



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

Ref.: EX-2022-08067526--GDEMZA-DGSERP#MSEG

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

Vienen las actuaciones de referencia a esta Dirección de Asuntos Administrativos¹ para intervención y dictamen en relación al procedimiento de adecuación de precios solicitado por la empresa Clisa Interior S.A. para el pago de las raciones consumidas desde el 01/11/2022 en adelante, licitada mediante el EX -2022-01398375-GDEMZA-DGSERP#MSEG (proceso licitatorio N° 11613-0001-LPU22), a cuyos términos y lectura me remito en honor a la brevedad.

I.-ANTECEDENTES: obran como antecedentes relevantes de la presente pieza administrativa: en orden 2 se incorpora Nota de solicitud sobre adecuación del precio 11/2022 de la empresa Clisa Interior S.A., para continuar con la misma prestación de servicios contratada; en orden 12 se adjunta el Informe Técnico Contable; en orden 19 se agrega Pliego de Condiciones Particulares de la Licitación Pública de Raciones Alimentarias para el Servicio Penitenciario de Mendoza; en orden 20 se agrega la estructura de

¹En adelante DAA.



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

costos de Clisa Interior S.A.; en orden 21 se adjunta Decreto N° 1494/2022 de fecha 30/08/22; en orden 22 se agrega la Orden de Compra N°1001/2022; en orden 24 se agrega Volante de Imputación Preventiva por el monto de 77.435.776,48 debidamente intervenido por el Coordinador de Administración Contable del Servicio Penitenciario en orden 26; en orden 25 se incorpora el Convenio de Adecuación de precio, reconocimiento y pago suscripto por el Apoderado de Clisa Interior S.A. y el Sr. Ministro de Seguridad; en orden 29 se adjunta dictamen de la Dirección de Asesoría Letrada del Ministerio de Seguridad; en orden 40 se adjunta Proyecto de Decreto; en orden 46 se agrega nuevo Proyecto de Decreto; en orden 56 se incorpora el Volante de Imputación Preventiva por el monto de \$168.247.923,55, debidamente intervenido por los Servicios Administrativos de la Contaduría General de la Provincia en orden 70; en orden 57 se agrega el Convenio de Adecuación de precio, reconocimiento y pago suscripto; en orden 61 se incorpora Proyecto de Decreto y en orden 70 se agrega nuevo Proyecto de Decreto; por último en orden 79 se adjunta nota de Elevación del Ministerio de Seguridad remitida a la Fiscalía de Estado.-

II.- INTERVENCIÓN: En este estado toma intervención esta 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



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

Nº1.428/18 y normas complementarias, considerando oportuno realizar las siguientes consideraciones²:

1. El art. 150 del Decreto Nº1000/15 (reglamentario del art. 150 de la Ley Nº8706), establece: *"...Adecuación de Precios: Cuando se hayan producidos significativas modificaciones en los precios de contratación que repercutan en la ecuación económico financiera de los suministros contratados, el proveedor podrá solicitar la adecuación de precios. Una vez formulada tal petición, la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes o el Órgano u Organismo Licitante, conforme a quién sea el iniciador del proceso de contratación, podrán poner en práctica este mecanismo, siempre y cuando el proveedor demuestre fundadamente que se ha producido una modificación de tal magnitud en su estructura de costo o en su costo de reposición, que torna excesivamente onerosa continuar con la prestación del servicio o entrega del bien. La adecuación de precios solamente operará para los casos de contrataciones de tracto y sucesivo y Licitación Pública por Convenio Marco. A tal fin, será condición indispensable y obligatoria*

² Respecto del tema puede compulsarse Dictamen Nº 1751/11 de fecha 30/12/11, emitido por esta Dirección de Asuntos Administrativos en Expte. Nº 2473-E-2011- 31007 caratulado "Solicitud del Sr. Lopresti", donde se enumeran los requisitos para su procedencia:1) Reaudo liminar general: existencia de un contrato de los denominados de "larga duración".2) Comprobación y demostración por parte del co-contratante de la administración de la alteración sustancial de la ecuación económico financiera, a cuyo efecto deberá precisarse el impacto (y su proporción) que los aumentos han tenido en los costos de prestación del servicio. 3) La existencia de una situación de "imprevisibilidad" en relación a la variación del precio del insumo en cuestión esto es aquella que no ha podido preverse o que aun pudiendo preverse no permite su previa determinación y medición de las consecuencias. Corresponde también indicar que, si bien no resulta aplicable al caso toda vez que se trata de un incumplimiento por parte de la Administración previsto contractualmente en relación a la tasa de utilidad asegurada al concesionario, es asimismo requisito la aplicación de la teoría del sacrificio compartido, la que fue posteriormente receptada en el art. 150 del Decreto Nº1000/15. Puede consultarse asimismo Dictamen Nº 1438/17 y Dictamen 403/20 en www.fiscalia.mendoza.gov.ar.



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

la presentación de la estructura de costos al momento de apertura del proceso o demostrar que el costo de reposición ha superado el precio cotizado. El Órgano u Organismo Licitante deberá informar a la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes el resultado del acuerdo alcanzado. En todos los casos, los acuerdos de adecuación deberán resignar posiciones considerando el principio del sacrificio compartido. Una vez convenida la adecuación de precios implicará la renuncia automática por parte del adjudicatario a todo derecho, acción o reclamo, que no estuviere contemplado expresamente en el convenio, no pudiendo reclamarse en el futuro ninguno de los conceptos derivados de la alteración de la ecuación económica financiera de los suministros contratados. Bajo ningún concepto se reconocerá lucro cesante alguno...".

2. Aclarado este punto, procedo a verificar el cumplimiento de los recaudos del art. 150 del Decreto N°1.V000/15 en este caso concreto y de acuerdo a las constancias agregadas, observando que: el pedido de adecuación ha sido solicitado y fundado por el proveedor (ver orden 2) conforme ordena la norma que permite recurrir a este procedimiento cuando "*...se hayan producido significativas modificaciones en los precios de contratación que repercutan en la ecuación económico financiera de los suministros contratados,...*" y a pedido del mismo (el proveedor podrá solicitar la adecuación de precios..."); se requiere asimismo que "*...Una vez formulada tal petición, la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes o el Órgano u Organismo Licitante, conforme a quién sea el iniciador del proceso de contratación, podrán poner en práctica este mecanismo, siempre y cuando el proveedor demuestre fundadamente que se ha producido una modificación de tal magnitud en su estructura de costo o en su costo de*



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

reposición, que torna excesivamente onerosa continuar con la prestación del servicio o entrega del bien imponiendo el texto legal como recaudo que la adecuación de precios opere solamente "...para los casos de contrataciones de tracto y sucesivo y Licitación Pública por Convenio Marco.", observándose que en el presente se trata de un servicio de tracto sucesivo (servicios de raciones de comida); debiendo cumplimentarse como "...condición indispensable y obligatoria la presentación de la estructura de costos al momento de apertura del proceso o demostrar que el costo de reposición ha superado el precio cotizado...", lo que se habría acreditado por el presentante en orden 164 del expediente Licitatorio (EX-2022-01398375-GDEMZA-DGSERP#MSEG) y en orden 20 del presente.

Especial consideración merece el requisito establecido en dicho artículo respecto a que *"...En todos los casos, los acuerdos de adecuación deberán resignar posiciones considerando el principio del sacrificio compartido..."*, respecto al cual se informa en el Informe Técnico de orden 12 cuando dice: *"...es loable destacar que el precio presentado como oferta inicial al día de la apertura (04/05/2022) y finalmente adjudicado el 01/09/2022, la empresa lo mantuvo invariable hasta el día de la fecha y solo ha solicitado adecuación de precios y su tramitación de las raciones consumidas desde el 01/11/2022, pudiendo este requerimiento haberse planteado o producirse desde el compromiso definitivo, lo que se podría configurar un ahorro para el Ejecutivo Provincial..."*; argumento que se estima *"prima facie"* razonable.



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

3. Cabe destacar también que debe verificarse el cumplimiento de los recaudos de la DI-2018-102-E- GDEMZA-DGCPYGB#MHYF que se enumeran a continuación:

3.1. Ante la alteración de la ecuación económico-financiera del contrato, debe considerarse procedente la adecuación de precios tanto en los contratos conmutativos de tracto sucesivo o continuada, como en los de ejecución diferida (conf. Art. 1091 CCCN)³."

3.2. El acontecimiento extraordinario e imprevisible que produce la alteración, debe ser un acontecimiento general (no debe afectar exclusivamente al proveedor), debiendo verificarse su ocurrencia en forma objetiva.";

3.3. La excesiva onerosidad de la prestación a cargo del proveedor (alteración de la ecuación económico financiera de contrato) se produce cuando éste deba cumplir el contrato "a pérdida" o en una situación asimilable (v.g. si la rentabilidad demostrada es insignificante). Tal situación debe ser demostrada ya sea por medio del aumento sobreviniente y significativo (e imprevisible) de los componentes de la estructura de costos del servicio oportunamente presentada en su oferta, o porque el valor de reposición del bien o insumo de que se trate es superior al valor cotizado por el proveedor en su oferta respectiva. La alteración debe ser objetivamente

³ARTICULO 1091.-Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

comprobada y demostrada por el interesado y/o por el propio Organismo Contratante.”

3.4. Debe propiciarse la aplicación del principio del esfuerzo compartido a efecto de recomponer el equilibrio alterado, salvo que el Contrato (el Pliego) no haya previsto algún mecanismo de renegociación o recomposición en particular. En este orden, los Organismos Contratantes y asimismo éste Órgano Rector en los supuestos de Convenios Marcos, deberán atender no sólo a las alteraciones en el valor de la moneda de curso legal (en su relación con la divisa extranjera) sino también que deberán indagar los precios de mercado vigentes al tiempo del reclamo, que sirvan como fuente de referencia. Sobre estas bases, el principio del esfuerzo compartido implica que el proveedor debe asumir o sacrificar una parte de ese mayor valor demostrado. Como regla general, cabe propiciar una distribución del sacrificio por partes iguales entre el proveedor y la Administración contratante.”.

3.5. En los supuestos de contrataciones derivadas de licitación pública de Convenio Marco, la adecuación deberá ser realizada por el Órgano Rector, a cuyo efecto éste deberá considerar en primer lugar el resultado al que se arribe conforme al sistema de “determinación de precios o cuantificación del valor de la prestación” previsto en los contratos respectivos (Pliegos de Condiciones Particulares), el cual será aplicado como cláusula de renegociación o adecuación, sin perjuicio de otras variables tales como el valor de reposición demostrado o la estructura de costos, los cuales también podrán ser utilizados como fuente de información a los fines de resolver las peticiones de los proveedores interesados.”.-



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

4. En este orden, se observa el cumplimiento de los recaudos de la DI-2018-102-E- GDEMZA-DGCPYGB#MHYF en tanto: el objeto del contrato en análisis refiere a servicios de elaboración de raciones alimentarias para el Servicio Penitenciario Provincial, que es de larga duración (“...debe considerarse procedente la adecuación de precios tanto en los contratos conmutativos de tracto sucesivo o continuada, como en los de ejecución diferida...”); se ha demostrado que es un acontecimiento general - aumento de costo de vida- (“...acontecimiento extraordinario e imprevisible que produce la alteración, debe ser un acontecimiento general..., debiendo verificarse su ocurrencia en forma objetiva”); excesiva onerosidad de la prestación, lo que surge cumplido de lo informado a orden 2 por la empresa y del informe técnico de orden 12 (“La excesiva onerosidad de la prestación a cargo del proveedor objetivamente comprobada y demostrada por el interesado y/o por el propio Organismo Contratante.”); y, en el Pliego de Condiciones Particulares sección “A” (art. 2) está previsto el mecanismo de adecuación y, tal como se menciona en el dictamen legal de orden 29 “...*esta Asesoría Letrada entiende que corresponde hacer lugar a lo solicitado y arribar a un convenio de adecuación de precios, no teniendo objeciones legales que argumentar sobre el convenio propuesto y sugiriendo elaborar PROYECTO DE NORMA LEGAL el cual deberá contemplar el análisis detallado de las actuaciones y la debida fundamentación respecto a la aceptación o rechazo de la petición tramitada...*”.

En definitiva, conforme lo expresado en los párrafos antecedentes del presente dictamen y en base a las constancias de las actuaciones citadas al efecto, se habrían cumplido los recaudos establecidos para admitir la procedencia de la adecuación de precios solicitada, en el marco



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

de lo dispuesto por el art. 150 del Decreto N°1.000/15, así como también de los arts. 112 y 112 bis inc. 5) y consecutivos de la Ley 9.003, art. 1.091 del CCCN (Ley N°26.994) y de lo establecido por la DI-2018-102-E-GDEMZA-DGCPYGB#MHYF.

5. - En relación al proyecto de norma que obra en orden 70- y al convenio suscripto de orden 57 por aplicación del art. 112 I.1 de la Ley N°9.003- desde el punto de vista formal y general, no existen observaciones legales que formular al mismo, considerando que se encuentra debida y suficientemente motivado, lo que en el presente supuesto es obligatorio (art. 45 inc. a) de la Ley N° 9.003), cumplimentando además los recaudos básicos respecto a la configuración de los actos administrativos en relación al objeto, competencia, voluntad y forma (arts. 28 a 45 de la Ley N° 9.003).

III.- 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 Nación⁴, valorando además los aspectos

⁴Ha 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



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido⁵.-

IV - CONCLUSIÓN: En virtud de lo expresado, reafirmando el principio general de la plena sujeción a los Pliegos de Condiciones que rigieron el procedimiento y que conforman el contrato original, advirtiendo que la situación expuesta en el trámite de la presente pieza encuadra en los extremos previstos en el art. 2 de los Pliegos de Condiciones Particulares, debidamente verificados que sean los parámetros establecidos en el punto II –cuestiones que *prima facie* aparecen acreditadas, de acuerdo a los informes acompañados a las presentes-, correspondería la adecuación del precio de las raciones alimentarias en los términos propuestos en las presentes, todo ello en el marco de lo normado en los arts. 150 de la Ley Nº 8.706, art. 150 del Decreto Nº1.000/15, art. 112 y 112 bis inc. 5) y 6) de la Ley 9.003; art. 1.091 del Código Civil y

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 trasciendan ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicio o arbitrario (conf. C.S.J.N., en "Paz Carlos Omar c/Estado Nacional, sentencia del 09/08/01).

⁵ 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

Comercial de la Nación⁶ (Ley N° 26.994) y doctrina y jurisprudencia a la que se ha remitido en el cuerpo del presente dictamen, debiendo informar a la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes el resultado del acuerdo alcanzado.

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS -FISCALÍA DE ESTADO-.

Mendoza, 13/02/2.023.-

Dictamen N°152/23. LF. FRM.

⁶ Ha dicho la SCJ Provincial que la teoría de la imprevisión (entonces regulada por el art. 1198 del CCyC de Vélez Sarsfield) es aplicable a los contratos administrativos (Expte. N°43281, "Base SRL y Fibroeste SRL c. Prov. De Mendoza ", 31/02/1995, LS 253-079).