



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

**Ref. "EX 2021-3933606-FISCESTADO"**

**AL SEÑOR**  
**FISCAL DE ESTADO DE LA**  
**PROVINCIA DE MENDOZA**  
**DR. FERNANDO SIMÓN**  
**S \_\_\_\_\_ // \_\_\_\_\_ D**

Vuelven las actuaciones de referencia, las que originariamente fueron remitidas a esta Dirección de Asuntos Administrativos<sup>1</sup> para su intervención en relación a: (i) la denuncia presentada ante esta Fiscalía de Estado<sup>2</sup> por los Dres. Alejandro Pérez Hualde y Miguel Mathus Escorihuela, (ii) la denuncia del Dr. Aldo Guarino Arias (iii) la denuncia planteada por el Prof. Marcelo Giraud y su ampliación (iv) y la presentada por el Dr. Daniel Correa, relativas a la Licitación Pública Internacional de la obra Aprovechamiento Hídrico Multipropósito Portezuelo del Viento (EX-2019-04571286-GDEMZA-MESA#MEIYE y EX-2020-01724919- -GDEMZA-MESA#MIPIP), dejando aclarado que para facilitar el análisis integral de las cuestiones planteadas, se dará tratamiento unificado a las mismas.

En virtud de las presentaciones descriptas, se efectuaron los respectivos pedidos de Informes Circunstanciados y remisión de las constancias documentales de los expedientes mencionados en el párrafo precedente, posteriores a la intervención de este Órgano de Control de fecha 20/09/19 de orden 104 (Dictamen N°1.215/19 de la DAA en el EX-2019-04571286-GDEMZA-MESA#MEIYE) y/o de cualquier otra actuación vinculada a este procedimiento.

---

<sup>1</sup> En adelante DAA.

<sup>2</sup> En adelante F.E.



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

Habiéndose cumplido con lo requerido por F.E., es que se procede a dar trámite a las presentes actuaciones.

**I.- ANTECEDENTES:** Obran como constancias relevantes las siguientes:

**a.-** En orden 2, denuncia y anexo<sup>3</sup> de los Dres. Alejandro Pérez Hualde y Miguel Mathus Escorihuela, a cuyos términos y extremos me remito *brevitatis causae*.

**b.-** En orden 3, denuncia<sup>4</sup> del Dr. Aldo Guarino Arias, a cuyos términos me remito.

**c.-** Mediante nota obrante en orden 5, de fecha 05/07/21, se le remitió copia de las denuncias antes mencionadas al Ministerio de Planificación e Infraestructura Pública<sup>5</sup> solicitándole: 1- Informe

<sup>3</sup> Sin perjuicio de la remisión a orden 2, la denuncia presentada puede ser sintetizada en los siguientes puntos: 1. La obra portezuelo ha devenido en un severo riesgo de daños al patrimonio público, considerándose que las circunstancias fácticas jurídicas que llevaron a la planificación, decisión y avance en los trámites para la realización del emprendimiento han sufrido una profunda transformación que obliga a reconsiderar todo lo actuado. 2. La inexistencia de distintas ofertas, los precios estipulados por el oferente, la disminución sensible del caudal del Río Grande, los cuestionamientos de las provincias integrantes del COIRCO, los reclamos de las provincias limítrofes sobre los caudales de las cuencas principales de nuestra provincia, obligan el replanteo de la decisión. 3. Los juicios iniciados ante la C.S.J.N. abren la posibilidad cierta de una alteración y hasta interrupción de la ejecución de las obras o un cambio de condiciones que no puede ser admitido como riesgo posible debido a la magnitud del contrato. 4. La licitación en trámite no ha generado hasta el momento derechos adquiridos a sus participantes, por lo que puede ser detenido su procedimiento. En ANEXO de la denuncia se indica: 1. La Licitación tuvo un único oferente integrado por la firma china Sinohydro, IMPSA, Ceosa y Obras Andinas S.A. La propuesta del único oferente es un 44,60 % más cara de lo que presupuestó la Provincia, inclusive superan en un 24,91% sobre el monto del arreglo con la Nación. 2. El pedido de mejora de oferta formulado por la Comisión de Evaluación de Ofertas no resulta del texto del pliego, y no correspondería en este caso haberla solicitado. 3. En relación al aspecto ambiental se considera que la Provincia no ha considerado integralmente la cuestión, desconociendo precondiciones que desvirtúan los beneficios de la obra. 4. En relación a ello se advierte que el derrame anual del Río Grande no posibilitaría cumplir con la meta de 5 años para el llenado del dique (la regla de llenado, siguiendo el Anexo IV del Acta 812, es que se podrá embalsar el 100% del excedente por sobre los 3000 hm<sup>3</sup> anuales en Buta Ranquil si la cota de embalse en Casa de Piedra es mayor o igual a 278 ms.n.m., si es menor solo puede embalsarse el 60% del excedente), afectando de ese modo la generación de electricidad prevista. 5. Nunca Portezuelo de Viento podría generar 887 GWh/año sino que, considerando el Tratado del Río Colorado y la normativa del COIRCO, los usos consuntivos aguas abajo y los efectos del cambio climático en curso, la electricidad efectivamente generada sería sólo entre el 74% y apenas 24% de los 887 GWh/año. 6. ) que el conflicto suscitado en el ámbito del COIRCO no permite tener un grado de certeza y por lo tanto del resultado del mismo no puede soslayarse qué efectos tendrá respecto de la licitación en curso, dado que "escalará a la CSJN"; y 7. Cuestiones respecto de la evaluación económica efectuada por la Administración (la que para el presentante -Dr. Daniel Correa- sería negativa).

<sup>4</sup> Sin perjuicio de la remisión a orden 3, se observa que la denuncia presentada por el Dr. Guarino Arias, mantiene, en términos generales identidad con la presentación de los Dres. Pérez Hualde y Mathus Escorihuela, no difiriendo en lo sustancial de los argumentos que glosan en orden 2.

<sup>5</sup> En adelante MiPIP.



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

circunstanciado en relación a las argumentaciones efectuadas en las mismas; 2- Constancias documentales del expediente "Licitación Pública Internacional de la obra Aprovechamiento Hídrico Multipropósito Portezuelo del Viento (EX-2019-04571286-GDEMZA-MESA#MEIYE), posteriores a la intervención de este Órgano de Control de fecha 20/09/19 en orden 104 (Dictamen N°1215/19 de la DAA) y/o de cualquier otra actuación vinculada a este procedimiento; 3- Si el cambio de circunstancias referido en los mencionados reclamos puede haber impactado sensiblemente en el cálculo de la eficiencia hidroenergética y la recuperación de la inversión en que se ha basado la factibilidad de la obra y 4- Toda otra información que estime relevante para la tramitación de las presentaciones referidas.

**d.-** En orden 6 luce pedido de informe cursado al Departamento General de Irrigación<sup>6</sup>, en relación a las denuncias en cuestión, y requiriendo expreso pronunciamiento sobre: 1. Si con posterioridad a los estudios de factibilidad de la obra Portezuelo del Viento se ha producido una disminución de caudales del Río Grande que permita afirmar técnicamente que dicha factibilidad carece actualmente de fundamentos; y 2. Si el referido cambio de circunstancias puede haber impactado sensiblemente en el cálculo de la eficiencia hidroenergética y la recuperación de la inversión en que se ha basado la factibilidad de la obra referida.

**e.-** En orden 7 se observa el requerimiento de informe dirigido a Empresa Mendocina de Energía S.A.<sup>7</sup> (cursado mediante correo electrónico de fecha 05/07/2021), mediante el cual debía indicar si el cambio de circunstancias referido en dichos reclamos puede haber impactado sensiblemente en el cálculo de la eficiencia hidroenergética y la recuperación de la inversión en que se ha basado la factibilidad de la obra referida.

**f.-** En orden 8 obra denuncia -y en orden 14 su ampliación- del Prof. Marcelo Giraud, a cuyos términos y extremos me remito *brevitatis causae*, dejándose aclarado que desde la incumbencia de esta DAA,

---

<sup>6</sup> En adelante DGI.

<sup>7</sup> En adelante EMESA.



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

los argumentos que se observan en las mismas resultarían coincidentes con los de las denuncias de órdenes 2 y 3, sin perjuicio de lo que -eventualmente- analice la Dirección de Asuntos Ambientales de esta F.E., en caso de que tome la intervención sobre estos obrados conforme recomendación incluida en el punto II in fine, y en la conclusión del presente dictamen.

**g.-** En orden 9, en fecha 13/07/2021, (NO-2021-04189342-GDEMZA-DGIRR) el D.G.I presenta: 1. Respuesta a Pedido de Informe, al que me remito en honor a la brevedad; 2. Resolución N°1430/2016 de Superintendencia del Departamento General de Irrigación; y 3. Resolución N°11/2018 de Superintendencia del Departamento General de Irrigación.

**h.-** En orden 10, se agrega informe de EMESA de fecha 12/07/2021(NO-2021-04206108-GDEMZA-FISCESTADO).

**i.-** En orden 11, se agrega informe del MIPIP, de fecha 14/07/2021, el cual remite los informes requeridos, los que obran como archivos embebidos y archivos de trabajo (NO-2021-04213024-GDEMZA-MIPIP).

**j.-** En orden 18 se requiere ampliación de pedido de informe al DGI (NO-2021-04425876-GDEMZA-FISCESTADO), de fecha 23/7/21.

**k.-** En orden 19 obra recepción de informe de EMESA, (NO-2021-04427748-GDEMZA-FISCESTADO), de fecha 23/7/21.

**l.-** En orden 20 obra presentación del abogado Daniel Correa, (NO-2021-04509328-GDEMZA-FISCESTADO), de fecha 23/7/21 cuyos cuestionamientos son de orden técnico-económico.

**m.-** En orden 21 (NO-2021-04519829-GDEMZA-FISCESTADO) obra pedido de informe a EMESA respecto de la presentación de orden 20, de fecha 23/7/21.

**n.-** En orden 22, obra respuesta ampliatoria de EMESA y en orden 23, de DGI<sup>8</sup>.

**ñ.-** En orden 24 se remiten a dictamen de esta DAA

---

<sup>8</sup> Este último informe RATIFICA el anteriormente presentado y sólo agrega que ese organismo "...monitorea permanentemente las condiciones hidrológicas de todas las cuencas provinciales y emitirá el pronóstico de caudales para los ríos de la provincia de Mendoza -temporada 2021/22 a principios del mes de Octubre...".



**FISCALÍA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

las presentes actuaciones administrativas, por disposición del Sr. Fiscal de Estado.

## **II.- INTERVENCIÓN DE FISCALÍA DE ESTADO.**

**DICTAMEN:** En este estado toma intervención esta Dirección de Asuntos Administrativos de 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, Decreto N° 1.428/18 y normas complementarias (en especial art. 2.4 y 13 incs. b) y f) de la Resolución N°42/18 de FE), debiendo tenerse presente las siguientes consideraciones:

En razón de las denuncias recibidas, las que contienen similares cuestionamientos, se estima oportuno indicar que esta DAA organizará el tratamiento y análisis en el siguiente orden, a saber: 1. Marco normativo y convencional vigente y aplicable al caso; 2. Cuestiones previas respecto al alcance del presente dictamen; 3. Solicitud de mejora de oferta; 4. Existencia de un único oferente; 5. Consideraciones a tener en cuenta en el acto de adjudicación – renuncia a reclamos futuros.

### **1.- MARCO NORMATIVO Y CONVENCIONAL VIGENTE Y APLICABLE AL CASO:**

Sin perjuicio de los informes y opiniones que se viertan con motivo de la intervención que eventualmente se le dé a la Dirección de Asuntos Ambientales de esta F.E., cabe mencionar que la obra pública bajo análisis se formuló en cumplimiento de lo dispuesto en disposiciones Constitucionales, Legales, Reglamentarias y Convencionales, a saber:

1. Artículo 41 de la Constitución Nacional, la Ley N°25.675 del Honorable Congreso de la Nación y la Ley N° 5.961 de la Legislatura de la Provincia de Mendoza;

2. Complementario a ello, surge como elemento



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

normativo de relevancia, y de necesaria referencia dada su pertinencia técnica y ambiental, el Estatuto y Reglamento Interno de COIRCO – ratificado por Leyes N°4.154 y N°4.595-, no obstante las controversias suscitadas en el marco del citado Comité y en particular con la vecina provincia de La Pampa –que implicaron laudos arbitrales, y la interposición de acciones judiciales– los cuales exceden el marco del presente dictamen, aun cuando eventualmente se invoquen en los puntos subsiguientes;

3. Acta Acuerdo del 29/08/06, de donde surge la financiación de la obra Portezuelo del Viento, suscripta como acuerdo transaccional con el fin de concluir un reclamo judicial de la Provincia de Mendoza contra el Estado Nacional, ratificada por Ley provincial N°7.708 y Decreto nacional N°687/07, homologada en los términos del art. 308 del CPCCN por la Corte Federal, el día 15/12/09. En este Acta el Gobierno Nacional tomó a su cargo el financiamiento, en territorio de la Provincia de Mendoza, de la obra denominada “Presa y Central Portezuelo del Viento”; y

4. Convenio Marco de colaboración entre el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, la Secretaría de Obras Públicas, la Subsecretaría de Recursos Hídricos y la Provincia de Mendoza para la ejecución de la obra Aprovechamiento hídrico multipropósito Portezuelo del Viento, que fuera ratificado por Decreto Provincial N°1.900/16 y aprobado por Ley N°8.949 de la Provincia de Mendoza, estimándose el costo de la obra en el Presupuesto nacional aprobado por Ley N°27.467 y el “Acuerdo para la Ejecución de la Obra Aprovechamiento Hídrico Multipropósito Portezuelo del Viento”, suscripto en fecha 13 de junio de 2019 entre el Estado Nacional y la Provincia de Mendoza, aprobado por Decreto provincial N°1.320/19 y por Ley N°9.170 de Mendoza, por el que se acordó que el Estado Nacional cancelará sus obligaciones con la Provincia mediante la emisión y entrega de letras intransferibles por un valor nominal equivalente al presupuestado en la Ley N°27.467.

5. En la Provincia de Mendoza se han emitido numerosas leyes que inciden de modo directo en la cuestión bajo análisis, a



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

saber: Ley N°3.952, incorporada posteriormente en los términos de la Ley N°6.064 (marcando el "*interés e importancia que tiene para la economía de la Provincia*"); Ley N°6.498 (declara de utilidad pública los terrenos necesarios para el emplazamiento de las obras); Ley N°6.094 (autorización de la contratación de consultorías para la realización de estudios de prefactibilidad); Ley N°9.011 (nueva declaración de utilidad pública en similares términos que la Ley N°6.498); y Ley N°9.090 (eximición de impuestos provinciales al contrato de obra pública de Portezuelo).

6. Finalmente, e independientemente de no resultar atinente al marco normativo y convencional hasta aquí resumido, es importante indicar que luego del pronunciamiento *previo* en favor de la obra realizado por el COIRCO, y ante los acuerdos entre Nación y Mendoza tendientes a operativizar el financiamiento de la misma, se ha dado inicio a diversas causas judiciales, aún en trámite, en las que se cuestiona la legalidad de la obra sin que la misma sea objeto de una previa Evaluación de Impacto Ambiental<sup>9</sup> bajo la legislación federal (Ley N°23.879), y se propicia la suspensión cautelar de la obra.

Estos procesos (conocidos informalmente)<sup>10</sup> al momento de la emisión del presente dictamen aún no han sido notificados a la Provincia de Mendoza, y consiguientemente, no se ha trabado la Litis en los mismos, información que podría ser actualizada por parte de los órganos competentes en su oportunidad.

## **2.- CUESTIONES PREVIAS RESPECTO AL ALCANCE DEL PRESENTE DICTAMEN.**

Atento a la complejidad de las denuncias presentadas (especialmente en su faz técnica), corresponde precisar que:

---

<sup>9</sup> En adelante, EIA.

<sup>10</sup> Las causas judiciales conocidas serían: -CSJ 1724/2019 LA PAMPA, PROVINCIA DE c/ MENDOZA, PROVINCIA DE y OTRO (ESTADO NACIONAL) s/AMPARO AMBIENTAL; -CSJ 1548/2018 ASOCIACION CIVIL ASAMBLEA POR LOS RIOS PAMPEANOS Y OTROS C/ MENDOZA, PROVINCIA DE y OTROS S/AMPARO AMBIENTAL; y -CSJ 1595/2017 FUNDACION CHADILEUVU C/ MENDOZA, PROVINCIA DE y OTROS (ESTADO NACIONAL) S/AMPARO AMBIENTAL.



**2.1.** Se tratarán los aspectos que a juicio de esta DAA<sup>11</sup> tienen relevancia respecto de la dilucidación de los temas sometidos a análisis, conforme lo tiene resuelto la jurisprudencia<sup>12</sup>; y

**2.2.** Vinculado a lo anterior, la intervención de este órgano estará especialmente limitada al control de "juridicidad"<sup>13</sup> del accionar administrativo, sin manifestación alguna sobre cuestiones técnicas (ajenas a su incumbencia) o de mérito, oportunidad o conveniencia relativas a la operatoria en general (asignadas a los órganos competentes de la administración), conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>14</sup>, valorando además los aspectos tratados conforme los

<sup>11</sup> Dic. 1495/17 DAA.

<sup>12</sup> Se ha dicho al respecto que: "...como lo recordara al votar el 29/12/89 en autos "Cionco, Horacio Higinio c/ Caja Nac. de Prev. de la Industria, Com. y Act. Civiles s/ Reajustes por Movilidad", la Corte Suprema de Justicia Nación ha señalado que "los jueces no están obligados a seguir y decidir todas las alegaciones de las partes, sino sólo a tomar en cuenta lo que estiman pertinente para la correcta solución del litigio" (cfr. "Tolosa, Juan C. c/ Compañía Argentina de Televisión S.A", fallado el 30.4.74, pub. L.L., To. 155, pág. 750, n° 385). De esta suerte, se reitera una doctrina expuesta en múltiples ocasiones, merced a la cual se exime al juzgador de tratar todas las cuestiones expuestas por los litigantes y de analizar los argumentos que, a su juicio, no sean decisivos (Fallos: 272:225; 274:113; entre otros)..." (CAMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - SALA 3 SENTENCIA DEFINITIVA EXPEDIENTE NRO: 4982/2010 AUTOS: "ACOSTA RUBEN c/ ANSES s/REAJUSTES VARIOS"). Al respecto, tiene dicho nuestro máximo tribunal Federal que "los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos, 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:836), y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (301:970 y 311:1191)" (citado por esta Sala en la causa N° 42.538, "Incidente de recusación de Mullen, Eamon Gabriel y otros", resuelta el 27 de noviembre de 2008)".

<sup>13</sup> Sostiene SESIN que en lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juridicidad y, consecuentemente, de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso "legitimidad" o "legalidad" podría entenderse, prima facie, demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio. De tal manera, también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la confianza legítima, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad y la irrazonabilidad, entre otros. (SESÍN, Domingo Juan, en "El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica", LA LEY 0003/70037085-1, con base en Comadira, Julio R., "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial", ED del 29/3/2000, Buenos Aires).

<sup>14</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



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

informes de los órganos técnicos-consultivos especializados que han intervenido en la preparación de la voluntad administrativa y en la evacuación de los requerimientos efectuados en virtud de las denuncias deducidas, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido<sup>15</sup> y por esta DAA<sup>16</sup> y más allá de analizar la existencia o inexistencia de "arbitrariedad manifiesta"<sup>17</sup>, aspecto controlable por este órgano al igual que por la autoridad jurisdiccional.

En este orden de ideas, cabe recordar que la S.C.J. Provincial ha expresado: *"...El Poder Judicial de la Provincia de Mendoza sólo ejerce el control de legitimidad de los actos administrativos (aún en los discrecionales) cuando existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, pero no puede incursionar en la materia propia del órgano administrativo emisor supliéndolo, pues ello importaría ejercer facultades ajenas a su función invadiendo la esfera administrativa..."*<sup>18</sup>.

En análoga postura, la CSJN<sup>19</sup> ha dicho que: *"...la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos, ni de un amplio debate y prueba (conf. doctrina de Fallos: 306:1253;*

---

*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>15</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).*

<sup>16</sup> Postura sostenida en Dictamen N°975/17, de fecha 15/08/17, en Expte. N°975-D-2017-05179; "SINDICATO DE TRABAJADORES VIALES DE MZA SITRAVI S/ SOLIC. INTERV. DE F.E." y recientemente, en Dict. N°1209/20.

<sup>17</sup> El concepto de arbitrariedad (tal como lo define el Diccionario de la Real Academia) corresponde al de "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o capricho". Explica CASSAGNE que se puede definir *"...la arbitrariedad como el acto contrario a la razón, producto de la mera voluntad o capricho del funcionario. ... En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad ... En suma, el concepto de arbitrariedad es amplio y comprende lo injusto, irrazonable, e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo una de los límites sustantivos de la discrecionalidad..."*. Citado en CASSAGNE Juan Carlos, "LOS GRANDES PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO (Constitucional y Administrativo), Segunda Edición Actualizada. Ed. RubinzalCulzoni, 2021, págs. 244-245. Respecto al alcance e interpretación del término "manifiesta", ver párrafos subsiguientes y Notas Nros. 19 y 20.

<sup>18</sup> SCJ Mza., Expte.: 13040799919; "CANESSA, ARGENTINO OMAR Y OTROS C/ DIRECCIÓN GENERAL DE ESCUELAS P/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Fecha: 08/05/2020, SALA N° 2.

<sup>19</sup>CSJN Fallos: 325:2583, Obra Social de Empleados del Tabaco de la República Argentina y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura s/ amparos y sumarísimo 10/10/2002.



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

307:747)...<sup>20</sup>.

A mayor abundamiento, en ocasión de emitirse el Dict. N°01209/20<sup>21</sup>, en el marco del Contrato de transferencia de acciones, suscripto entre la Provincia de Mendoza, Vale Fertilizer Netherlands B.V., y Vale S.A., se indicó que autorizada doctrina<sup>22</sup> ha afirmado que la discrecionalidad administrativa<sup>23</sup> es el producto del margen de apreciación otorgado por el ordenamiento jurídico al poder administrador a los fines de posibilitarle escoger entre dos o más alternativas igualmente válidas, aun cuando dicha elección no debe ser efectuada por el órgano de manera arbitraria y antojadiza sino con el propósito de alcanzar el interés general, es decir en forma "razonable" (art. 28 de la C. Nacional) y siempre sujeto al principio de "juridicidad" que debe regir toda la actividad administrativa del estado (arts. 1, II, b), 38 y 39 de la Ley N° 9.003)<sup>24</sup>, debiendo a tal efecto MOTIVARSE ESPECIALMENTE la decisión adoptada<sup>25</sup> (conforme requerimiento expreso del art. 45 inc. d) de la misma norma al tratarse de decisiones con amplio margen de "discrecionalidad")<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Resulta oportuno traer a colación lo que acontece en la jurisprudencia norteamericana en relación a este aspecto, en donde como explica BIANCHI, se aplica la regla de la deferencia, la cual, en principio, conduce a respetar el criterio de la Administración, en tanto sus decisiones no sean manifiestamente arbitrarias, lo que implica un control judicial –análogo al que ejerce esta F.E.– limitado y, por tanto no pleno. Citado en BIANCHI Alberto B., en "Las potestades administrativas del presidente de la Nación", en AA.VV., "Organización administrativa, función pública, y dominio público", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Bs.As., 2005, p. 55 y ss.

<sup>21</sup> Véase EX2019-01433915- -GDMZA-MESA-MEIYE.

<sup>22</sup> CASSAGNE, ob.cit.10.

<sup>23</sup> Es válido recordar que con base en la división de poderes, cuando el juez –aplicable al control que ejerce esta F.E.– controla el ejercicio de la discrecionalidad no reproduce en forma exacta el proceso lógico desarrollado por la Administración. El control judicial recae sobre una decisión administrativa ya dictada. Consecuentemente, si existió un margen discrecional de libre apreciación a cargo de la Administración ("núcleo interno" de lo discrecional), no incumbe al juez revalorar y ponderar una elección ya realizada por la Administración, pues ello implicaría "administrar", "sustituir" al órgano administrativo competente y "vulnerar" la división de poderes. (ob. Cit. N° 5).

<sup>24</sup> La PTN en Dictamen S/N -2001- Tomo: 236, Página: 91, del 23 de Enero de 2001, Expediente: 23523/00, dijo: "Tratándose de un acto administrativo dictado en ejercicio de las funciones y con las características señaladas (facultades discrecionales) ello no obsta que se verifique si, dentro de las opciones posibles abiertas a la potestad discrecional el ejercicio de tal potestad devino en el dictado de un acto viciado de arbitrariedad. Ello, por cuanto, el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en los elementos reglados de la decisión, esencialmente, la competencia, la forma, la causa y la finalidad y por otro, en el examen de su razonabilidad".

<sup>25</sup> Al respecto, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (basada en el dictamen del Procurador General) ha señalado que el hecho de haberse dictado un acto administrativo en ejercicio de facultades discrecionales (cesantía del actor en ese supuesto) no la "dispensa de observar un elemento esencial como es la motivación suficiente, pues es, precisamente, en este ámbito de la actividad administrativa donde la motivación se hace más necesaria" (CSJN, "Lema Gustavo c. Gob. Nacional"; Fallos: 324:1860 -2001-).

<sup>26</sup> Es importante traer a colación lo que la doctrina viene enseñando en el sentido que si actualmente un acto discrecional de la Administración forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida "dentro" de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

Esta postura ha sido reiterada recientemente en Dictamen N° 0567/21 de esta DAA, en ocasión de tratarse las denuncias presentadas ante esta Fiscalía de Estado en el marco del llamado a Licitación Pública N°1001/2021-907 que tramita en EX-2021-00483573-GDEMZA-DPP#SAYOT<sup>27</sup>.

En definitiva, y tal como entiende la doctrina *"...aún cuando existan varias soluciones aceptables o razonables, no corresponde a este órgano de control, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, sustituir una por otra, sino sólo controlar que el criterio adoptado por la Administración tenga su propio consenso y sustentabilidad en el marco de la juridicidad..."*<sup>28</sup>

Corresponde por lo tanto analizar que no se afecten en forma actual o futura intereses fiscales o el patrimonio del estado (con cierto

---

de una alternativa entre otras igualmente válidas), sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su "ejercicio" (SESIN, Domingo, en: "Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 287). Existen incluso precedentes que han mantenido una postura más amplia y profunda, en relación a la extensión del control de un acto discrecional, pero siempre excluyendo el mérito, oportunidad y conveniencia. La entonces Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Especial de la Capital Argentina, ha proclamado el control de los hechos aun relacionados con cuestiones técnicas, con motivo del cuestionamiento de una ordenanza municipal que disponía el retiro de los locales instalados en los andenes, que creaban un riesgo para los usuarios frente al reducido espacio que les quedaba cuando esperaban el arribo de los trenes. El tribunal consideró que la *"discrecionalidad no es una potestad ilimitada de la Administración Pública, pues tiene un ámbito que no puede ser excedido y se halla sometido al control administrativo y judicial. Si bien es cierto que la oportunidad, conveniencia o mérito tenidos en cuenta para la emisión del acto administrativo no son controlables por el Poder Judicial, ello no impide que lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho (invocados para emitir el acto) caiga o puede caer bajo el poder de revisión de los jueces, pues se trata de comprobar la verdadera y efectiva existencia de sus presuntos antecedentes, es decir, de aquello que constituye su causa o motivo. El acto administrativo que se dicta con base en un informe técnico puede ser impugnado de acuerdo con los recursos que establezca el sistema positivo vigente, pues respecto de dicho acto rigen las reglas generales sobre control de la discrecionalidad"* (C. Nac. Esp. Civ. y Com., 21/6/1983, "Subterráneos de Buenos Aires, Sociedad del Estado v. Fusetti de Turro", ED 105-575, Buenos Aires; con comentario de Tawil, Guido, "Administración y Justicia", t. II, p. 400; Gusman, Alfredo, "Fronteras del poder discrecional", Ed. LL Córdoba, 2002).

<sup>27</sup> Véase EX-2021-02991663-GDEMZA-FISCESTADO.

<sup>28</sup> SESIN, Domingo Juan, en: "El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica", (LA LEY 0003/70037085-1). En el mismo trabajo cita al Tribunal Supremo español, cuando señala que *"Hay un núcleo último de oportunidad o conveniencia, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas (o legalmente indiferentes), en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial ...esta jurisdicción no constituye un escalón jerárquicamente superior a la Administración que le permita a través de sus resoluciones imponer a los órganos de la misma una determinada línea de actuación en la gestión de los intereses públicos que tiene confiada, ni en la propia organización de los medios materiales destinados a la misma, sino que la misión de los tribunales queda circunscripta a corregir las extraviadas actuaciones administrativas cuando éstas infrinjan el ordenamiento jurídico ...lo que no puede hacer la jurisdicción es erigirse en legislador e invadir el ámbito normativo de la Administración"*.



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

grado de certeza y no en forma hipotética o conjetural<sup>29</sup> -sin obstar con ello el eventual análisis de los principios de precaución y prevención vinculados a las cuestiones de Derecho Ambiental –arts. 41 y 43 de la CN- recomendando sean evaluadas por la Dirección de Asuntos Ambientales<sup>30</sup>).

Por lo expuesto, el control se efectuará exclusivamente sobre la juridicidad y razonabilidad (en cuanto ausencia de "arbitrariedad manifiesta"<sup>31</sup>) del procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que los extremos a dilucidar por la presente investigación versan sobre los hechos denunciados que revistan cierto grado de complejidad legal.

<sup>29</sup> No le es posible a esta DAA expresarse frente a planteos o situaciones "abstractas" o "hipotéticas". Ver en este sentido dictámenes de esta DAA Nros. 589/17 de fecha 03/07/17 y 216/21, de fecha 25/02/21, entre muchos otros. En este sentido, la S.C.J. Provincial, al establecer diferencias entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple (hoy superada en la Ley N°9.003) entendía que quien no podía demostrar "...un perjuicio actual o potencial, no se encuentra habilitado para ser parte. Así la protección jurídica exige que exista un gravamen, un menoscabo, una privación, un impedimento de tipo personal...", agregando que cuando el daño es "... futuro o potencial, la probabilidad de que ocurra debe ser real o tener un grado de certeza de que ese daño va a ocurrir y no ser esta una simple probabilidad.

"Expte.: 96765 – "DIPLOMATIC SERVICE S.A. C/GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA S/A.P.A.", Fecha: 01/11/2013. Así mismo, es dable recordar que el nuevo Código Civil y Comercial instituye la función preventiva del daño imponiendo como deber genérico de toda persona -en cuanto de ella dependa- de evitar causar un daño no justificado (art. 1710, inc. a), y adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud (inc. b) y no agravar el daño, si ya se produjo (inc. c). En este marco, el nuevo CCCN establece para la procedencia de la "tutela preventiva" los recaudos de su precedencia (acción preventiva del daño, arts. 1710 a 1717 y cctes.) cuales son: 1. Conducta antijurídica, 2. Interés del peticionante individual, individual homogéneo, colectivo, patrimonial o extrapatrimonial, 3. Posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos, y 4. Adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable, según el curso normal de las cosas (art. 1725, 1726, 1727) -Ver en "Código Civil y Comercial de la Nación", Dir. Lorenzetti, Luis. R., T. VIII. Pp. 310, Ed. RubinzalCulzoni, 2015- no verificándose en principio, los recaudos del pto. 1 y 4 en el presente procedimiento. Asimismo, es criterio consolidado de la CSJN, en el marco de la acción meramente declarativa, que ella está "... sujeta a que se invoque un "estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica" y que la situación planteada en la causa supere la indagación meramente especulativa o el carácter consultivo, para configurar un "caso" que busque precaver los efectos de un acto en ciernes (arg. Fallos: 327:1108, considerando 2º, Fallos: 340:1480, entre muchos otros). Desde esta premisa y dado que no se requiere un daño efectivamente consumado, el Tribunal tiene dicho que para que prospere la acción de certeza es necesario que medie afectación de un interés legítimo, que el grado de afectación sea suficientemente directo, y que aquella lesión tenga concreción bastante (Fallos: 328:502, causa "Elyen SA" y sus citas y 332:66, causa "Molinos Río de la Plata SA", Fallos: 340:1480, causa "Bayer SA")..." -Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS) Fecha: 08/07/2020; Partes: Echegaray, Ricardo D. c. Carrió, Elisa s/ acción declarativa (art. 322, Cód. Proc.) Publicado en: SJA 05/08/2020, 05/08/2020, 23 - LA LEY 30/09/2020, 11, P.m.-S.

<sup>30</sup> Roberto Andorno distingue estos dos principios considerando que en el caso de la "prevención", la peligrosidad de la cosa o actividad es ya bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Mientras, en el caso de la "precaución", la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar una respuesta acabada al respecto. La prevención, culmina el autor, nos coloca ante el riesgo actual; la precaución ante un riesgo potencial (Andorno, Roberto; "El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica"; en La Ley diario del 18 de julio de 2002, pg. 1 y siguientes).

<sup>31</sup> En la doctrina se ha sostenido, en forma pacífica, que el principio de razonabilidad se funda en el precepto contenido en el art. 28 de la CN. Esta prescripción constitucional, que también fundamenta la prohibición de arbitrariedad, si bien aparece circunscripta a nomas que dicta el Legislativo, se ha juzgado extensiva a los actos de los órganos Ejecutivos, particularmente al procedimiento administrativo. Citado en CASSAGNE, ob. cit., pág 253.



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

**2.3.** En línea con lo manifestado, a fin de despejar los temas de naturaleza eminentemente técnica y/o que responden a soluciones y/o posturas adoptadas por el Poder Ejecutivo Provincial, con basamento en cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia<sup>32</sup>, esta DAA señala que los puntos que a continuación se detallarán, no resultan de su incumbencia o están exentos del control de juridicidad, al que se ha aludido en los párrafos precedentes (en tanto no se observa la existencia de "arbitrariedad manifiesta"<sup>33</sup>): a) lo expresado por los denunciantes en relación a que *"la obra Portezuelo ha devenido en un severo riesgo de daños al patrimonio público, considerándose que las circunstancias fácticas jurídicas que llevaron a la planificación, decisión y avance en los trámites para la realización del emprendimiento han sufrido una profunda transformación que obliga a reconsiderar todo lo actuado"*; b) la existencia de una oferta -aún con la mejora de precio formulada<sup>34</sup>- superior al presupuesto oficial aprobado (USD884.042.000,00), lo que debería ser debida y razonablemente fundado; c) los diferentes períodos de tiempo utilizados en los Informes de EMESA y del DGI, tomados para expedirse respecto de las pautas de llenado del embalse, ello sin perjuicio de lo que indique la Dirección de Asuntos Ambientales de esta F.E. en el marco de sus competencias y en tanto decida Ud. dar intervención a la misma; y d) la existencia de causas judiciales y/o administrativas que puedan tener impacto en el desarrollo y puesta en funcionamiento de la obra licitada.

**2.4.** Asimismo, corresponderá a la Dirección de Asuntos Ambientales de esta F.E., en cuanto sea de su competencia y en tanto ese órgano lo considere procedente, manifestarse sobre los puntos contenidos

<sup>32</sup> La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, en el caso "Fundación para la Fertilidad Humana v. Inspección General de Justicia" del 27/05/1997 (LA LEY 1/45162), sostuvo que *"si bien en principio los actos de la administración son revisables por el Poder Judicial, el ámbito de intervención de los magistrados sólo comprende, salvo el caso de arbitrariedad, el control de la legalidad de las medidas que los funcionarios competentes hayan adoptado en ejercicio de las facultades de que se hallan investidos por las normas pertinentes. Por lo tanto, tal potestad importa, por regla general, el control de la legitimidad, que no excluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades de los funcionarios competentes, pero no el de la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas adoptadas"*.

<sup>33</sup> La CSJN en el caso "Dos Arroyos S.C.A. v. Dirección Nacional de Vialidad" del 28/09/1993 (LA LEY 1/23646) ha considerado que *"el mayor o menor acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por la autoridad administrativa, constituyen puntos sobre los que no cabe al Poder Judicial pronunciarse, en la medida en que el ejercicio de esas facultades discrecionales no se compruebe como irrazonable, inicuo o arbitrario"*.

<sup>34</sup> Véase consideraciones del tema en el punto II.3.



en las denuncias de órdenes 2, 3, 8, 14 y 20<sup>35</sup> y que han sido evacuadas en los Informes del DGI, EMESA y el Ministerio de Infraestructura y Planificación, relativos a: a) la disminución sensible del caudal del Río Grande; b) la falta de consideración integral de la situación actual, desconociendo precondiciones que desvirtúan los beneficios de la obra; c) que el derrame anual del río Grande no posibilitaría cumplir con la meta de 5 años para el llenado del dique; d) que nunca Portezuelo de Viento, podría generar 887 GWh/año sino que, considerando el Tratado del Río Colorado y la normativa del Comité Interjurisdiccional del Río Colorado<sup>36</sup>, los usos consuntivos aguas abajo y los efectos del cambio climático en curso, la electricidad efectivamente generada sería sólo entre el 74% y apenas 24% de los 887 GWh/año; e) que el conflicto suscitado en el ámbito del COIRCO no permite tener un grado de certeza y por lo tanto del resultado del mismo no puede soslayarse qué efectos tendrá respecto de la licitación en curso, dado que "escalará a la CSJN"<sup>37</sup> y f) en general, todos aquellos aspectos y/o cuestiones ambientales y/o hídricas, volcadas en las denuncias antes mencionadas, deberían ser eventualmente evacuadas y en tanto corresponda, por la Dirección de Asuntos Ambientales de esta Fiscalía de Estado.

**2.5.** Independientemente de lo dicho en el párrafo precedente, se observa que el Informe Ampliatorio<sup>38</sup> presentado por EMESA, el

<sup>35</sup> Para una mayor precisión sobre los puntos denunciados, véase nota N° 3 y 4 y punto I. f) del presente dictamen.

<sup>36</sup> En adelante, COIRCO.

<sup>37</sup> Textual afirmación de la denuncia de los Dres. A. Pérez Hualde y M. Mathus Escorihuela (párr. segundo anverso última hoja).

<sup>38</sup> No obstante encontrarse incorporado a las presentes actuaciones, se pueden extractar los siguientes aspectos como ideas centrales: El Proyecto Licitatorio de Portezuelo del Viento fue concebido con un nivel mínimo de generación de tan sólo 1.577,45 msnm. Es decir, el primer llenado hasta ese nivel, involucra un volumen de tan sólo 500 hm<sup>3</sup>, factible de ser alcanzado en un plazo entre nueve (9) y doce (12) meses con un 95% de probabilidad de ocurrencia considerando los escurrimientos de las series históricas. Han sostenido que incluso con la ocurrencia de períodos extraordinariamente secos como los ocurridos en la etapa de 2010 a 2019, no se pone en riesgo la Operación, ni el llenado del embalse, ni la generación de energía, y que el embalse se llena en un plazo máximo de cuarenta y ocho (48) meses, incluso si el cierre de la presa se hubiese producido en el año 2010 con una serie de cuatro (4) años extremadamente secos como los ocurridos hasta 2014. Destacan que múltiples sectores e instituciones de la sociedad civil se pronunciaron formalmente a favor del proyecto en oportunidad de la realización de la Audiencia Pública realizada en el Departamento de Malargüe el día 09/04/2018 y que consta en el expediente de la Licitación (EX2019-04571286-GDEMZA-MESA#MEIYE y EX2020-01724919-GDEMZA-MESA#MOPIP), siendo un proyecto pensado a largo plazo (vida útil estimada de embalse de 100 años).



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

cual obra en orden 22, reviste "prima facie" razonable fundamentación -técnica y económica- y evacúa, en términos generales, cada uno de los cuestionamientos contenidos principalmente en la denuncia del Prof. Marcelo Giraud -y su ampliación- y en la del Dr. Daniel Correa (obrantes en órdenes 8, 14 y 20 respectivamente), - no obstante incluir en el mismo, respuestas sobre cuestionamientos de los demás denunciantes- sintetizadas en la página 3 del informe referido<sup>39</sup>.

---

La serie de años de escasez hídrica, correctamente considerada conforme los parámetros del arte de la ingeniería, no resulta representativa. En este contexto, Portezuelo del Viento se presenta como un proyecto fundamental para luchar contra el cambio climático, pues además de generar la energía esperada durante varios ciclos por su gran vaso de agua, permitirá regular el agua para uso de riego (trasvase) y proteger a las comunidades aguas abajo ante crecidas extremas.

Aun si la escasez hídrica continuase, es Portezuelo del Viento, por lo expuesto anteriormente una necesidad primaria, dado que el mismo regulará los caudales que puedan ser embalsados en períodos de baja escorrentía o alta escorrentía (producto del mismo fenómeno de cambio climático, o de los fenómenos del niño /niña) para ser erogados en períodos de necesidad (riego).

Del acuerdo a COIRCO se destaca que existe un 90 % de probabilidad de llenar el embalse en 3 años, desde el inicio del llenado, con el análisis del registro de los ciclos hidrológicos desde 1940-41 hasta 2009-10.

En el documento PV-IT-047-H del Estudio de Factibilidad Técnico Económico del Proyecto, se mencionan generaciones mínimas (no medias) de aproximadamente 500 GWh/año, con una probabilidad de ocurrencia del 95%, con lo cual la situación planteada -de escasez hídrica- se ha previsto en el diseño original dentro de esta probabilidad, no implicando un cambio de circunstancias como se lo quiere hacer parecer, y por lo tanto no afecta las evaluaciones realizadas.

La ocurrencia de años secos refuerza la necesidad de la construcción de la obra y no la conclusión contraria que se pretende imponer que se opone a los intereses de Mendoza.

Se ratifica que las condiciones de la evaluación técnico - económica de la viabilidad del Proyecto Portezuelo del Viento, efectuadas en los estudios previos y bases de la documentación licitatoria, son adecuados e incuestionables desde el punto de vista técnico.

El proyecto actual no contempla el trasvase, con lo cual no invalida, perjudica o modifica la situación de hecho y derecho existente respecto del mismo. El Proyecto actual de Portezuelo no lo inviabiliza técnicamente, sino todo lo contrario, lo hace posible.

La decisión de la Provincia de Mendoza, avalada por todo su arco político al aprobar los acuerdos con la Nación mediante sucesivas leyes, fue la de viabilizar una obra que, permitiendo la generación de energía a partir del nivel 1577 msnm en el embalse, viabilice afrontar los costos del trasvase de modo seguro y sin recurrir a financiamientos externos.

El análisis económico realizado con relación al proyecto Multipropósito Portezuelo del Viento, se sustenta en un enfoque social y no en el privado. El enfoque de toda "inversión pública" responde a un criterio de evaluación social de proyectos.

Las obras valuadas en U\$S 481 millones, corresponde en el estudio citado por Daniel Correa, al presupuesto de Central y Presa, mientras que el monto de la oferta de U\$S 989,7 citado, corresponde al proyecto multipropósito (Central, Presa, Ruta Provincial 226, Ruta Nacional 145, relocalización Villa Las Loicas, y LAT 220). Claramente compara dos montos de inversión no comparables.

<sup>39</sup> El organismo consultado formula una síntesis de conclusiones, que a continuación se replican: 1.El embalse se llena hasta nivel mínimo de operación aun en un escenario de escasez hídrica como ocurrió en los últimos años. 2. El proyecto permite iniciar la generación en el primer año de llenado con nivel 1577.45 msnm incluso en años de escasez hídrica, produciendo ingresos genuinos para la Provincia de Mendoza. 3. El proyecto permite el llenado hasta su nivel máximo de embalse, incluso considerando los años de escasez hídrica. 4. El plazo de llenado está contemplado en los documentos licitatorios e incluidos contractualmente. 5. La Generación media, incluyendo las series los años de escasez hídrica del último período, no se altera sensiblemente. La reducción es parcialmente neutralizada por la mayor eficiencia de las Unidades Generadoras. 6. En caso de proyectarse la generación con escenarios de hidrología de años de escasez hídricas, igualmente el proyecto es conveniente. •Por Regulación hídrica. •Adaptación y mitigación de efectos del cambio climático. •Por Interconexión Eléctrica y Desarrollo Regional. •Por Generación de energía eléctrica para generar un fondo que permita obtener recursos genuinos para otras obras hídricas (trasvase). •Por Mayor Potencia de Punta



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

Obviamente lo antes dicho resulta al margen de las conclusiones a las que pudiese arribar la Dirección aludida y/o la autoridad administrativa competente, en ocasión de resolver la adjudicación del procedimiento licitatorio en análisis, destacándose en esta oportunidad que las manifestaciones emitidas por EMESA resultan categóricas en temas centrales puestos a su consideración.

En tal sentido en primer término, afirma que: *"...no existe, ni se ha producido, un cambio de circunstancias fácticas, jurídicas<sup>40</sup> y económicas que hagan replantear el Proyecto Multipropósito Portezuelo del Viento..."<sup>41</sup>*, lo cual a su vez resulta vinculado también al contenido de la denuncia obrante a orden 2 perteneciente a los Dres. Pérez Hualde y Escorihuela.

En segundo lugar, es dable destacar que el Proyecto Portezuelo del Viento cuenta con Declaración de Impacto Ambiental y su correspondiente Audiencia Pública realizada en el Departamento de Malargüe el día 09/04/2018<sup>42</sup>, cumpliéndose en tal lineamiento, con las previsiones contenidas en los arts. 41 y cc. de la Constitución Nacional, y normativas complementarias (Ley N°5.961 y mod.).

Y en tercer lugar, se da expreso tratamiento a la presentación efectuada por el Dr. Correa, rebatiendo contundentemente los argumentos vertidos en su escrito sosteniendo que el mismo realiza *"...un análisis errado y carente de asidero en la realidad, debido a que: a) se basa en datos de informes diferentes al único y verdadero análisis de viabilidad que fundamenta el proyecto, y por lo tanto parte de datos fácticos incorrectos; b) se basa en criterios de valuación privados, que no son aplicables a proyectos públicos como el que nos ocupa; c) desconoce totalmente el procedimiento para*

---

remunerada. •Por permitir la incorporación de áreas bajo riego en Mendoza. •Por desarrollo del Turismo en la región. •Por mayor infraestructura disponible.

<sup>40</sup> En este sentido y siendo de incumbencia de esta Dirección, se advierte que las condiciones jurídico-normativas que rigen el proyecto bajo análisis -sintetizadas en el punto II.1 "MARCO NORMATIVO Y CONVENCIONAL" del presente dictamen- efectivamente no se han visto modificadas, y/o derogadas, y/o suspendidas en su aplicación.

<sup>41</sup> Página 2, del informe de orden 22 (respuesta de EMESA).

<sup>42</sup> Página 20, del informe de orden 22 (respuesta de EMESA).



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

*calcular la retribución o precio de la energía para este tipo de proyectos y se funda en normas derogadas para calcular el valor de la energía generada por el proyecto...<sup>43</sup>.*

### **3.- SOLICITUD DE MEJORA DE OFERTA.**

En relación a este planteo (al procedimiento utilizado de "Mejora de Precios" por no estar el supuesto contenido en los PCP, en tanto solo prevé el mismo para el caso de que hayan oferentes con precios análogos - diferencia no mayor al 5%-), que se desprende del escrito de los Dres. A. Pérez Hualde y M. Mathus Escorihuela (orden 2), cabe señalar que esta D.A.A ha sostenido en forma reiterada que las disposiciones de la Ley N°8.706 se aplican en forma analógica a la materia de obra pública<sup>44</sup>, estando el procedimiento en análisis expresamente previsto como una atribución del licitante (en términos generales) en el art. 132 inc. k), pto. 2) de la Ley N°8.706<sup>45</sup>, que expresamente regula el supuesto de "único oferente" o "única oferta admisible" como causal disparadora de este procedimiento.

Es necesario recordar que el principio de "jerarquía normativa" imperante en nuestro ordenamiento jurídico tiene en los procedimientos licitatorios una importante consecuencia: el deber de ajustar los Pliegos de Condiciones a la normativa superior vigente (Constitucional, Legal y Reglamentaria).

En ese mismo marco, la omisión de la facultad expresa en el Pliego de Condiciones, no puede obstar a la posibilidad expresamente conferida en el régimen general de contrataciones de la provincia a la autoridad administrativa licitante en la Ley N°8.706 en el artículo de marras

<sup>43</sup> Página 26, del informe de orden 22 (respuesta de EMESA).

<sup>44</sup> Dictámenes Nros. 243/17 (15/03/17), 264/17 (27/03/17) y 326/17 (19/04/17), entre otros. Todos los dictámenes que se citan en el presente pueden consultarse en [www.fiscalia.mendoza.gov.ar](http://www.fiscalia.mendoza.gov.ar).

<sup>45</sup> Art. 132 de la Ley N°8.706: "El órgano licitante tiene las facultades y obligaciones que se establecen en la presente Ley, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en el reglamento, en los pliegos de bases y condiciones o en la restante documentación contractual... k. Requerir mejoras de ofertas a los oferentes cualquiera sea el procedimiento aplicado, salvo los casos previstos en el artículo 147° de la presente Ley, en los siguientes supuestos: 1- Cuando dos o más ofertas admisibles e igualmente convenientes, presenten entre sí diferencias de cotización que no superen entre sí el 5% (cinco por ciento) calculado sobre la menor de ellas. 2- Cuando exista un único oferente o sólo una oferta admisible desde el punto de vista formal. La reglamentación determinará los procedimientos mediante los cuales se harán efectivas estas solicitudes...".



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

y que se encuentra prevista en forma objetiva (aplicable a cualquier oferente, y en cualquier procedimiento, en tanto se dé uno de los dos supuestos receptados legalmente) y, lo que es relevante, en favor de la protección de los intereses del estado.

Va de suyo que este accionar administrativo importa la posibilidad cierta de generar una ventaja económica en favor del órgano u organismo de la Administración Pública Provincial Licitante, al aplicar un procedimiento que, eventualmente, puede concluir con una disminución del precio de la oferta (lo que, en el presente supuesto, se ha materializado mediante un sensible porcentaje cercano al 22%)<sup>46</sup>.

En virtud de lo expuesto esta DAA considera que, estando el procedimiento de "Mejora de Oferta" ajustado al marco de la juridicidad, no se observa obstáculo legal a la aplicación de dicho mecanismo al procedimiento en análisis, en tanto es una atribución genérica que surge del art. 132 inc. k) pto. 2 de la Ley N°8.706 y mod. (por aplicación analógica conforme previsiones de los arts. art. 1, I, a) de la Ley N°9.003 y art. 2 del CCCN -Ley N°26.994-), concedida a las entidades licitantes pertenecientes al Sector Público Provincial (art. 4 y cctes. de la Ley N°8.706) cualquiera sea el régimen especial al que se encuentre sometido el procedimiento de contratación, aplicable y fundada en supuestos objetivos y expresamente conferida en beneficio de los mismos (siendo su diseño e implementación evidentemente favorable a los intereses fiscales y patrimonio estatal -art. 177 de la Constitución Provincial- ya que, eventualmente, puede conducir a la obtención de propuestas más convenientes).

Por último, y a mayor abundamiento, resta sólo señalar que no se observa cuál es el interés jurídico que ostentarían los denunciante al cuestionar la inexistencia de regulación de este procedimiento de "Mejora de Oferta" en los Pliegos de Condiciones que rigieron la Licitación

---

<sup>46</sup> Específicamente, la mejora de oferta sería del 22,61% tomando en cuenta lo presupuestado originalmente por el oferente tanto en 1) su oferta básica flexible (en el que la mejora es de U\$S 288.959,029) como en 2) la oferta básica rígida (en el que la mejora es de U\$S 288.514,955) según surge del Acta de Mejora de Ofertas obrante en orden 345 del EX-2019-04571286-GDEMZA-MESA#MEIYE.



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

Pública, en tanto materializado el mismo, el único oferente se ha sometido voluntariamente a éste (lo que imposibilita su posterior desconocimiento o cuestionamiento)<sup>47</sup> y ha mejorado su oferta en beneficio de los intereses de la Provincia, por lo que, aun cuando se entendiera que no resulta aplicable el régimen general citado precedentemente (art. 132 inc. k), pto. 2 de la Ley Nº8.706 y mod.) no existiría justificación jurídica para nulificarlo.

En efecto, entender lo contrario sería proceder en pos de la "nulidad por la nulidad misma", contra lo cual ya se han pronunciado reiterada y consistentemente tanto la Corte Suprema de la Nación, la Procuración del Tesoro de la Nación y esta Dirección de Asuntos Administrativos, a cuyos dictámenes y fundamentos se remite<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> La doctrina que está en análisis se ha desarrollado a partir del *leading case* del 24/8/1927 (Fallos 149-137), afirmando sostenidamente la Corte Nacional que "el voluntario sometimiento del interesado a un régimen jurídico sin reserva expresa impide su ulterior impugnación (Ver, entre muchos, CSJN Fallos 157-352; J.A 44-6; Fallos 175-262, 184-361; 187-444; 255-216; 275-239; 275-256; 285-329; 293-221; 294-220; 299-276; 305-826 y 1402; 307-358; 310-884; 311-1880; 312-245; 312-1706; 312-1494; 312-1891; 313-1289; 313-1596; conf. entre otros, Cam. Nac. Federal contencioso- administrativo Sala III 17/10/1997, Bicaín, Horacio c/Estado Mayor General de la Armada, LL 1998-D-207; Cam. Nac. Com. Sala A, 6/12/1994, Papel de Tucumán s/Quiebra, LL 1995-D-69). En similar sentido la S.C.J.Prov. ha entendido que reducida a sus justos límites, la tesis es correcta (Ver fallos del 19/3/1992, "Arregui" (L.S 226-346) y del 19/3/1998, "Spampinato Caravajal" (L.S 278-182), publicado en Rev. Foro de Cuyo Nº 31-209), considerando que se requieren dos elementos esenciales configurativos: voluntariedad del sometimiento y renunciabilidad de los derechos en juego, ambos presentes en este supuesto. Ha dicho en consecuencia que: "...El sometimiento voluntario a un régimen jurídico sin cuestionarlo en tiempo y forma impide su posterior observación. Ello supone la aplicación de la teoría de los actos propios en el campo laboral, mientras haya buena fe y no engaños entre las partes, fraudes o conductas dolosas dirigidas a perjudicar a la parte débil de la relación jurídica. No existiendo ello, la prudencia judicial juega un papel determinante en el análisis de los derechos que se ventilan..." (Autos Nº57717, caratulados "MESA ANTONIO EN J: MESA ANTONIO E. - SADE SA CCFIML ORDINARIO - INCONSTITUCIONALIDAD", Fecha: 26/02/1996 (Ubicación: L.S. 263 - 183); que: "...cuando es expresada en términos absolutos merece los ciertos ataques a los que ha sido sometida entendiéndose que posiblemente, el más completo sea el de Alsina Atienza, Dalmiro A., El sometimiento voluntario a un régimen jurídico y la impugnación de inconstitucionalidad, ED 119-819 y ss, pero son igualmente significativos los trabajos de Bidart Campos, Germán, El voluntario sometimiento a un régimen jurídico, ED 78-249; del mismo autor, La mala invocación a la renuncia de un derecho por acogimiento voluntario a un régimen jurídico, ED 140-643; de Morello, Augusto y Stiglitz R., La doctrina del acto propio, LL 1984-A-865; y de Alberti, Edgardo, Notas preliminares a la reseña jurisprudencial de Amadeo, José L., Doctrina de los actos propios, Bs. As., ed. La Ley, 1986, pág. 3)" (S.C.J.Prov., 23/09/2003, Sala I, Autos Nº 69.351 caratulada: "Obras Sanitarias Mendoza S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Acción de Inconstitucionalidad", preopinante, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci) y que "...Si bien se considera que el sometimiento voluntario del interesado a un régimen jurídico sin reserva expresa impide su ulterior impugnación porque, en principio, ese sometimiento importa una renuncia del respectivo derecho que se pretende ejercer, dicha fórmula no puede ser aplicada indiscriminadamente ya que el sometimiento debe ser voluntario, realmente libre y no existe voluntariedad si la persona se incorpora al régimen en cumplimiento de una obligación legal. Expte.: 92459 - SUPERCANAL S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE RIVADAVIA S/ ACC. INC. Fecha: 21/12/2010) y que "... (Ver L.S 214-366; L.S 305-35).

<sup>48</sup> Ver dictamen Nº0217/21 de fecha 26/02/21. La PTN ha considerado que: "...no debe declararse ninguna nulidad por la nulidad misma, es decir por puro prurito formalista, sino cuando ello responda a una finalidad que exceda del mero riguroso cumplimiento de la norma del rito..." (PTN Dictámenes 71:128; 76:339; 96:23; 127:15, 130:265, entre otros) Asimismo ha sostenido el mismo órgano de asesoramiento que "Las nulidades de actos administrativos deben analizarse de modo restrictivo y, en principio, prefiriendo la subsistencia y validez de acto atacado. Ello, naturalmente, cuando no se pone en juego de modo sustancial -y no meramente formal-



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

Por todo lo expuesto, considero que el cuestionamiento referido a la inexistencia del procedimiento de "Mejora de Oferta" en los Pliegos de Condiciones que regulan el procedimiento licitatorio, no puede prosperar.

#### **4.- EXISTENCIA DE UN ÚNICO OFERENTE.**

Parece también desprenderse de la denuncia aludida en el punto anterior (párr. cuarto<sup>49</sup>) un genérico cuestionamiento a la existencia de un "único oferente" como posible obstáculo a la prosecución del procedimiento licitatorio, lo que anticipo, no puede resultar atendible en virtud de la expresa previsión del Capítulo I, Cláusula 10.4. ("Unico Oferente") del Pliego de Bases y Condiciones legales Generales que rigió el procedimiento que resulta semejante al del art. 25 de la Ley N°4.416 que resulta incuestionablemente aplicable (art. 1 de la mencionada ley y de los PCG).

En efecto, la primera de las disposiciones citadas expresa: *"en el caso que se presentara un solo Oferente o, que habiendo varios, sólo uno de ellos fuera válido, y su oferta conveniente a los intereses de la provincia, la Administración podrá declararlo adjudicatario"*.

El segundo, a su vez, indica en su parte pertinente: *"...La circunstancia de no haberse presentado más de una oferta no impedirá la adjudicación, si se la considerara conveniente..."*, por lo que la solución se encuentra expresamente resuelta por el ordenamiento legal en favor de la posibilidad de que la autoridad competente resuelva el procedimiento aún frente a la existencia de un solo proponente (como ocurre en el caso concreto).

En relación a este tema, generalmente tratado, esta

---

*el derecho de defensa de quien ataca el acto. Ciertamente, si el fundamento en que se apoya la pretensión nulificadora es sólo formal, se estaría en presencia de la perniciosa "nulidad por la nulidad misma" (conf. Dict. 256:134), PTN Dictámenes 176/2008. La CSJN por su parte ha considerado: "Que en lo atinente a la nulidad impetrada, cabe señalar que es doctrina de esta Corte que la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma (Fallos: 322:507, considerando 3° y 5°)- CSJN -"Grilli, Emilio Martín s/ extradición". La Fiscalía de Estado se ha manifestado en igual sentido en dictamen N°609/18 (texto completo puede consultarse en <http://fiscalia.mendoza.gov.ar>).*

<sup>49</sup> En tanto reza en orden 2: *"...La inexistencia de distintas ofertas en la licitación que se encuentra en curso,...obligan a un replanteo de la decisión."*



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

DAA, ha hecho suyo en diversos dictámenes<sup>50</sup>, este criterio, que es el adoptado por autorizada doctrina al sostener que: *"En la licitación pública no se requiere un número mínimo de licitadores. La existencia de sólo una propuesta no afecta ni invalida de modo alguno la legitimidad del procedimiento, salvo que el ordenamiento jurídico, por disposición expresa, exija un número mínimo de proponentes..."*<sup>51</sup>.

En igual sentido la PTN, ha entendido que *"La exigencia del llamado a licitación pública encuentra su fundamento en que se pretende la concurrencia del mayor número de proponentes, sin requerir este procedimiento de selección un número mínimo de postores. En este orden de ideas, cabe puntualizar que la existencia de sola una propuesta no invalida, ni afecta en modo alguno la legitimidad del procedimiento... Para algunos autores, es posible la adjudicación del objeto licitado aunque se hubiera presentado una sola oferta: Por tal razón se concluye que el oferente único tiene derecho a que su oferta sea considerada, aunque nada impide que esa propuesta sea posteriormente desestimada..."*<sup>52</sup>.

Por lo expuesto, considero que el planteo en relación a la existencia de un solo oferente no es jurídicamente relevante para obstar la prosecución del procedimiento licitatorio, sin perjuicio de la facultad incuestionable del órgano competente de analizar y rechazar, en la etapa pertinente, la oferta por inadmisibilidad (incumplimiento de alguno de los recaudos de los Pliegos de Condiciones) o por inconveniencia económica (aspectos reservados a la decisión discrecional y razonablemente fundada de la Administración activa).

---

<sup>50</sup> Dict. N°1237/12 del 11/9/12; 533/17 del 14/06/17 y 716/17 del 01/08/17, N° 227/17 entre muchos otros.

<sup>51</sup> DROMI, ROBERTO, Licitación Pública, Ed. Ciudad Argentina, 4ta. edición (2010), pág. 377/8. En el mismo sentido GORDILLO AGUSTIN, Tratado de Derecho Administrativo, TOMO II, CAP. 12, LA LICITACIÓN PUBLICA, nota N° 231, pág.523.

<sup>52</sup> PTN, Dictámenes, 203:148; 226 del 02/12/92.



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

## **5.- CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA EN EL ACTO DE ADJUDICACIÓN - RENUNCIA A RECLAMOS FUTUROS.**

Las circunstancias que han sido ventiladas a lo largo de este dictamen (en particular las que fueren precisadas en el Punto II.1, últimos párrafos, con especial referencia a la Nota N°10) y en las denuncias introducidas, referidas a las cuestiones judiciales y administrativas pendientes y su posible impacto en el desarrollo de la obra y sus consecuencias patrimoniales para el estado provincial (y sin perjuicio de la intervención y opiniones que se vuelquen por parte de la Dirección de Asuntos Ambientales de esta F.E.), motivan una especial consideración a tener en cuenta en ocasión de que se resuelva la adjudicación de la presente licitación pública.

En este sentido es dable recordar que el PCG expresamente prevé: "*Capítulo I. Cláusula 10.5. PRESENTACIÓN DE PROPUESTA – IMPLICANCIA: la sola presentación de su Propuesta por parte de un Oferente implica que éste acepta: ... b. La renuncia a formular objeción o reclamo alguno en caso que la administración deje sin efecto el presente proceso aún antes de ser adjudicado;... r. Que reconoce el derecho que le asiste a la Administración de decidir, a su solo criterio, dejar sin efecto el presente llamado a licitación, por las causas que fueren, y por lo tanto renuncia en forma expresa a efectuar impugnaciones o reclamos en caso que la Administración haga uso de tal facultad*".

El presente artículo protege al Licitante de las posibles (y eventuales) consecuencias de tener que suspender y/o dejar sin efecto el procedimiento licitatorio antes o después de su adjudicación por decisión de la Administración, la que evidentemente puede fundarse en las consecuencias adversas de cualquiera de los procedimientos administrativos o procesos judiciales pendientes (consignados en el punto II.1, nota 10) y los que pudieran generarse (teniendo en especial consideración que si puede suspender "a su solo criterio", con más razón podrá suspender o rescindir por orden de autoridad administrativa o judicial competente).



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

Independientemente de lo expresado, considero que sería relevante, para el supuesto caso de que la autoridad administrativa competente decidiese continuar con el procedimiento licitatorio en cuestión y eventualmente adjudicar el mismo (en los términos del art. 25 y cc. de la Ley N°4.416, y art. 132 de la Ley N°8.706, en cuanto resultase pertinente y aplicable supletoriamente): 1) emitir una circular aclaratoria, y 2) en el acto administrativo a emitirse y/o en el ulterior contrato de obra pública a suscribirse, una cláusula y/o artículo -con la debida y necesaria fundamentación en virtud de lo dispuesto por el art. 45 inc. "a" y cc de la Ley N°9.003)- que precise que la renuncia genérica antes analizada, importa especialmente, por parte del eventual adjudicatario, la renuncia a reclamos indemnizatorios y/o de cualquier otra naturaleza, rubro y/o extensión, frente a la suspensión, y/o interrupción y/o fracaso del procedimiento licitatorio motivadas en disposiciones o pronunciamientos judiciales y/o administrativas, nacionales y/o provinciales con basamento u origen, principalmente, en las contiendas litigiosas individualizadas en Nota N°10 del presente dictamen, y/o de las que se tomen conocimiento ulterior.

La renuncia ya efectuada a través de la presentación de la oferta y en virtud del art. 10.5 (incs. b) y r) ya reseñados del PCG reseñado *ut. supra*, y su precisión mediante aclaratoria a efectos de evitar futuras controversias, es jurídicamente posible en virtud de lo dispuesto en las previsiones contractuales antes mencionadas, y lo prescripto por el art. 944<sup>53</sup> y cc. del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N°26.994).

Análoga situación se presenta en relación al mismo artículo, que, en sus inc. a) y g) prevé la exclusión de todo otro fuero que no sea el de los Ordinarios de la Provincia de Mendoza y la sujeción al Derecho Argentino, recomendando se precise, especialmente, la exclusión de la

---

<sup>53</sup> El citado artículo prevé: "Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio".



FISCALIA DE ESTADO  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

En efecto, el Capítulo I. Cláusula 10.5. de los PCG, bajo el título "PRESENTACIÓN DE PROPUESTA - IMPLICANCIA" prevé expresamente: "la sola presentación de su Propuesta por parte de un Oferente implica que éste acepta: a) el conocimiento, aceptación total e incondicional de conformidad del contenido del Pliego (y la documentación oficial del llamado) y de las pautas, requisitos, normas legales, reglamentarias y técnicas que rigen la licitación y la aceptación plena e incondicionada de las obligaciones emergentes del contrato y toda otra establecida en el pliego; ... g) la aplicación excluyente del Derecho Argentino y declaración que para cualquier cuestión administrativa o judicial que se suscite se aceptará la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios de la Provincia de Mendoza, haciendo renuncia al Fuero Federal y cualquier otro fuero que con posterioridad se creare;...", siendo en este marco recomendable, como se dijo anteriormente, que se precise igualmente en los instrumentos referidos, que la mencionada disposición implica asimismo RENUNCIA a la jurisdicción del CIADI y a la oponibilidad y ejecutoriedad de sus eventuales fallos a la provincia y/o nación en tribunales de la República Argentina de cualquier materia y/o grado...".

**III. CONCLUSIONES:** Como corolario de lo expuesto y analizado, así como de los informes y constancias acompañadas al presente expediente electrónico, esta Dirección de Asuntos Administrativos concluye considerando que:

**A) En relación a los planteos esenciales formulados por los denunciantes:**

1. Resulta ajustado al marco de juridicidad el procedimiento aplicado en la solicitud de "mejora de oferta" que ha operado en la licitación bajo análisis, siendo incluso evidentemente favorable a los intereses fiscales y patrimonio estatal, conforme lo expuesto en el Punto II.3.



**FISCALÍA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

2. No obsta a la continuación del procedimiento la presencia de un "único oferente", de acuerdo a lo fundado en el Punto II.4.
3. Debería emitirse Circular Aclaratoria, en la que se precise lo referido a las previsiones de renuncia anticipada y a la jurisdicción del CIADI en los términos de lo sugerido en el Punto II.5.
4. Respecto de los temas relativos a la supuesta variación de las condiciones fácticas, jurídicas y económicas; a que el precio de la oferta es superior al monto del presupuesto; a los diferentes períodos de tiempo usados por DGI y EMESA para expedirse sobre el llenado del embalse; a la existencia de causas administrativas y/o judiciales que pueden representar un riesgo para la ejecución de la obra; y en lo relativo a la proyección económica negativa – aspectos precisados en el punto II.2 ("CUESTIONES PREVIAS RESPECTO AL ALCANCE DEL PRESENTE DICTAMEN"); .2.3. "a", "b", "c", "d" y 2.4. "e" respectivamente – esta DAA entiende que se ha brindado respuesta de parte de los organismos consultados, con argumentos "prima facie" razonables, en los diferentes informes que han sido reseñados a lo largo del presente, adecuándose en general a las previsiones del ordenamiento legal vigente (arts. 38, 39 y cctes. de la Ley N°9.003), correspondiendo su valoración ulterior por la autoridad administrativa competente.

**B) En relación a las medidas a disponerse y/o tenerse presente en el mismo debería:**

**1. DAR VISTA Y ESTAR** a lo **que dictamine** la Dirección de Asuntos Ambientales de F.E., en el ámbito de sus incumbencias y competencias, por la eventual vinculación o incidencia que pudiese tener en el procedimiento en curso (Pto. II.2."CUESTIONES PREVIAS RESPECTO AL ALCANCE DEL PRESENTE DICTAMEN""; 2.4, "a" a "f");

**2. DAR VISTA** del presente dictamen, y de los informes incorporados a estas actuaciones administrativas (Punto I. Antecedentes), a los denunciantes (Dres. Alejandro Pérez Hualde, Miguel Mathus Escorihuela, Aldo Guarino Arias, Prof.



**FISCALIA DE ESTADO**  
Dirección de Asuntos Administrativos  
Provincia de Mendoza

Marcelo Giraud y Dr. Daniel Correa), en el caso de que el mismo sea adherido por el Sr. Fiscal de Estado;

**3. MANTENER HABILITADAS** las actuaciones referenciadas en el encabezamiento mientras se desarrolle la Licitación Pública Internacional de la obra Aprovechamiento Hídrico Multipropósito Portezuelo del Viento (EX-2019-04571286-GDEMZA-MESA # MEIYE y EX-2020-01724919-GDEMZA-MESA# MIPIP).

Por lo expuesto y en este marco, sin manifestarse sobre cuestiones de mérito, oportunidad o conveniencia ajeno a la competencia de esta DAA de Fiscalía de Estado (-art. art. 19 incs. a), c) , d) y e) de la Res. N° 42/18 de F.E.), cfr. punto II. se considera que podría continuarse con el presente procedimiento de Licitación Pública (arts. 37 de la C. Provincial, Ley N°4.416, Decreto N°313/81, 132 inc. k), 139 ssgtes. y cctes. de la Ley N°8.706 y 38, 39, 45 inc. a) y d) y 112 y cctes. de la Ley N°9.003, Ley N°5.961, art. 19 incs. a), c), d) y e) de la Res. N° 42/18 de F.E., Pliegos de Condiciones que la rigen y normas de aplicación complementarias y/o supletorias y disposiciones normativas citadas en el cuerpo del presente dictamen -especialmente las que fijan el marco legal y convencional para la materialización de la obra-) PREVIA INTERVENCION sugerida de la Dirección de Asuntos Ambientales (y en tanto no surjan cuestionamientos impeditivos formulados por la misma) y teniendo presente las salvedades y recomendaciones efectuadas.

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

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

**Mendoza, 11/08/21.**

**Dictamen N°0733/21. AA. LF. JAT. -EE-**



**Gobierno de la Provincia de Mendoza**

-

**Nota**

**Número:**

Mendoza,

**Referencia:** Dic. Portezuelo del Viento

**A:** Fernando Mario Simón (FISCESTADO),

**Con Copia A:**

---

**De mi mayor consideración:**

El documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 26 pagina/s.

Sin otro particular saluda atte.