



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

Las actuaciones de referencia han sido remitidas a esta Dirección de Asuntos Administrativos¹ para su intervención y dictamen, en relación al llamado a licitación pública llevado adelante por el Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, Licitación Pública para la “Concesión de tres espacios para vehículos gastronómicos o instalaciones desmontables, en el edificio del Polo Judicial Penal”, según Pliegos de Bases, y sus Anexos acompañados, a todo lo cual me remito en honor a la brevedad.

I.- ANTECEDENTES: Obran como antecedentes relevantes de la presente pieza administrativa: en orden 16, se agrega Dictamen N°05/2023 de esta Secretaría respecto de los Pliegos presentados; en orden 48, luce nota de la Dirección General de Contrataciones Públicas respecto al modelo de contrato proyectado, adhiriendo al dictamen emitido por esta Secretaría Legal y Técnica de la Suprema Corte de Justicia; en orden 52, obra Resolución de Presidencia N°39.888 de fecha 02 de junio del 2023, por la que se autoriza a la Dirección de Contabilidad y Finanzas a tramitar Licitación Pública para la concesión de tres espacios para vehículos gastronómicos o instalaciones desmontables en sector Plaza Central ubicada en el Polo Judicial Penal. También se aprueba el Pliego de Bases y Condiciones Técnicas y Particulares de orden N° 30 (PLIEG- 2023-02305082-GDEMZA-SM#SCJ#PJUDICIAL) y el Modelo de Contrato de orden 45; en orden 58, se agrega constancia de publicación en el Boletín Oficial;

1



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

en orden 61 luce SOLICITUD DE REQUERIMIENTO/CONTRATACIÓN; en orden 63 obra listado de proveedores invitados a ofertar; en orden 67, corre agregada el Acta de Apertura de sobres donde se constata la presentación de CINCO sobres correspondientes a las firmas STELLA MARIS RUIZ, NORBERTO ALEJANDRO CUBIJINO, ASISTENCIA TOTAL S.R.L, LAUTARO LEONEL VIGNONI Y PABLO SEBASTIÁN SANTOS; en orden 133, se agrega el cuadro comparativo de ofertas; en orden 141 obra Informe de evaluación de ofertas; en orden 151, se agrega el análisis económico de las ofertas; en orden 155 luce el acta de preadjudicación; en orden 159, toma intervención la Secretaría Legal y Técnica emitiendo dictamen N°377/23; en orden 165 luce proyecto de norma.

II.- 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: previo a todo corresponde precisar que:

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 en la jurisprudencia³, realizando un control "en

² Dic. N° 1495/17 DAA, cuyo texto puede consultarse en www.fiscalia.mendoza.gov.ar.

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



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

general” del procedimiento y el cumplimiento de los pliegos y su adecuación al ordenamiento jurídico vigente (Decreto Ley N°4.416/81, y Dec. Reg. N°313/81; Ley N° 5.507 y Dec. Reg. N° 2.511/90; Ley N°9.003; Ley N°8.706, Dec. Reg. N°1.000/15, y normas complementarias).

1.2. Vinculado a lo anterior, la intervención de este órgano estará especialmente limitada al control de “juridicidad”⁴ del accionar administrativo, sin manifestación 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.

Finalmente dejo constancia que esta resultar ser la primera intervención de este Órgano de Control, dado que no fue oportunamente

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 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.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

remitido a consideración, de modo previo a la emisión del acto de aprobación del llamado a licitación pública.

2. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO GENERAL ARTICULADO: en el caso motivo de análisis, se observa que se ha recurrido al procedimiento general de contratación de "Licitación Pública", previsto en el art. 37 de la Constitución de Mendoza, el art. 139 de la Ley Nº 8.706 y su Dec. Reg. Nº1.000/2015, el art. 4 inc. b de la Ley Nº5.507 y Dec. Reg. Nº 2.511/90 y el art. 112, ap. III., de la Ley Nº9.003, lo que asegura la materialización de los principios esenciales de concurrencia, publicidad e igualdad, de raigambre constitucional y legal (sin perjuicio de la existencia de excepciones legalmente establecidas).

Ello en tanto el procedimiento general y regla para la selección del co-contratante del Estado Provincial (administración centralizada y/o descentralizada), surge de la disposición contenida en el Artículo 37 de la Constitución Provincial en cuanto expresa: *"Toda enajenación de bienes del fisco, compras y demás contratos susceptibles de licitación, se harán precisamente por esa forma y de un modo público bajo pena de nulidad ...salvo las excepciones que la ley determine en cuanto se refiere a la licitación"*.

La licitación (en sentido genérico tanto pública como privada) es un procedimiento legal y técnico que permite a la Administración Pública realizar una operación no sólo más ventajosa, sino también de acuerdo con las reglas jurídicas de índole constitucional. Los contratos administrativos implican colaboración particular en la gestión administrativa y esa colaboración debe atribuirse sobre la base de la igualdad de proponentes y la elección del más conveniente. La licitación, pública o privada, ofrece ventajas indudables, pues asegura generalmente los precios más ventajosos, elimina los favoritismos y las colusiones dolosas en la contratación administrativa, permitiendo un contralor eficaz, sin perjuicio de convertirse a veces en un procedimiento artificial, lento y rígido; dejando ante todo un saldo favorable que no deja dudas sobre su conveniencia.

Incluso se han previsto en distintos regímenes, mecanismos de participación pública en la elaboración de las normas de efectos generales,



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

lo que surge no solo por los procesos de corrupción estatal verificados en diversos países, sino que ha sido considerada obligación implícita en la Constitución Nacional por la doctrina desde hace ya tiempo (Agustín A. Gordillo, "La administración paralela", Cuadernos Civitas, Madrid, 1.982, p. 32) y se encuentra exigida como obligación de los Estados por norma supranacionales que nos obligan expresamente (art. 75 inc. 22 CN). Tales son el Pacto de San José de Costa Rica (art. 23.1), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 21.1), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XX) (ver Agustín A. Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2, 4º edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p.XI-4).

Nuestro país ha suscripto, además, la Convención Interamericana Contra la Corrupción (aprobada por Ley 24.759) que en su art. III, p. 5, establece la obligación de implantar "sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas"; y también, más recientemente, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por Ley Nº 26.097) donde se han previsto sistemas de prevención estableciendo que en "esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre litaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación", quedando claramente establecido que la publicidad, la participación y los controles constituyen mecanismos de indudable eficacia a la hora de procurar enfrentar el grave problema que nos aqueja en la gestión de los intereses públicos.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

3. PUBLICIDAD DEL ACTO QUE APROBÓ EL LLAMADO: en lo relativo a la publicidad necesaria del presente procedimiento, debe tenerse presente las disposiciones del Decreto N°2.511/90 y mod. (reglamentario de la Ley N° 5.507), y principalmente el art. 142⁷ de la Ley N°8.706, y su correlativo⁸ en el Decreto N°1.000/15, en cuanto disponen las pautas de publicación, ya sea mediante sitio web de la DGCPYGB, edictos en el Boletín Oficial y en diarios, dejándolo, esto último –en periódicos-, librado a lo que el ÓRGANO LICITANTE considere conveniente.

En tal sentido, he sostenido en dictamen precedente N°803/23⁹, entre otros, que el plazo – mínimo - entre la aprobación del llamado a licitación

⁷ El citado artículo indica: "La convocatoria a licitación pública, a subasta pública o remate deberá publicarse como mínimo una (1) vez en la página Web de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes, sin perjuicio de otros medios que se consideren convenientes según la naturaleza del procedimiento y para asegurar el principio de publicidad del mismo. Estas publicaciones deberán efectivizarse de la siguiente forma: con una antelación mínima de ocho (8) días corridos a la fecha de apertura a contar desde el día siguiente a la última publicación y sin contar el día de la apertura, para el supuesto de las licitaciones públicas nacionales, y con una antelación mínima de veinte (20) días corridos, computadas de igual forma, para el supuesto de Licitaciones Públicas que requieran difusión Internacional. Para el caso de publicaciones en el Boletín Oficial, exceptúese a los órganos licitantes del pago del canon correspondiente. La publicación Web debe poder consultarse permanentemente durante la vigencia del proceso licitatorio".

⁸ El artículo 142° - "Artículo 142 de la Ley N° 8706. Cómputo de Plazos de Publicación: los plazos de publicación, para los distintos tipos de contrataciones, deberán ser contados a partir del día posterior de la última publicación y hasta el día anterior al designado para la apertura.

Se deberá tener en cuenta que los plazos entre el llamado y la fecha de apertura de ofertas sean fijados atendiendo al monto y complejidad de la adquisición, considerando particularmente el tiempo requerido para que los potenciales oferentes preparen sus ofertas. No obstante lo indicado precedentemente deberá respetarse los plazos mínimos y los medios de publicación que para cada caso se detallan en el presente Reglamento.

Obligatoriedad de Publicación: todas las modalidades de contratación deberán ser publicadas en el Portal Web de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes (www.compras.mendoza.gov.ar), sin perjuicio de otros medios que la autoridad competente estime conveniente. La publicación del/los avisos deberán ser efectuadas de manera simultánea.

Plazos de Publicación: Se disponen los siguientes plazos de publicación:

1. Licitación Pública de Monto Menor: en los supuestos de licitaciones públicas cuyo monto no supere las veinticinco (25) veces al monto establecido en la Ley de Presupuesto Provincial para la contratación directa, se publicará como mínimo una (1) vez, en la página Web de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes, durante 8 (ocho) días corridos o 6 (seis) días hábiles, el mayor, sin perjuicio de otros medios de publicación que el funcionario competente considere conveniente.

2. Licitación Pública y Licitación Pública de Convenio Marco: en los supuestos de licitaciones cuyo monto supere las veinticinco (25) veces al monto establecido en la Ley de Presupuesto Provincial para la contratación directa, se publicará como mínimo una (1) vez, en la página Web de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes, durante 20 (veinte) días corridos o doce (12) días hábiles, el mayor. Además deberá publicarse una vez en el Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza, sin perjuicio de otros medios de publicación que el funcionario competente considere conveniente. Ambas publicaciones se realizarán en forma simultánea...".

⁹ Disponible para su consulta en www.fiscalia.mendoza.gov.ar.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

y el de apertura de sobres puede razonablemente ser ampliado por la Autoridad Competente en miras de permitirles a los eventuales participantes la correcta preparación de los diferentes sobres que componen la oferta.

En virtud de todo lo expuesto, y conforme constancia de orden 58 no tengo observaciones legales que formular en cuanto a la publicidad y difusión otorgada, entendiendo que el proceder del Órgano Licitante se ajustó al marco de juridicidad mencionado.

4. SUBSUNCIÓN DEL CASO A LAS PREVISIONES NORMATIVAS:

atento a lo expuesto, en el caso venido a dictamen considero que "prima facie" se habrían cumplimentado los pasos esenciales que se establecen para los procedimientos licitatorios en la Ley N°8.706, el Decreto N°1.000/15, pliegos que rigieron la licitación (orden 30), y disposiciones de la DGCPYGB, esto es: en orden 61 rola la Solicitud de Contratación (art. 139, punto "b" del Dec. N°1.000/15, y art. 1° de la Disposición DI-2019-036-E-GDEMZA de la DGCPYGB); en orden 58 se adjuntan constancias de las publicaciones de pliegos (art. 142, punto 2. del Dec. N°1.000/15); en orden 67 rola el Acta de Apertur (art. 149, 3° y 4° párrafo, del Dec. N°1.000/15); en orden 155, rola el Dictamen de Preadjudicación¹⁰ (art. 132 inc. "d" de la Ley N°8.706 – en cuanto resulta aplicable-, art. 149, parte pertinente, en todo lo relativo al funcionamiento de la Comisión de Preadjudicación, y art. 18 del PBCG); en orden 159 dictamen legal (art. 35 inc. "b" de la Ley N°9.003); en orden 165 se observa el proyecto de norma (art. 1° del Decreto N°1.428/18).

5. CRITERIOS DE EVALUACIÓN – PONDERACIÓN – AUSENCIA DE OBSERVACIONES A LOS TÉRMINOS DE LOS PCP: En cuanto al análisis sobre el proceder de la Comisión de Preadjudicación en la evaluación de ofertas presentadas, considero "prima facie" que el mismo se ha llevado a cabo conforme a un mecanismo preestablecido en los pliegos

¹⁰ Se resalta que el Informe de la Comisión de Pre-adjudicación, resulta razonablemente fundado, abarcando un análisis de las ofertas presentadas y observaciones y descargos formulados, desde los puntos de vista administrativa, contable – económico, y técnico, con sustento en informes de diversos organismos y entes de la Administración Pública Provincial, cumpliendo acabadamente con las previsiones normativas vigentes ut supra aludidas, al que me remito en honor a la brevedad dándose aquí por reproducido.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

que rigen el presente procedimiento licitatorio, aprobados por Resolución de Presidencia N°39.888 de fecha 02 de junio del 2023, que autorizó el llamado, lo cual revista una razonable fundamentación, no advirtiendo en general arbitrariedad manifiesta en el devenir de la Comisión, máxime si se tiene en cuenta que las condiciones técnicas, asignación de puntaje y criterios de evaluación previstos en los pliegos, no recibieron observaciones ni impugnaciones por parte de los oferentes participantes, quienes han consentido las mismas, cuya implementación tiene además expreso sustento normativo en el art. 149 párr. pertinente, del Decreto N°1.000/15.

En efecto, el citado art. 149 dispone expresamente que: *"...Criterios de Evaluación: Los organismos licitantes, considerarán la oferta más conveniente para el Estado, teniendo en cuenta en primer término el menor precio ofertado, y evaluado esto se atenderá también la experiencia de los oferentes, la calidad de los bienes o servicios ofertados, la asistencia técnica y soporte, los servicios de post venta, el plazo de entrega y cualquier otro elemento relevante. Estos u otros criterios deberán ser explicitados en los pliegos especiales, técnicos y particulares según corresponda, estableciéndose los puntajes y ponderaciones que se asignan a cada uno de ellos..."*.

Debe tenerse presente que oportunamente he sostenido en dictamen N°1.047/22¹¹ lo siguiente: *"...En relación a los recaudos de carácter técnico, y su inclusión en la grilla de puntuación (Art. 8.5.1), si bien conforme lo que se expresa en el punto IV de este dictamen no tiene esta Fiscalía de Estado incumbencia para expedirse, corresponde dejar sentado que, tal como he señalado en dictamen N°1215/19 precedente, los requerimientos en este sentido deberán responder a necesidades fundadas en relación al objeto licitado y su entidad, lo que requiere suficiente motivación a los efectos de evitar con requisitos excesivos y/o restricciones innecesarias, afectar el principio de "conurrencia" en las Licitaciones Públicas afectando sustancialmente este principio cardinal, cumplimentando además con los principios establecidos en los arts. 38 (no desviación de poder) y 39 (razonabilidad) de la Ley N°9003. Asimismo, deberán existir pautas*

¹¹ Disponible para su consulta en www.fiscalia.mendoza.gov.ar



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

objetivas claras y de ponderación del puntaje técnico -en relación a la valoración de los diferentes ítems que componen el mismo-, toda vez que en la medida en que exista mayor discrecionalidad por parte de la Administración en la asignación de dicho puntaje, se podría estar afectando tanto la transparencia del procedimiento como la posibilidad de los oferentes de controlar (y en su caso, impugnar) la asignación de dicho puntaje...”.

Los oferentes han participado en el procedimiento sin formular reserva alguna respecto del procedimiento de evaluación en los Pliegos de Condiciones Particulares (al menos no surge de las constancias de autos), debiendo considerarse ello como consentimiento de las imposiciones y términos previstos en los mismos, resultando en consecuencia incuestionablemente aplicables, por lo que no resulta válido, en principio, que se pueda en este tardío estadio procedimental, alzarse válidamente (interesados o terceros denunciante) contra las previsiones y asignación de puntajes de los aspectos técnicos y económicos.

6. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY N°9.237: en lo relativo a este aspecto, entiendo pertinente traer a colación lo sostenido en dictámenes N°0999/21¹² y N°0320/22¹³ de esta DAA, en donde oportunamente se dijo:

“...Cabe recordar que el mencionado cuerpo normativo contenido en la Ley N°9.237 estableció, en términos generales y aplicable al caso, la adecuación¹⁴ de la legislación provincial a los lineamientos previstos por la Ley N°27.401, determinándose en su art. 2¹⁵ - sujeto a reglamentación¹⁶ -

¹² El mismo fue emitido en EX-2021-06092664- -GDEMZA-FISCESTADO, con motivo de la denuncia formulada por TRAYLON S.A. en el marco de la adjudicación del procedimiento licitatorio para la contratación de un “Servicio Integral que comprenda la prestación al Instituto Provincial de Juegos y Casinos de un mínimo de seiscientos (600) y un máximo de novecientos (900) máquinas electrónicas, electromecánicas y/o electromagnéticas en un único local destinado a su funcionamiento ubicado en la Zona Este de la Provincia de Mendoza”.

¹³ Ambos dictámenes se encuentran disponibles para su consulta en www.fiscalia.mendoza.gov.ar.

¹⁴ El art. 1° dispone: “La presente ley tiene por objeto adecuar la legislación provincial a los lineamientos dispuestos por la Ley N°27.401, a los fines de su aplicación jurisdiccional y en el marco de las facultades provinciales, conforme a lo dispuesto en el artículo 28°, segundo párrafo, de la norma nacional citada. Las personas jurídicas tendrán los derechos y las obligaciones previsto para el imputado por la Ley N° 6.730, concordantes complementarias y modificatorias, en todo cuanto les sean aplicables.”

¹⁵ Art. 2°: “A los fines de contratar con los Poderes del Estado provincial, con sus órganos



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

que para contratar con el Estado Provincial, las empresas privadas deberán cumplimentar un Programa de Integridad.

Los programas de compliance son unos de los pilares de la Ley N°27.401 y tienen por principal objetivo estimular por parte de las personas jurídicas la adopción de mecanismos tendientes a la prevención de delitos. Conforme la propia definición legal, consisten en "sistemas de control y supervisión"¹⁷, que receptan un "conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley"¹⁸. En consecuencia, el contenido material del programa se encaminará a tal objetivo.

Conforme la ley mencionada, existe una serie de elementos y requisitos obligatorios que todo programa de compliance debe cumplir a ciertos fines legales, los que se expondrán a continuación. En relación con tales elementos obligatorios, el art. 23 de la Ley N°27.401 establece que "... deberá contener, ... al menos los siguientes elementos:"a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley;"b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la

y/o con organismos integrantes del sector público provincial o municipal, centralizados, descentralizados o autárquicos, las personas jurídicas privadas alcanzadas por la presente norma, sin excepción alguna, deberán cumplimentar un Programa de Integridad, conforme a los términos del artículo 6° de la presente Ley, siempre que tales contrataciones se encuentren comprendidas en los siguientes supuestos: a) se encuentren sometidas al régimen de la Ley N° 8.706, de Administración Financiera; o, b) se encuentren regidas por el Decreto Ley N° 4.416/80 de Obras Públicas, sus modificatorias y complementarias, por la Ley N° 5.507 de Concesión de Obras y Servicios Públicos, sus modificatorias y complementarias o por la Ley N° 8.992 de contratos de participación público privada (PPP). La acreditación del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 6° de la presente Ley, se realizará conforme las pautas que fije la reglamentación, de conformidad con lo previsto por el artículo 22° de la Ley N° 27.401 y teniendo en cuenta el monto y tipo de contrato a celebrar."

¹⁶ En comunicación oficial -NO-2021-06562695-GDEMZA-DGCPYGB#MHYF – remitida a esta DAA por el Director de la DGCPYGB de la Provincia, se informa que no hay normativas técnicas formales emitidas por ese órgano con la finalidad de operativizar el cumplimiento de lo previsto en el art. 2 de la Ley N°9.237 y que forma parte de las políticas de desarrollo sostenible.

¹⁷ Art. 9° de la Ley N°27.401

¹⁸ Art. 22 de la Ley N°27.401.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público;"c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados".

De la conjugación de las disposiciones de la Ley Nacional y su correlato en la órbita provincial, y atento a las disposiciones que rigieron el procedimiento licitatorio, se observa que, conforme advierte el Asesor Letrado interviniente del IPJYC y que plasma en los considerandos de la Resolución N°382/21, se ha dado cumplimiento a la disposición contenida en el PBCP –art. 26- en tanto se ha presentado la correspondiente Declaración Jurada (recaudo que fue cumplimentado por los tres oferentes participantes y a los que dio expreso tratamiento la Comisión de Preadjudicación remitiendo al mismo), por lo que no es cuestionable la admisión de las ofertas presentadas por presunto incumplimiento de este recaudo (el que por otro lado no era un recaudo de admisibilidad de la oferta).

Ahora bien, observo sin embargo que debería haberse dado efectivo cumplimiento a las restantes disposiciones contenidas en la Ley N°9.237 (y Ley Nacional a la cual me remito, que imponen el cumplimiento de diversos recaudos en su arts. 22 y 23) al suscribirse el respectivo contrato y en tanto las mismas sean operativas y no requieran de reglamentación.

Ello, en tanto la mencionada disposición es de orden público y en virtud del principio de jerarquía normativa vigente en los procedimientos administrativos de contratación, su aplicación deviene incuestionable, al menos en los aspectos que resulten operativos en el marco del análisis de la legislación provincial y nacional citada y que resulta aplicable (art. 1 y cctes. de la Ley N°9.237 y art. 1, inc. I, b) de la Ley N°9.003) y en todos aquellos aspectos que la misma sea operativa toda vez que la falta de reglamentación en la provincia de Mendoza no obsta su vigencia respecto de ese tipo de disposiciones¹⁹, especialmente en el presente supuesto en

¹⁹ Esta DAA ha opinado en diversos antecedentes que: "...cabe señalar que es un principio general que la vigencia, validez y eficacia de la legislación en análisis no está, "prima facie", supeditada a la existencia de la reglamentación, pero ello en tanto la norma en cuestión sea lo suficientemente operativa para permitir su aplicación directa, tal como lo tiene resuelto la C.S.J.N. al entender que la omisión o retardo en el ejercicio de la facultad reglamentaria no obsta a la aplicación directa de la norma legal cuya operatividad no ofrece dudas (C.S.J.N., Fallos: 262:468, caso "Campomar", 1965). Ver Expte. N°14953-A-12-18006 y sus



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

atención a la relevancia y complejidad del objeto licitado y la natural entidad de las empresas y/o grupos económicos que normalmente se presentan como oferentes.

En efecto, cabe recordar que he sostenido en forma invariable que el principio de "jerarquía normativa" tiene en el ámbito administrativo, entre otras derivaciones, la de que la actividad administrativa que se despliega en los procedimientos licitatorios tiene determinadas consecuencias, a saber²⁰: debe sustentarse en normas jurídicas, cualquiera sea su fuente constitucional, legislativa o administrativa ("Normatividad jurídica"); ninguna norma o acto emanado de un órgano inferior podrá dejar sin efecto lo dispuesto por otros de rango superior; las normas u órdenes del superior no pueden ser derogadas o rectificadas por el inferior –en tanto ello atañe a la unidad del sistema y al normal desenvolvimiento del orden jurídico (art. 31 de la C.N.)- ("Jerarquía Normativa"²¹); la administración no puede conceder prerrogativas o privilegios a unos y negar arbitrariamente derechos a otros, estando obligada a dar participación igualitaria a los interesados cuando existen intereses contrapuestos (principio de contradicción), debiendo cumplir indefectiblemente con las previsiones de los Pliegos de Condiciones para poder concurrir al procedimiento, ya que éstos son "la ley del contrato" que obligan por igual a los administrados interesados y a la administración (vg. "Radeljak"²²; y SCJ Provincia de Mendoza, en "Rukán SRL c. Mun. De Malargüe s/apa"²³, "Fiat Auto Argentina c. Prov. de Mendoza s/apa"²⁴, "CEMPSA c. provincia de Mendoza

acumulados; Dict. N°01861/12, 21/12/2012 y en Expte. N° 2110-d-2015-05179 – Fiscalía de Estado – Asociación de Trabajadores del estado formulan denuncia contra el presidente del HTCref ingreso de personal a planta permanente; Dict. N°940/15, entre otros.

²⁰ Sobre este aspecto puede consultarse lo que he expresado en REVISTA JURIDICA REGION CUYO – NOVIEMBRE DEL 2017. N°3. "Los caracteres de la licitación pública en la actualidad. Breves nociones de la legislación nacional y de la Provincia de Mendoza. Nociones doctrinarias y jurisprudenciales". Publicación: Revista Jurídica Región Cuyo - Argentina - Número 3 - Noviembre 2017. Fecha: 07-11-2017, IJ-CDLXXXIII-707.

²¹ La C.S.J.N. nulificó un procedimiento en el cual se insertaron cláusulas que no respetaron normas de superior jerarquía sobre disposición y administración de bienes estatales (CSJN: 30/09/03, "El Rincón de los Artistas c. Hospital Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario", Fallos: 326:2700. Igual postura en fallos citados "Calipsa" y "Espacio".

²² CSJN, Fallos 311:2831. Igual posición ha sostenido en "Hotel Internacional de Iguazú v. Nación Argentina", Fallos 308:618; Fallos 311:2831, y "Vicente Robles S.A. v. Nación Argentina", Fallos 316:382, entre otros.

²³ S.C.J. Provincia de Mendoza, 20/10/1998.

²⁴ S.C.J. Provincia de Mendoza, 11/07/2008.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

s/apa”²⁵ (“principio de igualdad”²⁶); todo acto de la administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen, debiendo existir una relación lógica y proporcionada entre el consecuente y el antecedente, entre el objeto y el fin (art. 28 de la C. N.) (“principio de razonabilidad”), y la posibilidad de control judicial posterior -judiciabilidad de los actos de la administración- (“principio de control judicial posterior”)²⁷. Así las cosas, considero que las disposiciones operativas contenidas en la Ley N°9237 y Ley Nacional N°27.041 a la cual adhiere, son de aplicación en el procedimiento licitatorio, por obvias razones de jerarquía normativa, existiendo incluso expresa obligación de cumplimentar con este tipo de programas reconocida en el mismo PBCP (en cuanto exige la presentación de la correspondiente declaración jurada que debe tener su lógico correlato en la existencia del Programa de Compliance requerido y el cual incluso fue objeto de consulta) y habiendo cumplimentado incluso los oferentes la presentación de la correspondiente “declaración jurada” al respecto al materializar sus propuestas en el procedimiento licitatorio (conforme art. 26 de los PBCP), resulta procedente subsanar la omisión en cuanto a la presentación del Programa de Integridad referido, dando cumplimiento a las disposiciones operativas contenidas en las leyes de marras (especialmente arts. 6 de la Ley N°9237 y 21 y 22 de la Ley Nacional N°27401)...”.

5. COMPETENCIA DEL LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA : considero que la SCJ Mza resulta competente para adjudicar la licitación pública que se tramita en autos, tal como se encuentra previsto en proyecto de resolución adjuntado en orden 165, conforme surge de los arts. 142 de la C. Mendoza, 139, 146 y c.c. de la Ley N°8.706, arts. 139, 146 y c.c. del Decreto N°1.000/15.

6. PROYECTO DE NORMA: en relación al proyecto que obra en orden 165, cabe señalar que desde el punto de vista formal y general, no tengo observaciones legales que formular, encontrándose debida y

²⁵ S.C.J. Provincia de Mendoza, 03/08/2009.

²⁶ Debe recordarse que el principio de “igualdad” supone igual tratamiento para situaciones iguales (CSJN; 199:268; 27:414) permitiendo que se establezca distinto tratamiento para diferentes situaciones.

²⁷ Dict. N°585/21, de fecha 23/06/21.



FISCALÍA DE ESTADO
Dirección de Asuntos Administrativos
PROVINCIA DE MENDOZA

suficientemente motivada, lo que en el presente supuesto es obligatorio en razón de lo prescripto por el art. 45 incs. a) y d) última parte 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).

El "acto administrativo" (arts. 28 a 45 de la Ley N°9.003) a emitirse, el que queda debidamente conformado con la "notificación" del mismo a los interesados (arts. 46 y 47 de la Ley N°9.003), deberá ser comunicada con estricto cumplimiento de las previsiones del art. 150 de la Ley N°9.003.

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, 132 inc. "d", 139, y cc. de la Ley N°8.706, arts. 80 –en lo que resulte aplicable–, 142, 146 y cc. del Decreto N°1.000/15, arts. 28 a 45, 112, ap. III. de la Ley N°9.003, art. 4 inc. b de la Ley N°5.507 y Dec. Reg. N° 2.511/90 y normas que resultan aplicables analógica, supletoria o subsidiariamente, puede procederse a la emisión del acto de adjudicación, con las observaciones y salvedades indicadas en el presente.

Todo lo expresado salvo mejor criterio de la superioridad.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS-FISCALÍA DE ESTADO.

Mendoza, 30/10/2023

Dictamen N°1.634/23. JAT

-EE-