



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

Ref.: EX-2023-02223279- -GDEMZA-
MESA#MIPIP.

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

Las actuaciones de referencia han sido remitidas a esta Dirección de Asuntos Administrativos¹ para su intervención y dictamen en relación a la prórroga de la concesión del "Aprovechamiento Integral Río Mendoza Proyecto Potrerillos" a favor de la empresa CEMPPSA, a tenor de lo previsto en el "Acuerdo para el Aprovechamiento Integral del Río Mendoza – Proyecto Potrerillos", ratificado por Decreto N°1.942/97, a todo lo cual me remito en honor a la brevedad.

I.- ANTECEDENTES: obran como antecedentes relevantes de la presente pieza administrativa, los siguientes: en orden 3 nota de la Directora de Hidráulica del Ministerio de Planificación e Infraestructura Pública dirigida al titular de esa cartera, haciendo referencia al informe enviado por la Empresa Mendocina de Energía Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria (EMESA), en el marco del Convenio de Colaboración Institucional celebrado entre ambas partes para la asistencia técnica y jurídica, aprobado por Decreto N° 662 de fecha 12 de abril de 2023 y agregado en el orden 16; por dicho Convenio, EMESA se comprometió a realizar un informe con la evaluación técnica y económica del contrato vigente con CEMPPSA y brindar recomendaciones respecto de las posibilidades de ampliación del alcance del mismo; en orden 4 rola Orden de Servicio N° 6186 de fecha 1 de febrero de 2023, por la que se

¹ En adelante DAA.

solicitó a la Empresa CEMPPSA la documentación necesaria para el cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo del Artículo 2 de la Ley N° 6.560; en orden 5 rola Nota de Pedido N° 10976 de fecha 9 de marzo de 2023 de la empresa CEMPPSA, mediante la que pone a disposición de la Administración la documentación respaldatoria solicitada compuesta por: - Balances contables anuales de CEMPPSA de los últimos 25 años (1998 -2022), éste último con cifras auditadas y certificadas hasta agosto; tabla de ventas de energía mensuales asentadas en libros diarios contables de CEMPPSA para el periodo enero 1999 a agosto 2022; tabla con cruce de información contenida en los documentos anteriores (libros diarios vs. Balances anuales); cálculo del valor presente neto de acuerdo con lo indicado en el Art. 34; certificación de contador público independiente sobre la metodología empleada para el cálculo anterior; en orden 7 surge que dicha documentación fue remitida a EMESA, la que en fecha 22 de marzo del mismo año elevó informe, que rola en el orden 8; en orden 13 obra informe del Ente Provincial Regulador Eléctrico (EPRE) en el que realiza una verificación sobre la información incorporada; en orden 21 rola dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Planificación e Infraestructura Pública; en orden 24 luce proyecto de decreto; y por último en orden 27 se agrega dictamen legal de Asesoría de Gobierno.

II.- INTERVENCIÓN DE FISCALÍA DE ESTADO - DICTAMEN:

En este estado toma intervención Fiscalía de Estado en el marco de las atribuciones que ejerce como Ministerio Público (protección del interés público y de los intereses colectivos) y del Ministerio Fiscal (defensa del patrimonio de la colectividad y del Estado) -art. 177 de la Constitución Provincial, Ley N°728, Decreto N°1.428/18 y normas complementarias-, debiendo tenerse presente las siguientes consideraciones:

1. CUESTIONES PREVIAS RESPECTO AL ALCANCE DEL PRESENTE

DICTAMEN: atento a la complejidad del procedimiento licitatorio y el marco normativo de los orígenes de los fondos con los que se va a financiar la obra, corresponde precisar que:



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

1.1. Se tratarán los aspectos que a juicio de esta DAA² tienen relevancia respecto de la dilucidación de los temas sometidos a análisis, conforme lo tiene resuelto la jurisprudencia³, realizando un control "en general" del procedimiento administrativo de prórroga del contrato de concesión en cuestión.

1.2. Vinculado a lo anterior, la intervención de este órgano estará especialmente limitada al control de "juridicidad"⁴ 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 Nación⁵, y por esta DAA⁶.

² Dic. N° 1.495/17 DAA.

³ 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)".

⁴ 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).

⁵ 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

2. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO GENERAL ARTICULADO – MARCO

NORMATIVO: el presente se encuadra en el marco de lo previsto en los arts. 1 y 2 de la Ley N°6.560 por la que se dispuso: "*Apruébase el acuerdo para el Aprovechamiento Integral del Rio Mendoza-Proyecto Potrerillos, celebrado en fecha 4 de diciembre de 1997, entre el gobierno de la provincia de Mendoza, por una parte..., por la otra, el consorcio de Empresas Mendocinas para Potrerillos Sociedad Anónima -C.E.M.P.P.S.A.-, ... que fuera ratificado mediante decreto n°1.942/1997, que integra la presente como anexo*"; "La H. Cámara de Diputados y la H. Cámara de Senadores deberán ser informadas previamente por el poder ejecutivo **de las eventuales renovaciones de la concesión de C.E.M.P.P.S.A.,** previstas en el art. 34° del acuerdo, con remisión de la documentación respaldatoria concerniente".

El convenio al que hace alusión el art. 1° de la Ley N°6.560 - ratificado por Decreto N°1.942/97- en su art. 34 estableció: "*Prórroga de la concesión. Si al finalizar el plazo indicado en el art. 33 (**25 años a partir de la suscripción del acta de replanteo – art. 32**), el valor presente neto de los ingresos por las ventas anuales de energía, previamente deflacionados para cada mes de ingreso según el Índice de Precios Mayoristas Nivel General de la República Argentina, publicado por el INDEC, descontadas a una tasa del 14% anual, a la fecha de inicio de la Concesión, y convertidas a dólares estadounidenses de esta fecha, resulta inferior a dólares estadounidenses ciento veinte millones (**USD 120.000.000**), el periodo de concesión se **renovará en forma automática por otros 5 años**, salvo oposición expresa de la SOCIEDAD DEL PROYECTO. Esta condición se verificará cada cinco (5) años de manera sucesiva, tomándose el plazo de concesión hasta esa fecha. Se admitirán períodos de renovación de concesión **hasta completar un plazo máximo de cuarenta (40) años** contados a partir del inicio de la concesión. La concesión se registrá por las*

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)".

⁶ 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.

⁷ La cursiva y el resaltado me pertenece.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

*disposiciones específicas contenidas en el CAPITULO XVI del PLIEGO, sin perjuicio de las generales del mismo y de los documentos del presente CONTRATO, en cuanto fueren de aplicación. **El ejercicio de la oposición por parte de la SOCIEDAD DEL PROYECTO deberá ser comunicada de modo fehaciente al CONCEDENTE con una anticipación no menor a ciento ochenta (180) días***⁸.

En este sentido se debe tener en cuenta que la fecha del Acta de Replanteo de la Concesión, data del 30 de diciembre de 1998 conforme constancias de orden 4, lo que permite concluir que el plazo de los 25 años (cfr. Decreto N°1.942/97) finalizaría el 30 de diciembre del 2023, siendo ello de suma relevancia en razón del cómputo del plazo de renovación y asimismo a los efectos del cómputo del plazo de la "no oposición" del concesionario a la renovación automática del contrato por un período de CINCO (05) años más.

Este último aspecto fue tenido en cuenta por la Asesoría de Gobierno en su dictamen N°282/23 (orden 27), a cuyos términos me remito, lo que se replica en el proyecto de norma (orden 24), en donde se ha considerado que la concesionaria ha aceptado tácitamente la renovación por no surgir de las constancias de autos que se haya opuesto a la misma antes del plazo contractual indicado, el que se habría cumplido el 3 de Julio del corriente año.

Complementario de lo expuesto y sin perjuicio de lo indicado en el punto II.1.2., se deben tener presentes los informes técnicos emitidos por EMESA⁹ (en orden 8 se informó que el promedio de ventas anuales del período en cuestión alcanzó los USD 82.071.870) y el EPRE¹⁰ (en orden 13 se indicó que las ventas alcanzaron un total de USD 87.893.909) los que dan cuenta que los valores netos de los ingresos por las ventas anuales de energía, calculados del modo oportunamente previstos en el contrato, han resultado inferiores a U\$S120.000.000, cumpliéndose con la previsión para su renovación automática.

⁸ La cursiva y el resaltado me pertenece.

⁹ Por su parte EMESA en su informe de orden 8 llegó a la siguiente conclusión: "...Considerando que el valor promedio de ingresos por ventas anuales de energía deflactados y expresados en dólares de 1999, para el período 1999 a 2021 es de **USD 14.144.435**, resulta claro que es inviable que se alcance el valor meta en el período de concesión que finaliza en diciembre de 2023".

¹⁰ El informe del EPRE concluye que: "El resultado hallado con este procedimiento arrojó un monto de Valor Actual en dólares de Diciembre de 1998, inicio de la concesión, de **U\$S 87.893.909**. Este valor se encuentra en el mismo orden del determinado en el estudio incorporado a orden 8"

En virtud de ello considero que estamos en presencia de actividad reglada¹¹ de la administración respecto de cómo debe tratarse la prórroga del plazo de la concesión. Es que el verbo utilizado en el artículo 34 del convenio de concesión - *"el periodo de concesión se renovará en forma automática por otros 5 años"* - pone de manifiesto que el legislador quiso establecer como obligatorio que se aplicara el procedimiento de ampliación de la vigencia del contrato. Por lo expuesto y en tanto la Autoridad considere que se encuentra debidamente acreditado y fundado que las ventas se encuentran por debajo de la pauta prevista, podrá procederse con la prórroga por CINCO (05) años más.

Complementario de ello, se advierte que conforme lo indica el art. 2 de la Ley N°6.560 deberá darse previa y oportuna intervención a la H. Legislatura Provincial, a efectos de que tome el debido conocimiento del procedimiento aquí articulado.

3. OBSERVACIONES Y MEDIDAS COMPLEMENTARIAS: resulta importante recordar que más allá de los controles y auditorias practicadas por el EPRE y EMESA a los fines de la previsión del art. 34 del Convenio de Concesión (punto II.2.), deberá la Autoridad Administrativa competente mantener los estrictos controles en el cumplimiento de los deberes y pautas contractuales a cargo del concesionario, en particular sobre el estado de mantenimiento de la obra, seguimiento de las curvas de trabajo e inversión, la verificación del cumplimiento de los plazos de ejecución según contrato, ejecución de la obra y demás obligaciones convenidas.

Finalmente se sugiere, atento al tiempo transcurrido desde el inicio de la concesión y particulares condiciones de renovación contractual pactadas (especialmente artículo 34 del Decreto N°1.942/97), se analice la posibilidad de celebrar una addenda complementaria que replantee los requisitos para la prórroga del plazo de vigencia del mismo así como que elimine la previsión de

¹¹ Se ha entendido que *"Cuando una norma jurídica predetermina la conducta que el órgano administrativo debe observar, se dice que su actividad es reglada. En este caso, el órgano no puede apartarse de lo que las normas le indican. Aquí las normas fijan lo que deben hacer los órganos administrativos: dada una situación de hecho corresponde dictar tal acto administrativo. Un ejemplo típico lo brinda el derecho jubilatorio, cuyas normas establecen minuciosamente cuáles son los beneficios que corresponden a los afiliado según sus respectivas situaciones."* (en ROBERTO DROMI. DERECHO ADMINISTRATIVO. TOMO 1. 13° EDICIÓN ACTUALIZADA, AÑO 2015. CIUDAD ARGENTINA. HISPANIA LIBROS).



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

renovación automática (en pos de la debida protección el interés fiscal¹²), en razón de que conforme surge de los informes técnicos emitidos (órdenes 8 y 13) existe una elevada probabilidad de que el promedio de ventas se mantenga muy por debajo de la pauta prevista (USD120.000.000,00), lo cual podría conducir, en la práctica, a una renovación sucesiva e indefinida del vínculo contractual práctica, hasta el cumplimiento del plazo máximo de 40 años.

4. COMPETENCIA Y PUBLICIDAD: el Poder Ejecutivo es el órgano competente para emitir el decreto proyectado en orden 24, conforme lo dispuesto en el art. 128 inc. 1) de la Constitución Provincial, art. 34 del Acuerdo de Concesión ratificado del Decreto N°1.942/97, art. 1 de la Ley N°5.507.

Una vez emitido el acto administrativo de renovación, deberá procederse a la publicación del mencionado decreto, garantizando así el principio republicano de gobierno (art. 1 de la C. Nacional –publicidad de los actos y transparencia¹³-)

¹² Obsérvese que en la normativa actual que rige el procedimiento general de contrataciones de la provincia de Mendoza, para contratos plurianuales, esta opción se encuentra actualmente vedada (art. 132 inc. j de la Ley N°8706).

¹³ Desde 1853 dentro del plexo de principios constitucionales, base de nuestra República, se ubica la publicidad de los actos de gobierno. A pesar de la importancia de este principio, el mismo no fue incorporado expresamente a la Constitución Nacional. La reforma constitucional de 1994 tuvo un importante impacto en la materia. La base de este derecho radica en los arts. 1 y 5 de la Constitución Nacional. Su alta relevancia se produce por una doble vía de recepción normativa: a) implícitamente, a través de la inclusión de nuevas disposiciones dentro del texto de la Carta Magna, y b) expresamente, mediante la incorporación de numerosos tratados internacionales de jerarquía constitucional. La obligación de dictar una ley de ética pública (Art. 36, último párrafo), la publicidad que deben dar los partidos políticos del origen y destino de sus fondos y patrimonio (Art. 38), la incorporación del habeas data como garantía de toda persona para tomar conocimiento de los datos referidos a ella y la finalidad con la que constan en registros o bancos de datos públicos (Art. 43, tercer párrafo) y la inclusión obligatoria de sesiones públicas para el acuerdo de nombramiento de sesiones de los jueces de la Corte Suprema y de los demás jueces inferiores (Art. 99 inc. 4) contribuyen a garantizar la transparencia en la gestión pública. También se encuentra el derecho de información adecuada y veraz (Art. 42) que, trasciende la protección específica de los usuarios y consumidores, y se extiende a toda la ciudadanía argentina. En un mismo rango constitucional, los tratados internacionales, a los que hace alusión el artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna, complementan expresamente el derecho de toda persona al acceso a la información pública. La Declaración Universal de Derechos Humanos propugna que "toda individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitaciones de fronteras, por cualquier medio de expresión". En un mismo sentido, el artículo 13.1 del Pacto de San José de Costa Rica determina (...) "la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole" (...), en idéntico lineamiento con el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, expuso: "...Bajo esta óptica, el acceso a la información pública así consagrado, se muestra como un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano, que es el de la publicidad de los actos de gobierno y transparencia de la administración. ...-Voto del Dr. Spacarotel-"; "...Y no vacilo en afirmar categóricamente que esa publicidad es inherente al estado republicano y democrático y que constituye una carga política de la función de gobierno... La publicidad de la actividad administrativa es uno de los principios rectores del Estado republicano, además del carácter esencial que reviste en el ejercicio de la defensa (arts. 12 inc. 4, 15 y concs., Const. Prov. cfr. mis votos en causas N° 546 "Gantus", sent.

y en concordancia con el art. 1 de la Ley N°6.335 (por la cual dispone que los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo deben ser publicados en el Boletín Oficial de la Provincia dentro de los sesenta días hábiles posteriores a su emisión).

5. PROYECTO DE NORMA LEGAL A EMITIRSE: en relación al proyecto de norma legal (orden 24), en términos generales no existen observaciones legales que formular al mismo, considerando que su redacción da cumplimiento a la materialización de los elementos esenciales previstos en los arts. 28 a 45 de la Ley N°9.003 (en relación al objeto, voluntad, competencia y forma).

III.- EN CONCLUSIÓN y en virtud de lo expresado en los párrafos precedentes, dictámenes, doctrina y jurisprudencia a la cual se remite, considero que en el marco de las previsiones del art. 37° de la Constitución de Mendoza, los arts. 1 y 2 de la Ley N°6.560, art. 34 del acuerdo ratificado por Decreto N°1.942/97, arts. 38, 39, 45 y cctes. de la Ley N°9.003; y normas que resultan aplicables analógica, supletoria o subsidiariamente, se podrá continuar el mismo hasta emitir el acto administrativo propuesto de prórroga del plazo, debiendo tener presente las medidas complementarias sugeridas en el presente (punto II.3).

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

Sirva de atenta nota de elevación.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS, FISCALÍA DE ESTADO.

Mendoza, 22/08/2023.

Dictamen N°1.114/23. AA. DG. JAT.

-EE-

9-8-05; N° 2352, "Di Pietro", sent. 20-4-06)... -Voto de la Dra. Milanta-" (Causa n° 10542-M CCALP "Bani Héctor Alfredo c/ Municipalidad de Mercedes y otro/a s/ Amparo", Sentencia del 4/5/2010). La CSJN ha afirmado, en sentido coincidente: "...el derecho a la información, de naturaleza individual, adquiere conexión de sentido con el derecho a la información de naturaleza social, al garantizar a toda persona el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos políticos, gubernamentales y administrativos." ("Fallos" 314:1517 "Vago" y 318:1114 "Rodríguez").