este expediente (en especial las de fs. 4/12 y 76/99 y según fundamentación legal efectuada en el dictamen N°73/17 del Ministerio de Hacienda y Finanzas que rola agregado a fs.61/63 -al cual remito en mérito a la brevedad-), haría

⁵ DROMI, Roberto, "La Licitación...", ob. cit. p. 137/38.

⁶ PTN, Dictámenes; 77:265.



procedente la contratación directa en trámite, en tanto se cumplimenten estrictamente los recaudos citados en el punto precedente;

6.2. - en la norma del inciso r) del mismo art. 144 de la Ley N°8.706 y mod., la cual remite a esta posibilidad en caso de tratarse de importaciones directas efectuadas por el Estado Provincial (lato sensu), conforme la normativa de exención impositiva Nacional vigente que resulte aplicable para tales actos, como norma también fundante, merece, "prima facie", algunos reparos. Esta previsión, de reciente inclusión legislativa a través del art 57 de la Ley de Presupuesto para el año 2.017, N°8.930⁷, además de la deficiente técnica legislativa (que deviene de incluir normas ajenas a la materia presupuestaria modificando regímenes permanentes y de enorme trascendencia como la Ley de Administración Financiera), no resulta, en su redacción, del todo clara (ya que no puede entenderse que la simple conveniencia autoriza a adquirir en el extranjero bienes por contratación directa, ya que ello podría afectar los principios que, sobre licitación pública y contratación directa que se han reseñado brevemente en los puntos antecedentes, y que podrían involucrar cuestiones de constitucionalidad según la utilización que se haga de la misma⁸), ni permite, prima facie, diferenciarlo sustancialmente la misma de la causal contenida en el inciso f) del mismo artículo⁹, por lo que entiendo que su procedencia será excepcionalísima, en cada caso particular, y estará subordinada a que se demuestre acabadamente la necesidad y conveniencia de la compra propuesta a realizar en el extranjero y con oferente predeterminado (incluso mediante la incorporación de comparaciones de precios con otras empresas del extranjero y otras marcas de maquinaria que cumplan con los recaudos técnicos predispuestos) y la inclusión de informes detallados que precisen la mencionada conveniencia, aun con la carga impositiva (según previsión de la norma en cuestión -la que según informe de

⁷ Texto inciso r según Ley N° 8930 art. 57, B.O. 29/11/2016

⁸ Aspectos relativos a problemática análoga -procedimiento de contratación directa que por su uso puede colisionar con la previsión constitucional del art. 37 de la Carta Magna Provincial -aunque la casuística prevista era diferente- se trataron expresa y extensamente en el dictamen N°01670/13 al cual remito.

⁹ Inciso f) de la Ley N°8.706: "...f. Las compras y locaciones que sea menester efectuar en países extranjeros, siempre que no sea posible realizar en ellos la licitación..."

la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes del Estado de fs. 65/67 "podría estar exento del tributo respectivo..."¹⁰-) y costos de transportes hasta lugar del destino final, lo que justificará, eventualmente, la procedencia de la misma y la debida protección de los intereses patrimoniales del estado (art. 177 de la C. Provincial).

7. En concordancia con lo expresado con la Asesoría de Gobierno en su dictamen de fs. 100 (Dict. N°131/17), en cuanto a la imposibilidad de prorrogar la jurisdicción, en virtud de la prohibición del art. 4 del C.P.C. y de no ser el presente uno de los supuestos contemplados en la Ley N°7.117¹¹, advirtiendo que ya se ha materializado la correspondiente modificación en el proyecto de contrato de fs. 69/75 (cláusula décimo tercera).

8. - PREVIO a concluir las presentes actuaciones, debería:

8.1. - incorporarse el correspondiente volante de imputación preventiva del gasto debidamente intervenido por la Contaduría General de la Provincia (arts. (arts. 80 y 92 inc. a) de la Ley N°8.706 y 81 del Decreto N°1.000/15 y 2 del Decreto Acuerdo N°665/75).

8.2. - tomar debida intervención la Agencia de Financiamiento en el marco de lo previsto en los arts. del Decreto N°2.604/15 (art. 2).

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 incumbencia) 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 Nación¹², valorando además

¹⁰ Segundo párrafo de fs. 67.

¹¹ Prevé la Ley N°7.117, en su art. 1º: "Agrégase al Art. 4º del Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza el siguiente texto: «La competencia de los Tribunales Provinciales es improrrogable en los contratos con garantías hipotecarias y/o prendarias, y en todos los casos contemplados en la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y/o las que la reemplacen, afines y/o cualesquiera otras cuyo objeto sean la protección de la igualdad de las partes y/o complementarias; siempre que se celebren en el ámbito de la Provincia, o el bien gravado se encuentre radicado en Mendoza, o el objeto del contrato se deba cumplimentar dentro del territorio provincial».

¹² Ha dicho en relación al objeto de los Dictámenes, la Procuración del Tesoro de la Nación que: "... no entra a considerar los aspectos técnicos de las problemáticas planteadas, por ser ello ajeno a su competencia. Su función asesora se encuentra restringida al análisis de las cuestiones de derecho y su aplicación al caso concreto, quedando libradas las apreciaciones sobre cuestiones técnicas a la autoridad administrativa con competencia en la materia (PTN, Dictámenes; 259:233; 245:359, 381)"; "El asesoramiento de la PTN se limita al estudio de las cuestiones estrictamente jurídicas, no trata aspectos técnicos, ni se refiere a las razones de oportunidad política por ser ajenos a la competencia que tiene asignada (PTN, Dictámenes, 259:233; 204:47, 159; 207: 578)". Ha agregado en este sentido que "El dictamen legal de la PTN no se pronuncia sobre aspectos técnicos, financieros o económicos, ni sobre la equidad o inequidad de las fórmulas contractuales o respecto de oportunidad, mérito o conveniencia, por ser ajenos a su competencia funcional... (PTN, Dictámenes, 251:781; 253:5)". Incluso el Poder Judicial se ve en principio sustraído de



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 aludido¹³.

Atentamente.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.
Mendoza, 02/03/17.
Dic. 0195/17.

Mendoza, 02/03/17.

Compartiendo el suscripto el dictamen N°0195/17 que antecede, emitido por la Dirección de Asuntos Administrativos, REMITANSE lo presentes actuados a conocimiento y trámite del Sr. MINISTRO DE TRABAJO, GOBIERNO Y JUSTICIA, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.

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).

¹³ 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).