



FISCALÍA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

**Ref.: EX-2018-03454659- GDEMZA-  
FISCESTADO.**

**AL SEÑOR  
FISCAL DE ESTADO  
PROVINCIA DE MENDOZA  
DR. FERNANDO SIMON  
S / D**

Las actuaciones de referencia han sido remitidas a esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado para su intervención y dictamen en relación a la nota presentada por el Presidente del Honorable Concejo Deliberante de Rivadavia.

En la misma indica que, mediante expediente originado en la Municipalidad de Rivadavia con N°15444/9-D, fechado el 28/09/18, el Intendente Municipal remite un proyecto de ordenanza titulado "Creación de CREA, Servicios Tecnológicos S.A.P.E.M" (adjunta copia del mismo).

En el mencionado expediente se solicita al H.C.D. la autorización para la creación de una empresa de servicios tecnológicos proveedora de internet a través de fibra óptica, para lo cual el Intendente



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

propone a su vez la conformación de una persona jurídica independiente tanto de la Municipalidad de Rivadavia como de la Cooperativa Eléctrica y Anexos Popular de Rivadavia Ltda. (en adelante la Cooperativa Eléctrica), con la participación de ambas entidades (bajo la forma de una Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria -SAPEM).

**I.-LA CONSULTA EFECTUADA:** requiere el Municipio que se emita dictamen en relación a si las entidades mencionadas en el párrafo precedente pueden conformar la nueva empresa propuesta, siendo que las entidades que resultarían fundadoras, mantienen un juicio entre ellas (Expte. N° 32.097 originario del Tercer Juzgado Civil de la 3° Circ.) que aún no se resuelve.

Señala que dichas actuaciones judiciales se conformaron por una deuda que mantiene la Cooperativa Eléctrica con la Municipalidad de Rivadavia por cobro de una tasa municipal en la factura de luz que no fue depositada en tiempo y forma en las arcas municipales, que el monto de dicho juicio es muy importante para ambas instituciones y hasta la fecha no se ha fijado.

Adjunta dos anexos que constituyen el cuerpo del proyecto de ordenanza remitido por el Departamento Ejecutivo.

**II.-CUESTIÓN PREVIA. INTERVENCIÓN DE ESTA FISCALÍA DE ESTADO:** en este estado toma intervención 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) - art. 177 de la Constitución Provincial, Ley N° 728 y normas complementarias-, estimando oportuno realizar las siguientes consideraciones:

1. Cabe poner de resalto que por el art. 1° de la Ley N° 728 esta Fiscalía de Estado interviene "...En todo asunto administrativo en que aparezca interesado el patrimonio del Estado o afectados los intereses del Fisco, (...), cuando estos se encuentren en estado de resolución definitiva", entendiéndose



FISCALÍA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

que esto involucra que se resuelva sobre el fondo de la cuestión planteada y que cause estado, y teniendo presente que, sin perjuicio de la celeridad, economía y eficacia del trámite por las que debe velar la autoridad administrativa (artículo 113° de la Ley N° 9.003), toda actuación debe contener los requisitos materiales y formales de la Ley N° 9.003 y mod., involucrando todos los antecedentes, informes necesarios<sup>1</sup> y dictámenes fundados<sup>2</sup> relativos al caso, que se hubieran producido tanto en la repartición de origen como en los demás órganos intervinientes (arts. 1°, 2°, 4° y 6° Decreto N°665/75).

2. Así las cosas, es dable destacar que debió incorporarse dictamen jurídico de la repartición de origen debidamente fundado y dando expreso tratamiento a las cuestiones fácticas planteadas con la respectiva subsunción a la normativa jurídica aplicable consignada en forma precisa, con la declaración del responsable de la Entidad de compartir o no la opinión técnica contenida en el dictamen (art. 6 del Decreto Acuerdo N° 3152/88), siendo improcedentes la mera utilización de fórmulas genéricas tales como "Sin observaciones legales" o "Sin objeciones jurídicas", u otras equivalentes sin el debido fundamento (Decreto Acuerdo N° 665/75, arts. 1, 2 y 6 y Decreto N° 1784/96, art. 6°)<sup>3</sup>, todo ello conforme art. 1 del Decreto N°1428/18.

<sup>1</sup> Ley N°9003. Art. 35: Antes de dictarse el acto administrativo deben cumplirse todos los trámites sustanciales previstos expresa o implícitamente por el orden normativo. Sin perjuicio de lo que otras normas establezcan al respecto, considéranse trámites sustanciales: a) el debido proceso o garantía de la defensa. b) el dictamen o informe obligatorio en virtud de norma expresa. c) el informe contable, cuando el acto implique la disposición de fondos públicos.

<sup>2</sup> Dec. N° 1.784/96, Art. 6°: Dictamen Fundado: Los jefes o responsables de las asesorías letradas deberán supervisar los dictámenes e informes, atendiendo a que estén debidamente motivados. A tal efecto, queda prohibido el sólo uso de fórmulas tales como "Sin observaciones legales" o "Sin objeciones jurídicas", u otras equivalentes sin el debido fundamento.

<sup>3</sup> Dec. 665/75 Artículo 2° - Tanto los trámites iniciados de oficio por cualquier servicio de la administración centralizada o descentralizada, como los que se originen a petición de una persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo, además de reunir los requisitos materiales y formales a que se refiere la Ley N° 3909, deberá complementarse, dentro del órgano o área administrativa de origen con los informes o dictámenes que correspondan a la naturaleza de las cuestiones directa o indirectamente relacionadas con dicha actuación. Dichos informes o dictámenes deberán contener, en términos precisos y concretos, la opinión de los funcionarios responsables que los suscriban, en lo referente a cada uno de los aspectos propios de su competencia y autoridad, con expresa mención de las disposiciones de aplicación, indicando la procedencia y/o legalidad de la conclusión.



FISCALÍA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

### III.-LA CUESTIÓN TRAÍDA A CONSULTA.

#### **POSIBILIDAD DE CONFORMAR SOCIEDAD (SAPEM) CON ENTIDAD EN**

**LITIGIO CON EL MUNICIPIO:** sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, existiendo causa concreta y en atención a la relevancia de la misma, cabe destacar que la supuesta imposibilidad de contratar con la Administración (en cuanto estaría impedida de vincularse cuando las sociedades o sus accionistas mantengan juicios pendientes con el estado provincial o nacional), no resulta, "prima facie", atendible, en virtud de la inexistencia de norma general que imponga tal impedimento<sup>4</sup> y del principio de "tutela administrativa efectiva", sentado por la Corte Federal en el caso "Astorga Bracht Sergio y otros c/Comité Federal de Radiodifusión s/ amparo" (CSJN, Fallos: 327:4185<sup>5</sup>), que incluso podría tornar en inconstitucionales, previsiones legales o reglamentarias que impusieran limitaciones en tal sentido<sup>6</sup>.

Va de suyo que ello no excluye el impréscindibile análisis de razonabilidad y motivación que debe preceder al accionar de las

<sup>4</sup>Art. 135 del Decreto N° 1000/15 (CAPÍTULO II REGISTRO ÚNICO DE PROVEEDORES)

<sup>5</sup> Ver en este sentido, el reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Astorga Bracht, Sergio y otros c/Comfer", fallada el 14/10/2004. Es un amparo promovido para obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 3 resolución Comfer 16/1999, la Corte confirma, rechazando el recurso extraordinario articulado por el Comfer, la sentencia de la sala 2ª de la C. Nac. Cont. Adm. Fed., confirmatoria, a su vez, de la de primera instancia. Ambas sentencias de grado habían hecho lugar al amparo. Mediante la resolución impugnada el interventor del Comfer había aprobado el pliego de bases y condiciones generales y particulares que regirían los llamados a concurso público para la adjudicación de estaciones de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia. El cuestionamiento constitucional, del inc. a del referido art. 3, estuvo dado porque, en él, se exigía a los interesados en participar en el concurso el desistimiento de cualquier recurso administrativo o judicial que hubieren interpuesto contra las disposiciones legales o reglamentarias que regulaban el servicio de radiodifusión; o contra cualquier acto administrativo emitido por el Comfer o la Comisión Nacional de Comunicaciones. En los consid. 6 y 7 la Corte declara que dicha exigencia es violatoria del art. 18 CN. Y de los tratados de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto los mismos resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectivas (cita los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (LA 1994-B-1607); 8 y 10 Declaración Universal de Derechos Humanos (LA 1994-B-1611); 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (LA 1994-B-1639); 2inc. 3, aps. a y b; y 14 inc. 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre los cuales volveremos después). Restringir de esta forma la posibilidad de impugnar administrativamente actos de las autoridades públicas, para la Corte, resulta incompatible con esta garantía de tutela efectiva; de la que se destacan sus dos facetas, ámbitos, o dimensiones de vigencia, en tanto supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia, o ante las autoridades administrativas competentes, y obtener de ellos una decisión útil relativa a los derechos invocados, sin que los interesados puedan verse privados arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de sus derechos, salvo por medio de un proceso, o de un procedimiento, conducido en legal forma y que concluya con una resolución fundada. Puede consultarse al respecto el excelente trabajo del Dr. Javier Urrutigoity, titulado "El principio de tutela administrativa efectiva" en Lexis N° 0003/012321 ó 0003/012347.

<sup>6</sup>Ver en este sentido punto 3.2.14, b) del Dictamen N° 0407/18 de esta Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado. El texto completo puede consultarse en [www.fiscalia.mendoza.gov.ar](http://www.fiscalia.mendoza.gov.ar).



FISCALÍA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

autoridades municipales tanto en la órbita de las decisiones administrativas<sup>7</sup> (arts. 39 y 45 de la Ley N°9003) como al ejercer las facultades legislativas por parte del Honorable Concejo Deliberante<sup>8</sup>, respecto de conformar sociedades y/o contratar con personas con las cuales existen situaciones litigiosas pendientes<sup>9</sup>.

**IV.-EL PROYECTO DE ORDENANZA:** si bien no es objeto de la consulta, atento que se ha remitido el Proyecto de Ordenanza que se sancionaría, entiendo procedente efectuar algunas consideraciones en torno al mismo.

**IV.1.** -En este marco, respecto a lo dispuesto por el art. 3 del Proyecto de Ordenanza (el cual indica que a la Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria no se le aplicará la Ley N° 8706), cabe destacar que tanto la Municipalidad (art. 77 ap. 8 y 191 de la Ley N°8706) como las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria que esta eventualmente genere (art. 4. inc. b) ap. 2) -Sociedades Anónimas con participación Estatal Mayoritaria<sup>10</sup>- y 77 inc. 7 de la Ley N°8706), forman parte del Sector Público Provincial con los alcances de los arts. 6<sup>11</sup> y 191<sup>12</sup> de la Ley N°8706, estando además alcanzadas por la conceptualización asignada por el art. 5 incs. a) y b)

<sup>7</sup>La discrecionalidad en la elección de un adjudicatario tiene un límite flexible, que es la racionalidad, y ésta debe medirse con parámetros exigibles al hombre común...". (Expte.: 50261 - Francisco Gabrielli S.A.C.A.I. - Municipalidad de la Ciudad de Mendoza Acción Procesal Administrativa Fecha: 15/11/1994 - SENTENCIATribunal: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Magistrados: NANCLARES - AGUILAR - SALVINI.

<sup>8</sup>P.T.N., Dictámenes; 114:124; 119:184.

<sup>9</sup>Teniendo las Ordenanzas Municipales naturaleza legislativa (conf. CSJN, en "Promenade S.A. c. Municipalidad de San Isidro", 24/08/1989, haciendo suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal, de fecha 31/05/89), debería igualmente verificarse la razonabilidad de la norma a emitirse (arts. 14 y 28 de la C.N.).

<sup>10</sup>No puede dejar de señalarse que en el presente supuesto, de las afirmaciones efectuadas por el Municipio podría incluso configurarse un delito penal (retención indebida -art. 173 incs. 2 y 7 del C. P.-).

<sup>11</sup>**Art. 4°:**El Sector Público Provincial comprende:...b. Empresas, Sociedades y Otros Entes Públicos...2. Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria. 3. Sociedades Anónimas del Estado... (Texto inciso IV según Ley N° 9033 art. 50, B.O. 28/12/2017), (Texto según Ley N° 8928 art. 29, B.O. 23/11/2016), (Texto punto b.8 según Ley N° 8930 art. 52, B.O. 29/11/2016) (Texto anterior ver Ley 8911 art. 48, B.O. 7/10/2016), (Texto anterior ver Ley N° 8743 art. 1°, B.O. 03/11/2014).

<sup>12</sup>**Art. 6°:**Los Empresas, Sociedades y Otros Entes Públicos deberán adecuar sus disposiciones con arreglo a esta Ley, en tanto no infrinjan disposiciones de la Constitución Nacional, Constitución Provincial o Leyes Nacionales, quedando bajo aplicación de las normas de la presente en lo que específicamente a ella se refiere y en forma supletoria, salvo que el tesoro deba prestar asistencia financiera, en cuyo caso queda facultado el Poder Ejecutivo a adoptar controles adicionales.

<sup>13</sup>**Art. 191:**La presente Ley es de aplicación en lo que corresponde a la Administración Provincial y a todos los Municipios de la Provincia de Mendoza. Respecto a las Empresas, Sociedades y Otros Entes Públicos será de aplicación obligatoria en los artículos que así lo dispongan...".



FISCALÍA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

del mismo instrumento legal (en tanto estas entidades conforman el sector descentralizado de aquél).

Este aspecto y los alcances de la aplicación normativa de las disposiciones de la Ley N° 8706 a las Sociedades que pertenecen al Sector Público Provincial, ha sido suficientemente tratado en el dictamen N° 969/18 de esta Dirección de Asuntos Administrativos, al cual se remite en mérito a la brevedad, sin perjuicio de reseñar los aspectos conclusivos que son inherentes al objeto de la presente, en tanto se afirmó en el mismo (aunque referido a una SAUPE de la Provincia de Mendoza, que deberá tenerse presente para la correcta subsunción normativa) que: *"...En este marco, del juego armónico de los arts. precedentemente citados, y de las previsiones incorporadas en los arts. 6, 191 y 196 bis (ya transcriptos), en relación al tema que ocupa este acápite, puedo concluir precisando que:*

1. *la STM forma parte del Sector Público Provincial (arts. 4 inc. b) ap. 3) y 5 incs. a) y c) de la Ley N° 8706);*
2. *en consecuencia, le serán aplicables principios y normas que rigen el ordenamiento público provincial, que sean compatibles con su naturaleza jurídica y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley N°19550 (mod. por Ley N° 26.944, Anexo II) u otras normas nacionales que correspondan;*
3. *vinculado a lo expresado en el punto anterior, es dable destacar que la Ley N°8706, contiene normas:*
  - 3.1. *de aplicación obligatoria a la STM (según el art. 191 segunda parte; vg. entre otros, art. 41, 100, 144 inc. a) y art. 6 primera parte de la Ley N°8706- obligación de dictar normas de adecuación de su estructura- -y ello en tanto con ello no se infrinjan normas de carácter constitucional nacional o provincial o leyes nacionales-); y*
  - 3.2. *de aplicación supletoria (según lo dispuesto en los arts. 6 segunda parte, 191 y 196 de la Ley N°8706 -y en tanto con ello*



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

*no se infrinjan normas de carácter constitucional nacional o provincial o leyes nacionales-)...”*

**IV.2.** Asimismo, respecto de la misma previsión del Proyecto de Ordenanza, en lo referido a la pretendida inaplicación de las normas procedimentales de la Ley N°9003 y principios de Derecho Administrativo, cabe también resaltar que en el dictamen aludido se ha dado expreso tratamiento a este tema (con especial referencia a los procedimientos de contratación a desarrollar por estas entidades), concluyendo que: *“...deberá siempre sujetarse a los principios que rigen la contratación pública de fuente constitucional y legal -que deriva del art. 37 de la C. Provincial, art. 112 de la Ley N°9.003 y art. 134 de la Ley N°8.706 que reglamentan aquel -ya que perteneciendo la entidad citada al Sector Público Provincial -conforme se ha fundamentado suficientemente ut. supra-, involucra cuestiones de jerarquía normativa -art. 31 y 75 inc. 22 de la C. Nacional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y art. 48 de la C. Provincial- que ni siquiera el legislador puede soslayar válidamente al establecer el diseño de las mismas, ya que - sin perjuicio del importante margen de apreciación al momento de establecer la forma jurídica de esas organizaciones estatales y el régimen jurídico aplicable a las mismas, pero sin poder desconocer en definitiva el anclaje material de las mismas (sustancial identidad de naturaleza jurídica a la que responden) - éste encuentra un límite concreto en normas constitucionales y convencionales que rigen la materia (en especial de lucha contra la corrupción).*

*Esta postura ha sido sostenida por el Honorable Tribunal de Cuentas en el fallo N°16.963, de fecha 15/03/18<sup>13</sup>, y es avalada asimismo por relevante y profusa doctrina al tratar la “huída del derecho administrativo...”.*

<sup>13</sup>Respecto a este punto, vale la pena destacar lo resuelto recientemente por el HTC en el FALLO N° 16.963, de fecha 15/03/18, referido a la rendición de cuentas del Colegio Notarial de Mendoza, donde se observó un proceso de contratación por parte del Colegio sin tener en cuenta los procedimientos de contratación de la Ley N° 8.706, en el cual el Tribunal sostiene: *“...Es de destacar que el Colegio Notarial...son personas públicas no estatales...Por esto una vez, dilucidado el carácter de “no estatal” del Colegio Notarial, es necesario dilucidar si este, en el marco del convenio referido, debe “contratar” en los términos de la ley 8706 o si por el contrario, no debe regirse por esta normativa, en el uso de los fondos asignados para la adquisición de bienes y/o servicios...la referida rendición debe efectuarse en los términos del acuerdo N° 2988, cumpliendo a grandes rasgos los requisitos para la presentación de la cuenta...”.*Luego señala: *“...Pero*



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

**IV.3.** –Análoga situación se presenta con la norma de exclusión de las previsiones de la Ley N°9003, las que conforme ámbito de aplicación precisado en el art. 1 y la previsión del texto del art. 190 de ese instrumento legal, podrá ser adaptado y/o adherido por los Municipios (en el ámbito de la autonomía que poseen) pero *"...procurando su mayor convergencia a los principios y disposiciones de derecho adjetivo de esta ley..."*, lo que marca sin dudas la necesidad de adecuación de la normativa referida a los principios generales que establece la ley en análisis (la mayoría de los cuales incluso, poseen sustento constitucional e incluso convencional<sup>14</sup> por lo que no podrán ser postergados por decisión legislativa).

*esto no implica que debe adecuarse a la normativa específica, ley 8706 y cctes., para la compra y adquisición de bienes, servicios y suministros, ya que la propia ley 8706 en su art.1, establece que la referida ley es de aplicación al Sector Público Provincial, especificando el art.4 y 5, que órganos y/o entes, están incluidos en la referida nominación...Lo expuesto, no importa aceptar discrecionalidades en el manejo de los fondos públicos, que han sido puestos a la administración del Colegio Notarial...". Finalmente sostiene que: "...El Tribunal, fundamentándose en el principio del artículo 37 de la Constitución Provincial que dispone como norma general que " Toda enajenación de bienes del fisco, compras y demás contratos susceptibles de licitación, se harán precisamente en esa forma y de un modo público..." y, teniendo en cuenta el carácter de fondos públicos que se manejan, instruye a los responsables del Colegio Notarial a fin de que implementen un procedimiento de contratación inherente al uso de fondos percibidos en el marco de la Ley N° 6279, tendiente a cumplir con los principios generales de contratación que dispone la Ley N° 8706 en el artículo 134, a saber: " Los principios generales a los que deberán ajustarse los procedimientos de contrataciones de la Administración Provincial serán: a. Legalidad, debiéndose mantener el imperio de la juridicidad y sometiendo el proceso al orden normativo vigente. b. Concurrencia de interesados, promoción de la competencia y oposición entre oferentes, dando oportunidad de subsanar deficiencias no sustanciales, siempre que no se alteren los principios de igualdad y transparencia; c. Transparencia en los procedimientos d. Publicidad y difusión del procedimiento de contratación de todos los actos que componen el proceso licitatorio, permitiendo el permanente acceso de los interesados a la información a través de los medios de publicidad, ya sean estos electrónicos o no. e. Igualdad de tratamiento para los oferentes..."*

<sup>14</sup> La CIDH ha desarrollado una amplia jurisprudencia en torno a los principios administrativos troncales que deben adornar el procedimiento de esa naturaleza, los que o podrán ser omitidos por decisiones legislativas; vg: Principio Pro Homine (Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 35/07- Jorge José y Dante Peirano Basso", República Oriental del Uruguay, 1 de mayo de 2017); principio de juridicidad y límites a la discrecionalidad administrativa (CIDH; Fallos "Baena R. y otros c. Panamá"; "Cinco Pensionistas v. Perú"; "Caso de las niñas Yean y Bosico v. República Dominicana" e Informe de la Comisión Interamericana "Perales Martínez Eduardo v. República de Chile" -Informe N°57/05, Petición N°12.143); principio de debido proceso adjetivo (CIDH: «Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. (19/9/06); Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú» (31/01/01); "Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá" (02/02/01), Caso "López Mendoza vs. Venezuela" (01/09/11); Caso "Tribunal Constitucional vs. Perú" (2001), entre otros); principio de celeridad, economía y sencillez (CIDH: caso "Torres Millacura y otros vs. Argentina" (26/08/2011); principio de instrucción de oficio (Caso "Bueno Alves vs. Argentina" (11/05/07) y «Albán Cornejo y otros vs. Ecuador» (22/11/07) –este último con citas de ( Cfr. párr. 63, con cita del caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", párr. 177; caso del Penal "Miguel Castro Castro vs. Perú", párr. 255; caso "Zambrano Vélez y otros", párr. 120; caso "Cantoral Huamani y García Santa Cruz", párr. 131); principio de plazo razonable ((art. 8.1. CIDH: Fallos "Genie Lacayo vs. Nicaragua" (29/01/97) y "López Álvarez vs. Honduras" (01/02/06) -CSJN: Fallos "Lociser" y "Acerbo"-; acceso a la información pública y publicidad de las actuaciones (CIDH: "Claude Reyes, Marcel c. Chile" (2006) -doct. ratificada en "Gomez Lund (guerrilla do Araguaia) c. Brasil-2010-; CSJN: "Asoc. de Derechos Civiles c. EN Pami" (2012) y "CIPPEC c. Min. Desarrollo Social s. Decreto N 1172/03" (2014) –entre los más destacables. .





FISCALÍA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

---

Refuerza esta posición lo expresado en la parte pertinente del mensaje de elevación de la ley, en tanto respecto de este tema se lee: *"...Es incuestionable entonces que la legislación de la Provincia, en esta materia, es aplicable también al procedimiento administrativo municipal, como también al que despliegan esos otros órganos o entes provinciales, que gozan de autonomía administrativa de rango constitucional, tal como se observa en otros ramos de derecho público local (obras, empleo y demás contrataciones públicas, contabilidad y control financieros, leyes generales de responsabilidad del Estado y funcionarios, del ambiente, etc.)."*

*De allí que válidamente haya podido el legislador brindar a sus municipios la opción de adaptación o adhesión a las normas adjetivas, de la forma que mejor lo juzgue cada municipio en su reconocido ámbito de autonomía local, dadas sus particularidades organizativas y funcionales. Dejando aclarada la directiva de procurar la mayor y mejor convergencia de los procedimientos municipales al común y general de la Provincia, sin perjuicio, como lo prevé el artículo anterior, de la aplicación directa a todos los procedimientos de los principios generales y normas de fondo de la presente ley.*

*Esperamos que esta vez se cumpla el propósito legal de los Artículos 189 y 190, en orden a lograr la tan necesaria unidad -no absoluta uniformidad- del procedimiento administrativo común, en la medida en que ello es posible. Unidad que se exhibe como imprescindible para afianzar la seguridad, tanto del ejercicio de la función administrativa como de los derechos e intereses legítimos de los administrados..."*

**IV.4.** -Para finalizar este acápite, debemos también recordar que en el mismo dictamen precedentemente reseñado, se dejó puntualmente aclarado que este tipo de sociedades pertenecientes al Sector Público Provincial (en este caso una SAPEM; en aquel una SAUPE), se encuentran asimismo sometidas al control del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia (y sin que con ello se obste el control de otros entes fiscalizadores propios de estas entidades), considerando oportuno destacar que, sin



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

perjuicio de reiterar la remisión al dictamen reseñado ut. supra, se concluyó afirmando que: *"... su sujeción al control del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia es incuestionable, en virtud de lo previsto en los arts. 182 de la Constitución Provincial, 20 de la Ley N°1003 y 107 de la Ley N°8706<sup>15</sup>, discusión además superada en virtud de la emisión por parte de aquel órgano de control extrapoder de la Acordada N°6431 (04/07/18), sin que con ello se verifique colisión alguna con normativa de índole nacional o pueda considerarse enervada la actuación de los órganos societarios establecidos a tal fin en la normativa nacional que regula las sociedades anónimas (Ley N°19.550 mod. por Anexo II del CCCN -Ley N°26.994-).*

*En efecto, contrariamente a lo manifestado en el dictamen de la STM respecto a la ausencia de control ante el HTC<sup>16</sup>, vale la pena destacar lo dispuesto por ese órgano de control en la referida Acordada, por medio del cual sostiene: "...Que de la interpretación armónica de los artículos: 182 de la Constitución Provincial, 107 de la Ley N° 8.706 y 20 de la Ley N° 1.003, surge que todas aquellas personas humanas o jurídicas que reciban subsidios o subvenciones del Estado, están sujetas a rendir cuenta de los caudales públicos que manejen ante el Tribunal de Cuentas..."*

*Luego recuerda lo dispuesto por los arts. 4°, 37 y 196 bis de Ley N° 8.706 y, finalmente, resuelve que "...Las personas humanas o jurídicas de naturaleza privada, cualquiera sea su denominación (empresas y sociedades con capital total o mayoritario del Estado, cooperativas, asociaciones, fundaciones, cooperadoras, gremios u otras) que reciban del Estado subsidios, subvenciones o aportes estatales de cualquier índole, deberán rendir cuentas ante el Tribunal de Cuentas en la forma que*

<sup>15</sup>**Art. 107:** Toda repartición, organismo o persona que por ley, decreto o resolución del Poder Ejecutivo fuere encargada de percibir o administrar caudales públicos está obligada a rendir cuenta justificada de su inversión, de acuerdo con las prescripciones de esta Ley. Para el caso del Poder Legislativo, las rendiciones de cuentas a los efectos de esta ley se harán de acuerdo a las resoluciones de sus respectivos cuerpos.

<sup>16</sup>Dice el dictamen *"...No caben dudas, más allá de la ley de creación específica de la STM y sus estatutos a los que me referiré ut-infra, que se encuentra regida y regulada por todas las disposiciones de la Ley General de Sociedades generales (LGS, artículos 163 a 307), y fiscalizada de manera externa por la Dirección de Personas Jurídicas (RESOLUCION D.P.J. 2.400/15, Pcia. de Mendoza) quien resulta en órgano Fiscalización Estatal Permanente a la luz del art. 299 de la Ley 19.550, con ello se descarta cualquier tipo de control y/o fiscalización del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Mendoza, esto es la STM no se encuentra obligada a rendir cuentas ni a ser controlada..."*



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

*éste establezca...". Y que "...Los entes públicos titulares de participación en empresas y sociedades no incluidas en el artículo anterior, deberán rendir cuentas de dichas tenencias, conforme a la reglamentación que establezca el Tribunal de Cuentas al efecto..."*

**V.- ASPECTO CONEXO. EXCUSACIÓN Y RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES:** por último, si bien tampoco ha sido objeto de la consulta efectuada, no puede evitarse mencionar un tema que podrá tener relevancia al momento de conformar (en su caso) la respectiva SAPEM y en su funcionamiento y operación, cual es el relativo a la necesidad de ajustarse al **régimen de excusación y de incompatibilidades** que pueda resultar aplicable en cada caso concreto.

En efecto, toda vez que la sociedad se conformaría entre la Municipalidad de Rivadavia y una Cooperativa (Cooperativa Eléctrica y Anexos Popular Rivadavia LTDA) **deberá estarse especialmente** a las causales de excusación y de incompatibilidad de sus miembros previstas en la legislación vigente (art. 116 de la Ley N°9003; Título II de la Ley N° 8993, Leyes N°1079 y 5892 y demás normativa que pudiera resultar aplicable al caso concreto de que se trate)<sup>17</sup>.

**VI.- ALCANCE DEL PRESENTE DICTAMEN:** por último corresponde dejar expresa constancia de que el control efectuado por este órgano al emitir el dictamen está circunscripto a la "legitimidad" del

<sup>17</sup>Cabe destacar que los regímenes de incompatibilidades tienen, en nuestra provincia, su fuente constitucional en el art. 13 de la Constitución Provincial, en cuanto expresa: "Nadie podrá acumular dos o más empleos o funciones públicas rentados, aún cuando el uno fuera provincial y el otro nacional. En cuanto a los gratuitos, profesionales o técnicos, los de profesorado y comisiones eventuales, la ley determinará los que sean incompatibles". En ese marco se han dispuesto a través de diferentes normas legales, un disperso y complejo sistema de incompatibilidades y/o inhabilidades (siguiendo el criterio de Manuel María Díez), a saber: Decreto ley N°560/73-art. 14; ley 2949 art. 8, Ley 2960, art. 28, Decreto Ley N°3282/75, arts. 1 a 13, ley N° 3457, art.1, Ley N° 3489, art.10°Ley N°3710, art.7°, Ley N°3794 arts.52, 53, 54, 55, 56, 57, 68, 69; Ley 3848, art.8 Ley 3877 art.10; Ley 4159, art.1a 8; Ley 4872, 4873, 4874, 4875, 4876, Ley 5126 art. 60, Ley 5411, 5458, 5511, 5558, 5611, 5618; Ley 24.241 arts. 13 inc. c) 3; 34 inc 4 y 6; Ley 6109, arts. 45 y 46; Ley 6237, art. 31; Ley 6454, 35 inc. e), f) y 47; Ley 6554, art. 39, 40 y 41.), Ley N° 6929, Ley N°6951 (creando el registro de incompatibilidades, aun sin reglamentar), Ley N°6980, art. 8 de la Ley N°7826, art. 26 de la Ley N° 4416, art. 8 del Decreto N° 803/53 (BO 11/03/53)) reglamentario del cuerpo de Abogados del Estado y 26 inc. 13 (texto según Ley N° 5103), 27, 28 y 29 de la Ley 4976 (de Colegiación Obligatoria y ejercicio profesional de abogados y procuradores), art. 7 inc. e) del Decreto Acuerdo N°1435/93. A ello debe sumarse la existencia de inhabilidades establecidas en el Código Civil y Comercial, pudiendo citarse al efecto las previstas en los arts. 291 y 1002 (Dictamen N° 1.267/10 de fecha 27/09/10 de esta Dirección de Asuntos Administrativos)



FISCALÍA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

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 Nación<sup>18</sup>, valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido<sup>19</sup>.

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

**DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS -FISCALÍA DE ESTADO--**

**Mendoza, 08/11/18.**

**Dictamen N° 0986/18 DG. LF. AA. --EE--**

<sup>18</sup>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 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).

<sup>19</sup>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).