



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

**Ref.: EX-2021-00850849- -GDEMZA-
FISCESTADO.**

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

S / D

Las actuaciones de referencia han sido remitidas a esta Dirección de Asuntos Administrativos para su intervención y dictamen en relación a la denuncia efectuada por la Cámara Argentina de la Construcción, a través de su representante, Sr. José Ángel Candeloro (Presidente), solicitando la no aplicación del instituto de legítimo abono para el "pago de adicionales de obra u otros conceptos", en el marco de contratos sujetos a la Ley N° 4416 de Obras Públicas, a cuyos términos y lectura me remito en honor a la brevedad.

I. – Fundamentos de la Denuncia: Sostiene el denunciante que con motivo de la recurrente aplicación por parte de la Administración Pública local de la figura del "legítimo abono" para el pago de adicionales de obra u otros conceptos, en el marco de contratos sujetos a la Ley N° 4416 de Obras Públicas (situación que a su entender -en general- resulta sumamente gravosa para las Contratistas, tanto desde el punto de vista económico como financiero), formaliza la posición de la Cámara y denuncia la ilegitimidad de la aplicación de tal instituto -salvo situaciones excepcionales-, indicando también cuáles -a su criterio- serían la alternativas correctas a aplicar, ajustadas a derecho, en resguardo de la totalidad de los intereses en juego, tanto públicos como privados.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Manifiesta, luego de citar la normativa aplicable al legítimo abono (Ley Nº 8706 -art. 151- y art. 151 del Decreto Nº 1.000/15), que el texto expreso de la citada norma permite arribar a una categórica conclusión: el régimen provincial del legítimo abono no aplica a los contratos de Obra Pública regidos por la Ley 4416. Aclara además que la ley se refiere a "proveedor" y no a "contratista", siendo que la misma norma distingue entre uno y otro, y que por otra parte se hace referencia a "bien" o "servicio", y nunca a "obra" o "trabajo".

Expone que, en los hechos, el cumplimiento de todas las exigencias del art. 151 del Decreto Nº 1.000/15 resulta prácticamente imposible, lo que torna operativa la ultima parte del citado artículo, en cuanto que quien autorice un gasto sin observar tales tramites, será responsable solidario y directo por las erogaciones y eventuales perjuicios patrimoniales que se produzcan, además de la responsabilidad administrativa que corresponda según el caso.

Indica que, sin ignorar las dificultades procedimentales/formales derivadas del desfasaje temporal que existe entre la dinámica de ejecución de una obra y la burocracia estatal, en la mayoría de los supuestos que en distintas Obras Publicas han sido encuadrados como "legítimo abono", deberían haber sido resueltos bajo las previsiones del art. 16 inc. b (contratación directa) o del art. 49 (alteraciones de obra) de la Ley 4416.

Manifiesta asimismo que el régimen de la Ley de Obras Públicas resulta más compatible con la situación puntual de las obras en particular, presentándose los mayores inconvenientes en los tiempos de la Administración en la tramitación de las aprobaciones exigidas por la citada normativa, por lo que tales demoras –no imputables a las Contratistas- en modo alguno pueden constituirse en una causa válida para omitir la gestión de las alteraciones bajo este marco legal, expresamente previsto y regulado por la norma específica (LOP), máxime cuando estas circunstancias tienen un impacto económico y financiero directo en la Contratista, causándole un grave perjuicio, lo cual a su entender resulta francamente violatorio de la Constitución Nacional, por

cuanto afecta -en forma clara y concreta- su derecho de propiedad (art. 17) y obliga al Contratista a un carga extra, adicional, claramente violatoria de la igualdad ante las cargas públicas (art. 16). Concretamente, el pago de alteraciones y/o adicionales de obra (cfr. art. 49, LOP) o de trabajos que resulten indispensables en una obra en ejecución no previstos en el proyecto (cfr. art. 16, inc. b, LOP), bajo el régimen del "legítimo abono"(cfr.art. 151, Ley 8706), expone y obliga a las Contratistas a cobrar los trabajos realizados a valores (precios) totalmente desactualizados y sin la carga financiera de las demoras (intereses), lo cual resulta claramente injusto, ilegítimo e inconstitucional.

II. – Intervención de esta Fiscalía de Estado. Dictamen: En este estado toma intervención esta Fiscalía en el marco de las atribuciones que ejerce como Ministerio Público (protección del interés público y de los intereses colectivos) y del Ministerio Fiscal (defensa del patrimonio de la colectividad y del Estado) -art. 177 de la Constitución Provincial, Ley N° 728 y normas complementarias-, dando curso de SIMPLE DENUNCIA al escrito de orden 2 (arts. 169 a 173 de la Ley N°9003), debiendo tenerse presente las siguientes consideraciones:

1. - Liminarmente corresponde señalar que los planteos efectuados tienen un alto grado de abstracción, ya que no se precisan cuestiones que puedan ser individualizadas, tratadas y aplicadas a un caso concreto, siendo pacífica la doctrina establecida por esta Dirección de Asuntos Administrativos en cuanto a que este órgano de control no emite dictamen en causas "abstractas", en tanto es una particularidad de este tipo de simple acto de la administración (dictamen), su producción en causa "concreta"¹.

En efecto, se ha dicho al respecto que los dictámenes se emiten para un caso particular, como parte de un procedimiento administrativo en marcha, de

¹Dictamen N° 589/17 del 03/07/17, entre muchos otros. Texto completo de éste y todo otro dictamen al que se remita, puede consultarse en www.fiscalia.mendoza.gov.ar.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

una voluntad administrativa en formación y que no pueden emitirse en abstracto ni para casos hipotéticos², postura en la que se ha enrolado la Procuración del Tesoro de la Nación, quien sostiene que emite dictámenes en casos concretos, no hipotéticos ni abstractos³, considerando incluso que abrir juicio en cuestiones de carácter abstracto conlleva el riesgo de hacer extensivas las conclusiones a una diversidad de situaciones, sin la necesaria y debida ponderación de las particularidades de cada caso⁴.

2. - Sin perjuicio de lo expresado, entiendo que resulta oportuno recordar que esta Dirección de Asuntos Administrativos ha considerado solo excepcionalmente aplicable a la Obra Pública el procedimiento de "Legítimo Abono" (cuando no se dan los supuestos normativos de aplicación de los procedimientos de alteraciones de obra y/o de adicionales de obra) previsto en los arts. 151 de la Ley N°8706 y 151 del Decreto N°1000/15 (ver dictámenes Nros. 0243/17 y 509/20), en el marco de lo dispuesto en los arts. 2 del CCCN y 1 I.b) de la Ley N°9003 (interpretación complementaria actual en tanto esta norma no se encontraba vigente al momento de emitir el primer dictamen referido y por lo tanto no fue citada en el mismo) –con los caracteres de interpretación restrictiva, especialidad y excepcionalidad que se consignan y desarrollan en los dictámenes relativos a esta materia en general⁵- y a los

² DROMI, Roberto, en "Derecho Administrativo", Cdad. Argentina, 2009, Bs. As., p. 437.

³ PTN, Dictámenes: 71:199; 72:14; 84:34; 86:159, 87:11; 90:231; 93:104; 119:76; 128:34, 170:438; 176:199; 226:129; 239:468; 240:399; 309; 196:121, 150, 161, entre otros).

⁴ PTN, dictámenes, 213:282.

⁵ Sobre los caracteres del "Legítimo Abono", se recomienda ver dictamen N°742/19 de fecha 25/06/19, entre muchos otros análogos, en cuya parte pertinente se consigna: "...4.3. Su utilización es EXCEPCIONAL (solo para casos puntuales y debidamente justificados) y su interpretación RESTRICTIVA (solo en los supuestos previstos en la Ley y PREVIO cumplimiento estricto de los recaudos establecidos en el art. 151 del Decreto N° 1.000/15).- 4.4. En este sentido, la jurisprudencia ha reconocido estos caracteres: habiendo expresado la S.C.J.PROV. BS. AS. "H.S. Informática S.R.L. c/ Mun. de Pilar. s/ Demanda contencioso administrativa (06/11/2013)" que: "...Se ha supeditado la validez de los contratos públicos al cumplimiento estricto de los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, lo que justifica, como contrapartida, una mayor estrictez a la hora de admitir reclamos basados en la realización de prestaciones efectuadas al margen de los procedimientos reglados de la contratación administrativa -práctica usualmente escudada bajo el concepto del "legítimo abono", de modo de no trocar en regla aquello que, por esencia, debe ser un temperamento de excepción y para evitar la convalidación de hechos consumados al margen de la juridicidad, normalmente asociados a prácticas contrarias a un elemental criterio de transparencia en el manejo de los asuntos públicos (doctor DE LAZZARI, sin disidencia) 4.5.La doctrina también ha convalidado estos caracteres al entender que: "...Como punto de partida en la consideración de la temática propuesta debe recordarse que todo gasto realizado por la Administración Pública debe estar previamente presupuestado y que, aun existiendo partida presupuestaria, no está legalmente autorizada la prestación de servicios personales sin un acto administrativo válido que lo disponga. De allí que el reconocimiento o pago, en el marco de lo que se ha



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

efectos de retribuir en la forma más adecuada posible al contratista frente a esta casuística irregular; recomendando asimismo y en última instancia la aplicación de la doctrina del "enriquecimiento sin causa" conforme parámetros establecidos en dictamen N°023/11 (y doctrina judicial a la cual remite), para el caso de que no sea posible cumplimentar los recaudos establecidos en los arts. mencionados.

En este marco, cabe recordar que he concluido al respecto:

- a)** en dictámenes Nros. 243/17, 264/17 y 326/17 (entre otros) que las disposiciones de la Ley N°8706 son de aplicación analógica frente al régimen especial de la Ley N°4416 y su Decreto Reglamentario N°313/81 (art. 2 del CCCN y art. 1, I. b) de la Ley N°9003);
- b)** en dictamen N°243/17, al referirse a eventuales mayores costos por adicionales de obra (aplicable también a las denominadas "alteraciones") que debía recurrirse: en primer término a las previsiones del régimen especial aplicable (Ley N°4416, Decreto N°313/81 y mod. y normas –reglamentarias o contractuales- complementarias); en segundo lugar a las previsiones del art. 151 de la Ley N°8706 y 151 del Decreto N°1000/15, conforme previsiones del art. 2 del CCCN (y actualmente 1, I. b) de la Ley N°9003) –procedimiento considerado en el mismo como "excepcional" y "restrictivo"- y; en caso de no ser posible verificar y/o cumplimentar los recaudos establecidos normativamente para los supuestos precedentes, a la teoría del "enriquecimiento sin causa", conforme parámetros establecidos en dictamen

dado en llamar "legítimo abono", debería ser una excepción. (Título: El legítimo abono y la relación de empleo público. Autor: Escudero de Quintana, Beatriz. Publicado en: RDA 2014-91, 01/02/2014, 173) Cita Online: AP/DOC/2990/2013". En igual sentido la Dra. ZEBOLA, Lucía Mercedes en Especialización en Derecho Administrativo - Universidad Nacional del Comahue (Arg); y MARTÍNEZ María Lucía, en "La Corte Suprema de Justicia Nacional delimita los contornos de la figura del legítimo abono"; Publicado en: RDA 2018-118, 03/08/2018, 614 Cita Online: AP/DOC/437/2018. 4.6. La acreditación de los recaudos establecidos en el art. 151 de la Ley N° 8.706 (para la procedencia del instituto) y 151 del Decreto N° 1.000/15 (para el pago) son ESENCIALES y en caso de no probarse los mismos, el pago podrá efectuarse, pero deberá responsabilizarse al funcionario que se determine como responsable de omitir los procedimientos adecuados y temporáneos y/o al que ordenó el pago sin acreditarlos fehacientemente. Lo dicho se encuentra expresamente previsto en el Art. 151 de la Ley 8.706, segundo párrafo, el cual dice: "...Caso contrario, quien autorice dicho gasto y quien no proceda oportunamente a efectuar los trámites regulares de contratación, será responsable solidario y directo por las erogaciones y eventuales perjuicios patrimoniales que se produzcan, además de la responsabilidad administrativa que corresponda según el caso..."



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Nº23/11⁶ con cita de extensa y relevante doctrina judicial sentada por la CSJN.

Así las cosas, se lee en parte pertinente del dictamen aludido: "...su materialización se debió encauzar mediante los procedimientos propios de la normativa provincial aplicable ("adicionales", "mayores costos", etc. o en su caso la "contratación directa" de la Ley 4.416 sugerida en el primer dictamen legal emitido a fs. 11/13),..."; y "...si bien el régimen de los "Los contratos de obra pública... ", se encuentra exceptuado de la aplicación de la Ley Nº 8.706 conforme las prescripciones del inc. d) del art. 138 de dicho plexo normativo, por ser un régimen especial legislado por la Ley Nº 4.416, ante la falta de regulación en dicho régimen especial, del instituto del reconocimiento por pago de legítimo abono, deduzco que se puede recurrir a institutos análogos de la normativa de derecho público general vigente en la provincia (Ley Nro. 8.706), tal como lo propone la Asesoría de Gobierno, a los efectos de llenar la laguna del sistema normativo analizado. Dicha solución encuentra marco legal aplicable en lo dispuesto por el art. 2 del C.C. y C. de la Nación en cuanto dispone que la "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". En consideración a dicho artículo la doctrina ha sostenido que "La analogía es un procedimiento de integración de lagunas del sistema normativo, es decir, si no hay una ley que regula un supuesto de hecho, se puede recurrir a otra ley, siempre que ello no esté prohibido. Esa otra ley tiene que tener una misma racionalidad, o sea una semejanza entre el supuesto de hecho que está regulado en la norma a la que se recurre y el que no tiene regulación alguna". En igual sentido la C.S.J.N ha tenido oportunidad de exponer que "...Que a fin de determinar el régimen jurídico de la reparación, ante la ausencia de una respuesta normativa singularizada a la cuestión, es menester recurrir a los principios de leyes

⁶Texto completo puede consultarse en www.fiscalia.mendoza.gov.ar. Dictámenes precedentes.

⁷ Ricardo Luis Lorenzetti, "CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO, Tº I, Artyss. 1º a 256 Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, p.35.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

*análogas, toda vez que la regla de interpretación prevista en el artículo 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del derecho privado, los trasciende y se proyecta como un principio general, vigente en todo el orden jurídico interno ("Husen, Mirta Silvia c/ Estado Nacional M. de Cultura y Educación de la Nación", Fallos: 325:662)⁸. Entonces, no obstante la solución propuesta y arribada, por aplicación analógica de la Ley N° 8706 y de su Decreto Reglamentario Nro. 1.000/15, a través del reconocimiento del art. 151 que se persigue, no se puede soslayar que dicha previsión normativa es de carácter **excepcional y restrictivo**, por lo que para su aplicación, **deben** concurrir **todos** los recaudos legalmente establecidos a tal efecto, esto es que se acredite que vencida la contratación o no existiendo la misma, se haya iniciado o continuado la prestación del servicio o la entrega de bienes por parte del proveedor, siempre que mediaren evidentes razones de urgencia y/o necesidad debidamente fundadas y justificadas. Para el caso de necesidades debidamente fundadas y justificadas, se deberá haber dado inicio al trámite de contratación con la debida anticipación, en la forma y mediante los procedimientos establecidos en la Ley (art. 151 Ley 8.706). Y acreditado que sea esto se deberá incorporar al expediente: 1) Factura (o documento equivalente) que avale el gasto realizado, firmada por autoridad competente (certificando la recepción del bien o servicio); 2) Informe que acredite que el precio a reconocer se ajusta a los corrientes en plaza para el bien o servicio recibido⁹; 3) Constancia de pago en caso que se haya verificado el mismo; 4) Volante de imputación del gasto o de reserva al crédito votado, en su caso; 5)*

⁸C.S.J.N. Fallo "Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. de Defensa A.R.A.) s/ indemnización por despido" (06/04/2010).

⁹ Se infiere por el tenor de la denuncia que la problemática consistiría en el cumplimiento de este inciso 2) y la forma en que se calcula el mismo y se fija el precio (determinación del precio corriente en plaza). En lo referido a este aspecto, podría resultar procedente (previo análisis exhaustivo de la autoridad competente y sus organismos técnicos y jurídicos e intervención de la Contaduría General de la Provincia y Asesoría de Gobierno en virtud de lo dispuesto en el art. 4. Inc. 3) del Decreto N°2930/91) la elaboración de una norma de alcance general debidamente motivada y publicada -para entrar en vigencia (arts. 104 a 106 de la Ley N°9003)-, claramente restrictiva y limitada a casos excepcionales y fundados, que permitiera establecer con pautas objetivas la fijación del "precio corriente en plaza", el que a criterio del suscripto no debería resultar igual ni mayor al que derivara de la aplicación de las fórmulas de actualización reglamentaria o contractualmente impuestas para los procedimientos de Adicionales u Alteraciones regularmente tramitados y resueltos.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

*Nota firmada por autoridad competente informando si se encuentra iniciado o en curso un procedimiento de contratación o, en su defecto, justificando la falta de cumplimiento de los procedimientos normales de autorización previa del gasto y los motivos por los cuales se procede al reconocimiento de legítimo abono del gasto efectuado; 6) Dictamen legal sobre el gasto. **IV.**-Sin perjuicio de lo mencionado y eventualmente no encuadrando la situación analizada en las exigencias descriptas, o no pudiendo cumplir con las mismas (las de los arts. 151 de la Ley Nro. 8.706 y su Dec. Regl. Nro. 1.000/15), habida cuenta que conforme las constancias del expediente analizado la obra estaría terminada (ver constancias de fs. 123/125), entiendo que podría considerarse procedente la aplicación de la doctrina sentada en Dictamen N°023/11 de fecha 11/01/11 de esta Dirección de Asuntos Administrativos, en 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" (reiterada en Dictamen N°1621/11, de fecha 25/11/11, en expte. N°14393-S-2010-02369 D.G.E. "S/pago de factura N°0001-00000104 de Ver Mas S.A.", entre otros) en la cual, por los fundamentos que vertieron (a los cuales remito en mérito a la brevedad) se concluyó expresando que: "... 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. supra¹⁰, 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,*

¹⁰ Siguiendo la doctrina sustentada por la C.S.J.N en "CardiCorp 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.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

en virtud del principio de "congruencia" procesal (in re "Ingeniería 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 administrativo¹¹, en virtud de no ser aplicable el mencionado principio en el mismo, y de la vigencia de los principios de celeridad, economía, eficacia, sencillez¹², oficialidad (art. 147 de la Ley N°3.909)¹³, verdad real (art. 163 de la Ley N°3909)¹⁴ e informalismo a

¹¹ 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").

¹² 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 dificulten 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 I, MARTINEZ P. en "Manual de Derecho Administrativo", Ed. Depalma, Bs. As., pp.603).

¹³ 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



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

favor del administrado (arts. 129, 133, 156, 157 y cctes. de la Ley N°3.799)¹⁵ 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 restrictivo¹⁶ así como la limitación señalada por la Contaduría General de la Provincia...”

c) Reafirmando esta postura precitada y sintetizando la misma, se ratificó el razonamiento general efectuado en el dictamen N°509/20 de fecha 29/04/20 (Expte. “S/ revestimiento Canal Cubillos- San Rafael” EX 2019-448701-GDEMZA-DHIDRA#MEIYE), al imponer el cumplimiento de medidas previas en la causa sometida a dictamen, requiriendo se aclarara: “... **a)** si la obra se

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).”

¹⁴ 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 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).

¹⁵ 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).

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 organismo, la que deberá considerar si el gasto, es legítimo, necesario, indispensable y urgente (en este supuesto, art. 13° del Decreto Acuerdo N° 2747/09).



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

*efectuó bajo el amparo de un contrato de obra pública vigente, entre cocontratantes, encuadrable en la Ley N° 4416, art. 49 –como se parece sugerir del informe de orden 76, luego del requerimiento efectuado por esta Fiscalía a orden 69- y, por lo tanto, sería posible la aplicación para el pago de los procedimientos de legítimo abono establecidos en los arts. 87¹⁷ y 151 de la Ley N° 8706 y 151 del Decreto N° 1000/15, en lo que corresponda su aplicación¹⁸ según ya nos hemos expresado en dictamen N° 554/18¹⁹, en tanto el pago sea de obras convenidas en **procedimientos regulares**; o*

***b)** si se produjo fuera de cualquier vínculo jurídico (por estar vencido el plazo, inexistencia de contrato o contrato viciado) y, por lo tanto, constituyó un **procedimiento administrativo irregular** –obra sin contrato válidamente celebrado-, existirán dos posibilidades desde el punto de vista jurídico:*

***b.1)** la aplicación del procedimiento de legítimo abono que requiere el cumplimiento estricto de todos los requisitos previstos en el art. 151 de la Ley N° 8706 y art. 151 del Decreto N° 1000/2015; o, en caso de que no se verifiquen los supuestos establecidos en la mencionada normativa,*

***b.2)** aplicarse la teoría del enriquecimiento sin causa (arts. 1794-1795 del CCCN - Ley N° 26.994²⁰) en forma lisa y llana, es decir, resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido (prestador del servicio) en la medida del beneficio que se le produjo al Estado, conforme los parámetros y*

¹⁷ **Art. 87-** "Las erogaciones no comprometidas oportunamente se cancelarán con cargo a los créditos de las partidas que correspondan del presupuesto del año en que se reconozcan. Tales erogaciones, en el ámbito del Poder Ejecutivo, podrán ser reconocidas por los funcionarios que al momento del reconocimiento tengan facultad para autorizar el gasto, incluso las erogaciones en personal y en los términos establecidos en el art. 151 de la presente Ley".

¹⁸ Tener presente que esta Dirección de Asuntos Administrativos ha considerado que los procedimientos establecidos en los arts. 87 y 151 de la Ley N°8706 responden a casuísticas diferenciadas, ya que la relativa al primer art. no sería técnicamente un verdadero "legítimo abono" y por lo tanto en ese supuesto el segundo art. sería de aplicación en cuanto sus disposiciones fueran compatibles con aquella situación, que devendría de un procedimiento regular.

¹⁹ Ver en www.fiscalia.mendoza.gov.ar

²⁰ Art. 1794.- Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda.

Art. 1795.- Improcedencia de la acción. La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

criterios –que se señalaron bajo la vigencia de la derogada Ley N° 3799, por lo que deberán ser adaptados a lo normado por la Ley N° 8706 vigente- expresados en el Dictamen N° 23/11²¹ de esta Dirección de Asuntos Administrativos, al cual me remito y doy aquí por reproducido en honor a la brevedad. Ello así, en tanto se encuentren reunidos los requisitos que se exigen para la procedencia de la acción in rem verso, enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito que legitime la adquisición) y carencia de otra acción útil (nacida de un contrato o de la ley) para remediar el perjuicio...”.

III. - ALCANCE DEL PRESENTE DICTAMEN: corresponde dejar expresa constancia de que el control efectuado por este órgano al emitir el dictamen está circunscripto a la “legitimidad” del procedimiento, sin que su pronunciamiento importe manifestación alguna sobre cuestiones técnicas (ajenas a su incumbencia) o de mérito, oportunidad o conveniencia (asignadas a los órganos de la administración activa), conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación²², valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido²³.

²¹ Ver en www.fiscalia.mendoza.gov.ar/precedentes.

²² 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 ala autoridad administrativa con competencia en la materia (PTN, Dictámenes; 259:233; 245:359, 381)”; “El asesoramiento de la PTN se limita al estudio de las cuestiones estrictamente jurídicas, no trata aspectos técnicos, ni se refiere a las razones de oportunidad política por ser ajenos a la competencia que tiene asignada (PTN, Dictámenes, 259:233; 204:47, 159; 207: 578)”. Ha agregado en este sentido que “El dictamen legal de la PTN no se pronuncia sobre aspectos técnicos, financieros o económicos, ni sobre la equidad o inequidad de las fórmulas contractuales o respecto de oportunidad, mérito o conveniencia, por ser ajenos a su competencia funcional... (PTN, Dictámenes, 251:781; 253:5)”. Incluso el Poder Judicial se ve en principio sustraído de efectuar estas consideraciones, habiendo considerado la C.S.J.N. que el acierto, error, el mérito o la conveniencia de las soluciones adoptadas por los poderes políticos, no son puntos sobre los que el Poder Judicial pueda pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (conf. C.S.J.N., en “Paz Carlos Omar c/Estado Nacional, sentencia del 09/08/01).

²³ 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).



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
Provincia de Mendoza

Al resultar, conforme lo expresado en el punto I, de alta abstracción la denuncia de autos, tampoco permite valorar debidamente el impacto que eventuales situaciones traídas en forma general al procedimiento podrían influir sobre el monto a reconocerse a través del procedimiento de Legítimo Abono y que estaría "prima facie" vinculado a la forma de determinación del precio corriente en plaza²⁴ (art. 151 inc. 2 del Decreto N°1000/15) –aspecto específicamente tratado en la Nota 9-.

IV. – EN CONCLUSIÓN: en virtud de lo expuesto, dictámenes antecedentes y jurisprudencia a la cual se remite, esta Dirección de Asuntos Administrativos considera que la DENUNCIA efectuada por la CÁMARA ARGENTINA DE LA CONSTRUCCIÓN, debe ser rechazada por su alto grado de abstracción sin perjuicio de lo expresado en el punto II.2. precedente, siendo necesario NOTIFICAR el presente dictamen al Ministerio de Planificación e Infraestructura Pública y al presentante.

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS, FISCALÍA DE ESTADO.

Mendoza, 25/02/21.

Dictamen N° 0216/21. aa. lf. dg.

-EE-

²⁴ Me refiero a la afirmación en que manifiesta que el régimen de la Ley de Obras Públicas resulta más compatible con la situación puntual de las obras en particular, presentándose los mayores inconvenientes en los tiempos de la Administración en la tramitación de las aprobaciones exigidas por la citada normativa, por lo que tales demoras –no imputables a las Contratistas- en modo alguno pueden constituirse en una causa válida para omitir la gestión de las alteraciones bajo este marco legal, expresamente previsto y regulado por la norma específica (LOP), máxime cuando estas circunstancias tienen un impacto económico y financiero directo en la Contratista, causándole un grave perjuicio, lo cual a su entender resulta francamente violatorio de la Constitución Nacional, por cuanto afecta –en forma clara y concreta- su derecho de propiedad (art. 17) y obliga al Contratista a un carga extra, adicional, claramente violatoria de la igualdad ante las cargas públicas (art. 16). Concretamente, el pago de alteraciones y/o adicionales de obra (cfr. art. 49, LOP) o de trabajos que resulten indispensables en una obra en ejecución no previstos en el proyecto (cfr. art. 16, inc. b, LOP), bajo el régimen del "legítimo abono" (cfr. art. 151, Ley 8706), expone y obliga a las Contratistas a cobrar los trabajos realizados a valores (precios) totalmente desactualizados y sin la carga financiera de las demoras (intereses), lo cual resulta claramente injusto, ilegítimo e inconstitucional.



Gobierno de la Provincia de Mendoza

-

Nota

Número:

Mendoza,

Referencia: denuncia leg. abono Cám. Const

A: Fernando Mario Simón (FISCESTADO),

Con Copia A:

De mi mayor consideración:

El documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 13 pagina/s.

Sin otro particular saluda atte.