

al conocimiento de quien



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



MENDOZA
BICENTENARIO
DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO

Ref. Expte. N°1792-D-2007-03873 "Dirección de Recursos Naturales Renovables Alquiler de Módulos Habitacionales y sanitarios Acum. 3782-D-2006-03873, 4136-D-07-03873 y 6019-D-0603873".

**AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. JOQUIN DE ROSAS**

S / D

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos las presentes actuaciones en las cuales se solicita dictamen legal respecto del reconocimiento propuesto para afrontar el pago de 23 (veintitrés) facturas por un monto total de \$42.383, 07, correspondientes al alquiler de un Módulo Habitacional prefabricado para el Dique Potrerillos (para inspectores dedicados a controlar el cumplimiento de las leyes vigentes en ese espejo de agua).

Se observa que originalmente, se autorizó la convocatoria a una contratación directa por Resolución N°1629-AOP-06, resultando conforme surge del informe de preadjudicación de fs. 24 que la única oferta presentada debía ser rechazada por inconveniencia económica; por Resolución N°1659/DRNR/03873 originada en virtud de la petición del Inspector a cargo de la fiscalización del dique Potrerillos, emitida en expte. N°6019-D-06-03873, el Director Resuelve adjudicar por única vez y por un mes el alquiler de 2 módulos sanitarios a la empresa BYBSA S.A. (a partir del 01/11/06); por expte N°4136-D-07-03873, se tramita la confección de norma legal para el reconocimiento del pago de las facturas adeudadas la firma BYBSA S.A., por el alquiler desde el 23/10/06 y hasta el 01/02/07; en expte N°1792-D-07-03873 se tramita el reconocimiento del pago de facturas a dicha firma, ahora desde el 01/02/07 y hasta el 01/08/07., a fs. 25/30 de la última pieza administrativa se encuentra agregado un informe que explica las causas que motivaron la irregular contratación directa del alquiler de los mencionados

módulos; a fs. 38/40 rola Dictamen Jurídico de la Dirección de Recursos Naturales Renovables y a fs. 46 luce incorporado Dictamen del Ministerio de Hacienda en el cual si bien se recomienda hacer lugar al a solicitud en el marco de la disposición del art. 15 de la Ley N°3799 (sin perjuicio de compartir las diversas observaciones efectuadas por Contaduría General de la Provincia de Mendoza, en especial en volantes de fs. 8 en expte. N°4136-D-07, 20 del expte. N°1792-D-07 y 57 del expte. N°5386-D-08) señala la necesidad de iniciar investigaciones sumarias a los efectos de determinar las responsabilidades correspondientes derivadas del irregular mecanismo de contratación (lo que se ha materializado según constancias de fs. 51/52 del expte. N°5386-D-08 –Res. 738/09)-.

Así las cosas, es dable destacar que, se observa en el presente expediente administrativo y sus acumulados, una gran cantidad de irregularidades administrativas, tales como falta de instrumentación por escrito de los procedimientos, falta de normas aprobatorias y de adjudicación, ausencia de prueba sobre la supuesta inexistencia de otros oferentes en plaza, etc. lo que torna nulos los procedimientos citados y como tal priva de efectos y eficacia a las pretendidas contrataciones, toda vez que en materia de contrataciones administrativas es doctrina inveterada de la Corte Federal que todo apartamiento al proceso fijado por Ley o a las bases y condiciones puestas en los pliegos, implica sin más la nulidad del contrato, habiendo sostenido incluso la inexistencia del mismo¹.

En efecto, se ha afirmado así la nulidad de los contratos administrativos cuando no se respeta el procedimiento de Licitación Pública y ello es obligatorio por norma legal o cuando no se formaliza conforme normas administrativas aplicables (incluyendo en este supuesto la omisión de procedimientos de contratación directa) entendiendo que *La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales correspondientes en cuanto a al forma y procedimientos de contratación* ².

¹ Ver fallo "Cardiocrop" citado *infra*.

² "Pfizer Argentina SAC e I. c/ Pcia de Santiago del Estero s/ Cobro de pesos", 15/03/67, Fallos 267:162; "Nación Argentina c/ Alou Hermanos", 19/02/76, Fallos 294:69; "Schmidt c/ Provincia de Mendoza s/ Cobro de pesos" 24/11/1937, Fallos 179:249; "Hotel Iguazú SA c/ Nación Argentina", 22/04/1986, Fallos 308:618; *id.* "Robles S.A. Vicente c/ Nación Argentina (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s/ Nulidad de resoluciones", 30/03/1993, Fallos 316:382; "Más Consultores Empresas S.A. c/ Santiago del Estero s/ Cobro de pesos", 01/06/2000, E.D. 28/07/2000. Supl. de Derecho Administrativo: "Servicios Empresariales



Tal criterio, que ya había sido vertido tempranamente en el año 1937, en la causa "Schmidt", siendo ratificado luego en la causa "Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A." (324:4199), ha sido ratificado en fallos más recientes, como "Ingeniería Omega", en el que, la Corte Federal, con fundamento en el precedente "Mas Consultores"³ ha sostenido que *"...es menester recordar que este tribunal ha sostenido reiteradamente que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (Fallos: 308:618; 316:382; causa M.265.XXXIII, "Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c. Santiago del Estero, Provincia de, Ministerio de Economía s/ cobro de pesos", sentencia del 1 de junio de 2000)"*⁴. (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa "Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", sentencia de fecha 5 de diciembre de 2000, La Leyonline: AR/JUR/5682/2000)

Esta doctrina fue vertida en la causa "Laser Disc", oportunidad en la que se afirmaba que: *"cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, ella debe ser respetada porque se trata de un **requisito esencial de su existencia**".* (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa "Laser Disc

Wallabies S.R.L. c/ Provincia de Salta", 11/07/2000, Fallos 323:1841; íd. "Ingeniería Omega SA c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 05/12/2000, Fallos 323:3924; "Carl Chung Ching Kao c/ La Pampa s/ Cobro de pesos", 25/09/2001, Fallos 324:3019; íd. "Magnarelli César A. c/ Pcia. de Misiones y ots.", 10/04/2003, Fallos, 326:1280; "Indicom S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Cobro de pesos", 10/02/2004, Fallos 327:84). Incluso si bien el Tribunal Federal ha considerado en la mayoría de los antecedentes jurisprudenciales, que tal situación se debe resolver, en principio por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa (vg., causas "Schmidt", "Pfizer", citadas y "Marun Nacib c/ Pcia. de San Luis s/ Cobro de pesos", 08/04/1938, Fallos 180:233; "Provincia de San Juan c/ Angela L. Ronccatagliata de Masi c/ Cobro de pesos", 13/07/0938, Fallos 181:166), ha rechazado la aplicación oficiosa de esta teoría, pues esto implicaría violar gravemente el principio de congruencia, en tanto la contratista había fundado su demanda de "cobro de pesos" en el supuesto incumplimiento contractual, y no en aquella institución (enriquecimiento sin causa), no cumpliendo así con los requisitos de procedencia de esta, dados por su invocación en la demanda y el empobrecimiento a cargo de la actora (in re "Ingeniería Omega S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 05/12/0200, Fallos 323:3924).

³ Ver también la sentencia dictada por el alto Tribunal en la causa "Hotel Iguazú", Fallos 316:382; publicado en LL 1986-D, 397 citada en nota precedentemente.

⁴ La Corte local en la causa N° 86.051, caratulada: "C.E.M.P.P.S.A. C/Gobierno de la Provincia De Mendoza S/A.P.A.", sentencia de fecha 16 de abril de 2009, sostuvo este criterio.

Argentina S.A. c. Instituto Provincial de la Cultura de Mendoza” Fallos 326:3206, Cita Online: AR/JUR/6467/2003, sentencia del 1 de septiembre de 2003, el destacado es propio).

Aún más estricta resultó la conceptualización efectuada por la C.S.J.N. en el precedente “Cardiocorp”, en la cual, el Procurador de la Corte en su dictamen, que hace suyo el voto de la mayoría, afirmaba que “...el Tribunal ha sostenido, reiteradamente, que en materia de contratos públicos, al igual que en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad, la Administración y las entidades estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, en cuya virtud se desplaza la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, sobre los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal (Fallos: 316:3157)”.

Luego de remitir a los conceptos de los precedentes transcritos, la Corte sentenciaba: “En consecuencia, si la legislación aplicable había determinado una forma específica para la contratación, **dicha forma debía ser respetada, por tratarse de un requisito esencial de existencia.** De este modo, concluyó que en el caso no era posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un “supuesto” contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación” (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Cardiocorp S.R.L. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, LA LEY 2007-D, 221, Fallos: 329:5976, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2006, el destacado es propio).

Solo cabe en el presente supuesto sostener la inexistencia del contrato, por lo que se impone catalogar el vicio que padece tal acto como grosero, por lo que la consecuencia jurídica no puede ser otra que la inexistencia (*vide* art. 76 de la Ley 3909 ADLA 1973 - D, 4344)⁵.

⁵ “El error de derecho que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley, transgrediendo una prohibición del orden jurídico (artículo 52 inciso a) ley 3909), es vicio grosero en el objeto y determina la inexistencia del acto y su irregularidad, por lo que no genera verdaderos derechos



Claramente el objeto del acto está viciado de manera grosera en tanto "transgrede una prohibición del orden jurídico o normas constitucionales, legales" (*conf.* art. 52 inc. a de la Ley 3909 ADLA 1973 - D, 4344). En efecto, pretender reconocer las facturas en el marco de una presunta relación contractual que lo fundamenta, contraría las normas del art. 37 de la Constitución Provincial, arts. 20, 28, 29, 31 y 33 de la Ley de Contabilidad N°3799, Decreto N°642/94 entonces vigente (hoy subrogado por el Decreto N°2747/09), lo que a todas luces y conforme doctrina judicial precedentemente reseñada, resulta improcedente.

En consecuencia, esta Fiscalía de Estado considera que:

1. las facturas presentadas en el marco de la pretendida relación locativa, no pueden encontrar sustento en la misma, habida cuenta de la inexistencia de los procedimientos legales pertinentes para materializar la contratación administrativa en debida forma;
2. la posibilidad de reconocer las sumas reclamadas en el marco de la previsión del art. 15 de la Ley N°3799 y mod, solo podría efectivizarse en la medida que el estado provincial haya incurrido en un enriquecimiento sin causa (y por los montos que ello importe, en tanto puedan ser determinados), en el marco de la doctrina judicial desarrollada *ut. supra*⁶, al efecto de evitar litigios judiciales eventuales conforme pone de relevancia el Dictamen de fs. 46 del Ministerio de Hacienda. En éste sentido esta Fiscalía de Estado entiende que, aun cuando la C.S.J.N. ha considerado que la mencionada doctrina no debe ser aplicada de oficio por los tribunales, en virtud del principio de "congruencia" procesal (*in re* "Ingeniería

subjetivos y carece de estabilidad. En esta condiciones es procedente la revocación en sede administrativa". (*conf.* Suprema Corte de Justicia de Mendoza, causa 45885 "Guzmán Mario c/Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia y Otro s/Acción Procesal Administrativa", sentencia de fecha 24 de julio de 1991, LS 222 - 209).

⁶ Siguiendo la doctrina sustentada por la C.S.J.N en "Cardiocorp c/Municipalidad de Buenos Aires", deberá tenerse presente que las facturas del proveedor cuyo reconocimiento se persigue, involucran costos y ganancias, siendo necesario a los efectos de determinar la medida de la pérdida (y por lo tanto del "enriquecimiento" en que habría incurrido el estado) cual ha sido el "costo" del suministro, a lo que cabe añadir que sólo puede considerarse que el estado se ha enriquecido en lo que hace al valor "objetivo" del bien gozado, con exclusión de las ganancias aludidas y de todo otro gasto realizado para obtenerla.

Omega S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 05/12/0200, Fallos 323:3924 conforme se anticipara en nota precedente) considero que ello no resulta transferible al ámbito del procedimiento administrativo⁷, en virtud de no ser aplicable el mencionado principio en el mismo, y de la vigencia de los principios de celeridad, economía eficacia, sencillez⁸, oficialidad (art. 147 de la Ley N°3909)⁹, verdad real (art. 163 de la Ley N°3909)¹⁰ e

⁷ Este principio puede entenderse en términos generales como un límite que le impone al juzgador no extra-limitarse en los puntos sometidos a su conocimiento, básicamente en el marco en que se encaminó la acción y la defensa, lo que a todas luces resulta abiertamente incompatible con los caracteres del procedimiento administrativo, donde rige la Impulsión de Oficio, Verdad real y el Informalismo a favor del Administrado (principios que se desarrollan en las notas siguientes). Se ha expresado al respecto que: “... VI.- Que, siguiendo las enseñanzas de Alsina, puede decirse que la congruencia es la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. A tal requisito se refieren los códigos procesales, tal lo que ocurre en el Código Procesal Civil de Mendoza: el art. 90 inc. 4º dispone que la sentencia contendrá “decisión expresa y precisa, total o parcialmente positiva o negativa sobre cada una de las acciones y defensas deducidas en el proceso o motivo del recurso.” Más allá de la técnica legislativa utilizada, lo cierto es que la congruencia debe resultar del pronunciamiento en su conjunto, y que la parte dispositiva no hace más que sintetizar las conclusiones establecidas por el órgano judicial al decidir, en los llamados considerandos, las cuestiones involucradas en la pretensión o pretensiones del actor y en la oposición u oposiciones del demandado. De lo expuesto se infiere que la observancia del principio de congruencia exige una rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición. La sentencia sólo puede contener pronunciamiento con respecto a quienes hayan revestido en el proceso la calidad de partes, aún en el caso de que alguna de ellas, por incomparecencia o abandono, haya sido declarada en rebeldía. El mismo principio es aplicable cuando, durante el transcurso del proceso se verifica, por sucesión, transformación o extromisión, un cambio en la persona del sujeto activo o pasivo de la pretensión, en cuya hipótesis la sentencia debe recaer sobre la persona que exhibe el carácter de parte en oportunidad de su pronunciamiento. Interesa señalar, sin embargo, que no en todos los casos en los cuales la ley admite la intervención en calidad de partes, de terceros ajenos a las partes originarias, la sentencia debe contener pronunciamiento con respecto a aquéllos. En lo que concierne al objeto, el principio de congruencia requiere que el juez emita pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, sobre todas las pretensiones y oposiciones formuladas por las partes y sólo sobre ellas, respetando sus límites cualitativos y cuantitativos (En la (11/10/2005, Primera Cámara Civil de Apelaciones, Dra. Ana María autos N° 37.698/123.907 caratulados “WB y Asoc. S.A. c/Ladrimet S.A. p/Ordinario”).

⁸ Los principios de eficacia, concentración, celeridad y sencillez del procedimiento administrativo (art. 113 de la Ley N°3909), ya que carece de toda utilidad remitir las actuaciones a éste órgano de control cuando se está tramitando el pago (etapa procedimental eminentemente de naturaleza contable) y salvo que surja cuestión expresa y diversa sobre la que se requiera dictamen específico.

La Ley de Procedimientos Administrativos de Mendoza consagra en el artículo 113 los principios de celeridad, economía y eficacia del trámite, con el objeto de lograr mayor rapidez, simplicidad y economía procedimentales, lo que significa fundamentalmente “que deben evitarse complicados, costosos o lentos trámites administrativos burocráticos que dificultan el desenvolvimiento del expediente...” (conf. Sarmiento García J., “Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza, Concordada y Comentada”, Augustus, 1979, pp. 169). Se tiende con ellos a evitar el recargo innecesario de trámites burocráticos que entorpezcan el desarrollo del procedimiento y deben ser entendidos en su justa medida, “...no utilizándolos en desmedro del interesado violando con una supuesta celeridad o economía, trámites o recaudos relativos a su derecho de defensa, que de esta manera se vería ilegítimamente afectado” (Conf. FARRANDO Y, Y MARTINEZ P. en “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Depalma, Bs. As., pp.603), .

⁹ Este principio importa que, “en mérito a la tutela del interés público, se impone a la autoridad administrativa el deber dirigir e impulsar el procedimiento y ordenar la práctica de cuanto sea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión planteada. Entre sus consecuencias jurídicas se señalan: a) la impulsión de oficio, b) instrucción, es decir obtención de pruebas y averiguación de hechos efectuados a petición de parte o de oficio, debiendo la administración cooperar en la remisión de elementos de juicio y c) investigación de la verdad material, ajustada a los hechos y no sólo a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) (DROMI, Roberto, “Derecho Administrativo”, 2009, Ed., Cdad. Argentina, Bs. As., pp. 1114).”

¹⁰ Se ha considerado como una “derivación del principio de legalidad objetiva” e “implica que la administración, al resolver, debe ajustarse a los hechos reales, más allá de que hayan sido alegados y probados por el interesado. Se opone así al principio de verdad formal que rige en materia judicial, según el

informalismo a favor del administrado (arts. 129, 133, 156, 157 y cctes. de la Ley N°3799)¹¹ que rigen el procedimiento administrativo provincial (y que marcan evidentes diferencias con los caracteres del proceso judicial);

3. Para el caso que se resuelva considerar procedente el reconocimiento en cuestión y en el marco de los parámetros establecidos en los párrafos precedentes, deberá tenerse presente que el mismo deberá estar debidamente fundado (arts. 38, 39 y 45 de la Ley N°3909) teniendo en especial consideración su carácter excepcional y restrictivo¹² así como la limitación señalada por la Contaduría General de la Provincia a fs. 63 (y que ha plasmado en el proyecto de Resolución de fs. 65/66) debiendo tenerse presente además que a la fecha del presente dictamen resulta erróneo el fundamento normativo basado en el art. 29 inc. b) ap. 4

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

cual el juzgador al resolver, debe ceñirse a las peticiones, los hechos y las pruebas esgrimidas por las partes. Como señala Gordillo, el procedimiento y, por tanto, su decisión, no dependen de la voluntad de las partes...Unido a la verdad material se halla el principio de instrucción de oficio..."(conf. FARRANDO I. Y MARTINEZ P., en "Manual de Derecho Administrativo", Depalma, Bs. As. 1996, pp. 594/95).

¹¹ El principio, que el derecho Argentino ha tomado de la elaboración jurisprudencial española y por impulso de la Procuración del Tesoro de la Nación, puede caracterizarse de la siguiente manera: "El procedimiento es informal sólo para el administrado, es decir, es únicamente el administrado quien puede invocar para sí la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto ellas le benefician, ese informalismo no puede ser empleado por la administración para dejar de cumplir con las prescripciones que el orden jurídico establece respecto de su modo de actuación, ni para eludir el cumplimiento de la reglas elementales del debido proceso...Distintas aplicaciones de éste principio son vgr: no dar por decaídos derechos u obstaculizar el curso de las reclamaciones administrativas por el hecho de no haber calificado jurídicamente la petición o haberla calificado erróneamente; no haber citado las normas en que se funde el derecho..., si se ha incurrido en algunas fallas formales, que la administración puede corregir..." (Conf. SARMIENTO GARCÍA, Jorge, en "Ley de procedimientos Administrativos de Mendoza, concordada y comentada", Augustus, 1979, Mendoza, pp. 191/92). La PTN ha considerado que debe interpretarse a favor del administrado, pues traduce la regla jurídica del in dubio pro accione o sea de interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción, para asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento (PTN, Dictámenes, 39:115; 66:225, 70:210; 73:69; 74: 302).

¹² Es conveniente destacar en este sentido que la Contaduría General de la Provincia de Mendoza ha reglamentado estos mecanismos (más allá de los cuestionamientos que pueden efectuarse desde el punto de vista jurídico en relación al tema "competencia" al efecto) en Resolución N° 34/03 -26/09/03-, estableciendo específicamente, y con relación a las disposiciones del art. 15° de la Ley N° 3799 y mod. (RECONOCIMIENTO LEGITIMO ABONO), para el caso específico de que no se hubiere comprometido el gasto según art. 20° de la Ley N° 3799 y mod.- que los mismos son procedentes, siempre que: a) se trate de una solución de excepción; b) que esté suficientemente justificado; c) y sea la autoridad superior del

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.

Dict. 023/11 aa

Mendoza, 11/01/11.

Mendoza, 11/01/11.

Compartiendo el suscripto el Dictamen que antecede, emitido por la Dirección de Asuntos Administrativos, REMITANSE a conocimiento del Secretario de Medio Ambiente, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.