



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

**Ref.: EX-2019-07262040- -GDEMZA-
DGSERP#MSEG.**

AL SEÑOR

FISCAL DE ESTADO

DR. FERNANDO SIMÓN

S / D

Vienen las actuaciones de referencia a esta Dirección de Asuntos Administrativos para su intervención y dictamen en relación al procedimiento de adecuación de precios solicitado por la empresa Clisa Interior SA -en fecha 28/08/2019- de la ración de alimentos a partir de los servicios prestados desde el 28/08/2019 al 30/09/2019, y en un segundo tramo desde el 01/10/2019 en adelante y/o nueva adecuación, sobre la Licitación Pública N° 2001/2019-127 "*Expte. 4273381 -2019 Raciones alimentarias para el servicio Penitenciario Provincial*", originado en los mayores costos denunciados por la empresa como consecuencia de "*el exagerado, extraordinario e imprevisible cambio económico financiero en el país*", conforme surge de la solicitud del proveedor que obra en orden 2, en el ámbito del Ministerio de Seguridad, a cuyos términos y lectura me remito en honor a la brevedad.

I. - ANTECEDENTES: Obran como antecedentes relevantes de la presente pieza administrativa:

a) en órdenes 2/5 nota del 28 agosto de 2019 y documentación complementaria presentada por el Sr. Daniel Sat, en



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

representación de la empresa Clisa Interior SA, donde solicita adecuación del precio de la ración de alimentos a partir de los servicios prestados desde el 28/08/2019 al 30/09/2019, y en un segundo tramo desde el 01/10/2019 en adelante y/o nueva adecuación, sobre la Licitación Pública Nº 2001/2019-127 "Expte. 4273381 -2019 Raciones alimentarias para el servicio Penitenciario Provincial", originado en los mayores costos denunciados por la empresa como consecuencia de "el exagerado, extraordinario e imprevisible cambio económico financiero en el país" a cuyo contenido me remito en honor a la brevedad;

b) en orden 6 y completado en orden 21, se encuentra informe técnico de la Coordinadora de la Dirección General del Servicio Penitenciario;

c) en orden 26 Dictamen legal de la Dirección de Asesoría Letrada del Ministerio de Seguridad que cita dictámenes de Asesoría de Gobierno y esta Fiscalía de Estado respecto a la procedencia de la aplicación de la "teoría de la imprevisión" y la posibilidad de lograr la recomposición del contrato, entendiendo finalmente en el caso concreto "*...Que habiéndose acreditado los extremos de la Ley, este departamento jurídico estima procedente arribar al convenio de adecuación de precios...*" y "*...Que si bien el pliego establece el tope del 15% semestral del informe técnico acompañado se advierte que el reconocimiento ascendería al 21%. La cláusula insertada en el pliego no resulta razonable, toda vez que el instrumento legal del reconocimiento de mayores costos tiene como fundamento la "imprevisibilidad" de manera que como se ha analizado se debe reconocer la diferencia entre lo que el proveedor pudo prever (pauta inflacionaria, la cual fue del 23% según*



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

informe) y la verdadera inflación producida. Ese es el espíritu de la norma legal prevista en el art. 150 del Decreto 1000/15 la ley a la cual reglamenta. Cualquier tope que se intentara imponer vulneraría los derechos del administrado y volvería obsoleto el instrumento legal que nos ocupa. En consecuencia para la aplicación de las previsiones del art 150 resulta indispensable evaluar el reconocimiento evaluando la verdadera ruptura de la ecuación económica-financiera en su totalidad. Por lo que estimamos no deberá aplicarse la cláusula 4 del PCP, aplicarse los presupuestos de la Ley 8706 y su Decreto reglamentario y estarse a los montos efectivamente acreditados conforme la ruptura económica que se ha producido. Luego de dicha evaluación este servicio jurídico estima que no existen objeciones legales que formular a arribar a un convenio dentro de los parámetros legales fijados...";

d) en orden 35, observación del delegado de Contaduría General de la Provincia, donde requiere justificar la no aplicación del punto 4 del Pliego de Condiciones Particulares al decir: *"Tener en cuenta lo especificado en la SECCION "A" del Pliego de Condiciones Particulares, en el Punto 4 dice: "El proveedor adjudicatario podrá solicitar en concepto de adecuación de pecios hasta un 15% semestral, aplicado éste sobre los items materia prima, sueldos y contribuciones patronales de la estructura de costos de la empresa...En caso que el proveedor adjudicatario presente pedido de adecuación, el mismo deberá ser efectuado con una periodicidad mínima de seis meses, en cuyo caso el Organismo licitante reconocerá el incremento en los costos detallados en el párrafo anterior, no así un aumento en el monto de la utilidad...Esta forma de adecuación es entendida por el órgano licitante como la aplicación de la teoría del sacrificio compartido. La documentación*



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

respaldatoria que presente la empresa adjudicataria como justificación del incremento de sus costos en ocasión de requerir una adecuación de precios, será puesta a consideración y control de los Organismos fiscales nacional y provincial." Por lo tanto se solicita justificar la no aplicación de lo reglamentado ut supra....".

e) en orden 38, proyecto de Decreto del Sr. Gobernador de la Provincia;

f) en orden 40 obre informe de la Dirección General del Servicio Penitenciario que sostiene "...Al respecto, y dado el reclamo realizado por la Empresa, es necesario destacar que los porcentajes de inflación acaecidos durante el segundo semestre del año 2.019, y puntualmente en los meses de agosto a diciembre de dicho año (fecha en la cual el proveedor centra su reclamo), superan ampliamente el 15% previsto por el Pliego de condiciones Particulares, el cual estaba destinado a un posible mecanismo de reajuste. En este caso particular, esta Dirección General de Administración considera procedente la aplicación de la teoría de la imprevisión, dados los datos oficiales sobre los cuales se ha basado cada uno de los informes técnicos realizados, por lo cual se estima pertinente aplicar el 20,1% oportunamente informado. Resulta imposible inferir cuál fue la pauta inflacionaria que tuvo en cuenta la Empresa al momento de elaborar la oferta, por lo cual este Ministerio consideró razonable utilizar en los cálculos la pauta de inflación del 23% prevista por la Nación para el 2019, porcentaje que a su vez fue utilizado por Mendoza para elaborar el Presupuesto Provincial para ese ejercicio. Este porcentaje ha sido distraído del análisis previo a arribar al ajuste propuesto, es decir que el ajuste a reconocer es sólo sobre los mayores costos



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

erogados por encima de la inflación esperada del 23%. Por otra parte deberá considerarse la paritaria del gremio que agrupa al personal gastronómico, la cual en el mes de mayo de 2.019 fijó un incremento del 28% en tres cuotas (10% junio 2019, 15% octubre 2019 y 3% en marzo 2020), y el hecho que la fecha de apertura de licitación (y por ende la de confección de la oferta) fue en el mes de marzo de 2.019. Otro aspecto a tener en cuenta es que la Empresa en su reclamo agregado en orden 2 a 5 solicita un importe de \$308,54 para el primer tramo desde el 28/8/19 al 30/9/19 y de \$320,41 desde el 01/10/19 en adelante, montos considerablemente mayores a los \$ 301,78 determinados en el informe anterior. Cabe destacar que en dichos cálculos se mantuvo invariable el monto de la utilidad de la Empresa, tal como lo establece el Pliego de condiciones particulares, pudiendo entenderse dicha situación como aplicación del principio del sacrificio compartido¹. Con lo anteriormente explicado esta instancia considera que se encuentra justificada la imprevisibilidad aducida por la Empresa, dado que la cláusula inserta en el artículo 4° de Pliego no resulta suficiente para recomponer la ecuación económico-financiera, primando de esta manera lo establecido en el art. 150 de la Ley N° 8706 y de su Decreto reglamentario N ° 1000/15...”;

g) en orden 43 rola Dictamen del Director de Asuntos Legales del Ministerio de Hacienda y Finanzas, en razón de que la Sra. Contadora General de la Provincia remitió las actuaciones a esa Dirección a fin de dictaminar concretamente si habiéndose previsto en el PCP un sistema de ajuste, resulta posible apartarse del mismo aplicando otros mecanismos no contemplados expresamente en el citado pliego. En dicho dictamen, se hace un

¹ Se deja desde ya destacado que esta explicación no resulta clara sobre la aplicación del principio del sacrificio compartido, ya que no surge específicamente qué es lo que resigna la empresa.



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

detallado análisis sobre *"...los distintos mecanismos o sistemas de adecuación de precios y/o de recomposición contractual existentes, ante situaciones que importen alteraciones en el equilibrio de los contratos que pueden tener lugar por cambios en las variables económicas..."*, *"...Al respecto, por medio del Art. 150 del Decreto Nº 1000/15 se ha previsto un mecanismo de adecuación de precios que otorga derecho al proveedor a solicitarlo, frente al supuesto de producción de significativas modificaciones en los precios de contratación que repercutan en la ecuación económica financiera de los suministros contratados. Como requisito de procedencia, exige al proveedor demostrar fundadamente que se ha producido una modificación de tal magnitud en su estructura de costo o en su costo de reposición, que torna excesivamente oneroso continuar con la prestación del servicio o entrega del bien, requiriéndole al efecto, 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. Este mecanismo contempla la celebración de acuerdos de adecuación sobre la base del principio del sacrificio compartido. La adecuación de precios prevista en la norma citada, puede conceptualizarse como un reajuste de precios ex - lege, es decir, por imperio de la ley..."* y luego agrega *"...Por otra parte, adicionalmente, se prevén contractualmente mecanismos de adecuación de precios, tal como resulta en el caso, lo dispuesto por medio del Punto 4 de la Sección "A" del Pliego de Condiciones Particulares correspondiente a la "Licitación Pública Raciones Preparadas Nº 2001", obrante en el orden nro. 20 del EX- 2018 - 04273381 - GDEMZA - DGSERP#MSEG. A criterio del suscripto, la citada cláusula importa por sí misma admitir y acordar un cierto grado de previsión ante esperables alzas de precios, estableciendo un límite temporal y porcentual a las*



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

modificaciones que impacten en el precio del contrato, habilitando una recomposición contractual mediante un mecanismo ágil y reglado tendiente a mantener el equilibrio de las prestaciones sobre la base de referencias objetivas externas a las partes, exigiendo como recaudo para su procedencia, que el proveedor justifique, mediante documentación respaldatoria, el incremento en sus costos que daría motivo o fundamento al requerimiento de adecuación.... ". Finalmente entiende "De modo tal que corresponde aceptar la aplicación de la imprevisión incluso frente a la existencia de estipulaciones contractuales destinadas a adecuar el precio del contrato, cuando estas no resulten de una razonabilidad o proporcionalidad adecuada para mitigar distorsiones que repercutan significativamente en la ecuación económica del contrato, en desmedro de una de las partes contratantes. Ello, por imperio de lo dispuesto por el Art. 112 bis. incs. 5) y 6) de la Ley N° 9003, debiendo guiarse asimismo, para la adopción de una decisión al respecto, por reglas interpretativas en materia contractual, como lo es el principio previsto por el Art. 112 V) de Ley N° 9003, que establece que la "La interpretación del contrato debe favorecer la vigencia y continuidad del contrato", y la valiosa pauta interpretativa contenida en el Art. 1011 del CCyC, en cuanto dispone que "En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos..." y concluye "...Finalmente, teniendo en cuenta que la



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

posibilidad de adecuación del contrato en el marco citado responde a la existencia de 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", a los efectos de una nueva adecuación, de no acreditarse los supuestos exigidos para su procedencia, deberá estarse a las previsiones contenidas en el Punto 4 de la Sección "A" del Pliego de Condiciones Particulares, de modo tal que para solicitarla deberá respetarse la periodicidad mínima de seis meses contados desde la última adecuación, con un límite del 15% semestral. Por lo expuesto, en el entendimiento de que existirían prima facie elementos que posibilitarían la adecuación del contrato en los términos del Art. 1091 del CCyC, por expresa disposición del Art. 112 bis. incs. 5) y 6) de la Ley N° 9003, se remiten las presentes a su consideración y efectos...";

h) a orden 46, el Subsecretario de Hacienda informa "Me dirijo a Ud. a fin de remitir expediente donde se tramita la adecuación de precio por las raciones alimentarias para los privados de la libertad, que se encuentran en nuestro Servicio Penitenciario. Con N° de Ley 9219, se aprobó el Presupuesto Provincial, donde se tiene en cuenta el aumento en las raciones...";

i) en orden 49, rola intervención de Contaduría General de la Provincia, donde aprueba el comprobante de afectación preventiva agregado en autos.

II.- 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



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

Fiscal (defensa del patrimonio de la colectividad y del Estado), art. 177 de la Constitución Provincial, Ley N° 728, Decreto N° 1428/18 y normas complementarias, considerando oportuno realizar las siguientes consideraciones²:

1. - El art. 150 del Decreto N°1000/15 (reglamentario del art. 150 de la Ley N°8706³), 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*

² Respecto del tema puede compulsarse Dictamen N° 1751/11 de fecha 30/12/11, emitido por esta Dirección de Asuntos Administrativos en Expte. N° 2473-E-2011- 31007 caratulado "*Solicitud del Sr. Lopresti*" –el cual también es citado en el dictamen de orden 23 por la Asesoría Letrada del Ministerio de Seguridad-, donde se enumeran los requisitos para su procedencia:1) Recaudo 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 N°1000/15. Puede consultarse asimismo Dictamen N° 1438/17 en www.fiscalia.mendoza.gov.ar.

³ Si bien no es objeto del presente dictamen, dejo constancia de que debería analizarse la necesidad de incorporar esta previsión o texto análogo en el art. 150 de la Ley N°8706, ya que el mismo tienen solo fuente reglamentaria y por su naturaleza –procedimiento de adecuación de precios y alteración de condiciones contractuales pactadas- debería tener sustento legislativo.



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

contrataciones de tracto y sucesivo y Licitación Pública por Convenio Marco. A tal fin, será 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. 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. – Respecto a la posibilidad de acceder a la adecuación de precios, recientemente se efectuó un extenso análisis en Dictamen N° 403/2020, de fecha 07/04/20, al cual me remito y doy aquí por reproducido en honor a la brevedad⁴, no obstante lo cual, corresponde aclarar que en aquel caso se trataba de una readecuación de precios regida por normas contractuales y legales, ya que se encontraba dentro de las previsiones de los pliegos que rigieron la licitación, situación que “prima facie” no sería la de autos, ya que las circunstancias particulares del presente caso serían tan imprevisibles que harían inaplicable aún la “previsión” efectuada en el Pliego de Condiciones Particulares, por resultar insuficiente a fin de recomponer el equilibrio económico del contrato.

⁴ Texto completo puede consultarse en www.fiscalia.mendoza.gov.ar



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

En primer término cabe recordar que el principio de "jerarquía normativa" tiene, en el procedimiento administrativo, entre otras derivaciones, la de que la actividad administrativa que se despliega en los procedimientos licitatorios tiene determinadas consecuencias a saber⁵: 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"⁶); 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"⁷; y SCJ Provincia de Mendoza, en "Rukán SRL c. Mun. De Malargüe s/apa"⁸, "Fiat Auto

⁵ Sobre este aspecto puede consultarse lo que he expresado en REVISTA JURIDICA REGIO CUYO – NOVIEMBRE DEL 2017. Nº3. "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

Cita: IJ-CDLXXXIII-707.

⁶ 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".

⁷ 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.

⁸ S.C.J. Provincia de Mendoza, 20/10/1998.



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

Argentina c. Prov. de Mendoza s/apa”⁹, “CEMPSA c. provincia de Mendoza s/apa”¹⁰ (“principio de igualdad”¹¹); 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”).

En este sentido, y en el marco de lo expresado precedentemente, entiendo que la eventual alteración del límite impuesto en los pliegos de condiciones que rigieron la contratación original, solo podrá materializarse en caso de demostrar en forma acabada e incontrastable, la alteración sustancial de la ecuación económico financiera de forma tal que el límite impuesto en los pliegos se torne insostenible (Sección A del Pliego de Condiciones Particulares, pto. 4) y en tanto: a) exista fundamento legal al efecto; b) las circunstancias generadoras de esta solución sean de carácter objetivo de modo tal que se hubieran aplicado en análogas circunstancias a cualquier oferente adjudicado frente a propuestas legítimamente materializadas¹²; y c) devengan en una solución razonable suficientemente motivada (arts. 38 y 39 de la Ley N°9003).

En segundo lugar, cabe señalar que, esa excepcionalidad deviene además y conforme lo tiene dicho esta Dirección de Asuntos Administrativos en

⁹ S.C.J. Provincia de Mendoza, 11/07/2008.

¹⁰ S.C.J. Provincia de Mendoza, 03/08/2009.

¹¹ 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.

¹² Debe efectivizarse un estricto control de los precios que se ofertan en el procedimiento licitatorio, para garantizar que la problemática existente y analizada no deviene de una “oferta vil” o de “precio irrisorio” en su origen con el objeto de hacerse acreedor de la adjudicación y la posterior e ilegítima intención de ajuste por encima de las condiciones del Pliegos.



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

causa análoga precedente¹³, de que la adjudicataria es cocontratante del estado provincial como consecuencia de su participación en un procedimiento licitatorio (N° EX-2018-04273381- -GDEMZA-DGSERP#MSEG), en el cual ha participado sin reserva alguna, consintiendo en consecuencia, la imposición prevista en el pliego de condiciones, conforme los claros términos del art. 8 de los mismos y que le resultan en consecuencia incuestionablemente aplicables¹⁴, por lo que no es válido "prima facie" considerar que puede en este tardío estadio procedimental, alzarse válidamente contra la previsión contractual cuya modificación se pretende.

Ello en tanto debió actuar con la diligencia del buen hombre de negocios¹⁵, siendo oportuno además señalar que al contratar con la administración, debe tenerse especial diligencia (al igual que al ofertar en los procedimientos de adquisición), conforme doctrina sentada por la Procuración del Tesoro de la Nación.

En efecto, ha dicho el mencionado órgano de asesoramiento que: *"... al respecto, cabe recordar -antes que nada que, según ha sido sentado en múltiples ocasiones por la Procuración del Tesoro de la Nación, expresando*

¹³ Dict. N°489/17. Texto completo puede consultarse en www.fisalia.mendoza.gov.ar

¹⁴ Artículo 8: CONOCIMIENTO Y CONFORMIDAD: El sólo hecho de cotizar precio y remitir la oferta económica por medio electrónico, implica el pleno conocimiento de los pliegos generales, particulares, técnicos, circulares y cualquier otra documentación que se hubiese publicado en la página Web de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes. Cualquier modificación, sustitución, alteración o condiciones que consignen los proponentes en la formulación de sus cotizaciones que estén en pugna con los mismos, serán de ningún valor ni efecto, subsistiendo éstas en la forma establecida según convenga o no a los intereses del Estado.

¹⁵ La fórmula de un 'BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS' (previsto entre otras normas, en el art. 59 de la Ley N°19.550), recuerda la del 'BUEN PADRE DE FAMILIA', pero es sustancialmente diferente. El BUEN PADRE DE FAMILIA es la persona que pone los cuidados propios del hombre común medio. Esta exigencia del 'BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS' es mucho más estricta, ya que no basta el modelo de un buen hombre común, sino que se exige del administrador una especial aptitud profesional.



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

que: "...el mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra... dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia del postulante que excede la común al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación ..." (ver Dict 163:477)..."(dict. N°067/95, de fecha 10/05/95). En igual tenor ha sostenido que: "...el mero hecho de presentarse a una licitación engendra un vínculo entre el oferente y la Administración -que queda supeditado a una eventual adjudicación-, lo que presupone un grado de diligencia del postulante que excede el común, de modo que su silencio hace presumir lisa y llanamente la aceptación de los términos fijados por el Estado" (conf. dictámenes P.T.N. 163:477; 211:370; 259:415; 282:1). Que, en consonancia con ello, el mismo órgano ha sostenido que "las cláusulas de los Pliegos de las licitaciones les permiten a los oferentes hacer sus previsiones; y si el proponente no ha cuestionado esas cláusulas, debe entenderse que las conoce en su totalidad y, más aún, que las aceptó y las consintió" (conf. dictámenes P.T.N. 233:94; 234:452; 259:415; 282:1 y dictamen N°67/95).

Lo expresado precedentemente deja inmerso al cocontratante en la doctrina del "sometimiento voluntario a un régimen legal", cuyo desarrollo y fundamentación se ha efectuado en diversos dictámenes de esta Dirección de Asuntos Administrativos, a los cuales se remite¹⁶.

Por lo expresado ut. supra, solo puede coincidir con la argumentación esgrimida en el dictamen de orden 43 de la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Hacienda y Finanzas (en cuanto recurre a los mecanismos ex lege y posterga la aplicación del previsto contractualmente), entendiendo a esta

¹⁶ Dictámenes Nros. 0345/12 y N°1081/14 de esta Dirección de Asuntos Administrativos Texto completo puede consultarse en www.fiscalia.mendoza.gov.ar, dictámenes precedentes.



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

situación como EXCEPCIONALISIMA, siendo el principio general la necesaria aplicación de los mecanismos establecidos en el Pliego de Condiciones, en tanto estén previstos, para proceder a la recomposición pretendida (Sección A, pto 4) ya que son la "ley del contrato".

En ese contexto y solo con ese carácter, podría adoptarse el razonamiento vertido en el dictamen de orden 43, que deriva en la inaplicación de la norma contractual limitativa, remitiendo a los fundamentos jurídicos del plexo general, contenido no solo en el art. 150 del Decreto 1000/15, sino en otras disposiciones legales, tales como el art. 112 bis inc. 5) y 6) de la Ley 9003¹⁷; art. 2 del Decreto N°401/20¹⁸ ratificado por Artículo 1° Ley N° 9220¹⁹ (en tanto exista vinculación objetiva con la misma y teniendo en consideración, respecto de este régimen que no se encontraba vigente al momento de la presentación y de los dictámenes e informes, lo que puede haber motivado su omisión en las citas) y el art. 1091²⁰ del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N°26994) - que refieren a la teoría de la

¹⁷ Ley N° 9003, art. 112 bis: "Son atribuciones de la Administración:... 5. Si durante la ejecución del contrato sobreviniere una situación imprevista, y a falta de un régimen de renegociación contractual, será aplicable el Artículo 1091 del Código Civil y Comercial. Las partes deberán perseguir la adecuación del contrato con miras a alcanzar su finalidad pública, antes que su resolución total o parcial. 6. El reajuste de precios ex lege o por cláusula contractual no elimina totalmente la aplicación de lo dispuesto en las normas precedentes, en caso de alteraciones que excedan el alcance normal de la previsión...".

¹⁸ Publicación en el B.O.:21/03/2020. "Artículo 2° - En virtud de la emergencia declarada, el Poder Ejecutivo podrá por el plazo de 12 (doce) meses desde la publicación del presente: a) Renegociar contrataciones comprendidas en razón de su objeto en las Leyes Nros. 8706 y 4416 y demás normas modificatorias y complementarias".

¹⁹ Publicación en el B.O.: 4/04/2020.

²⁰ Ley 26994, art. 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

imprevisión, instituto cuyo desarrollo hemos efectuado en Dictamen N° 1751/11 de fecha 30/12/11, emitido por esta Dirección de Asuntos Administrativos en Expte. N° 2473-E-2011- 31007 caratulado "Solicitud del Sr. Lopresti", al cual me remito y doy aquí por reproducido en honor a la brevedad- y en dictámenes N°465/11 del 09/05/11 y N°598/16 del 27/07/16, entre muchos otros²¹.

²¹ He expresado en el dictamen 465/11 (citado en "Concesión de Servicios Públicos", incluido en el Tomo III de la Obra colectiva "Legislación Usual Comentada-Derecho Administrativo" publicada por Thompson Reuter La Ley en junio de 2015. P. 615. y ssgtes.) aludido que: "...En efecto, se ha expresado al respecto que si bien el precio es intangible, no es inmutable, ya que puede sufrir variaciones derivadas de previsiones contractuales (vg. cláusulas de variabilidad de precios, adicionales, intereses, etc.); cuando se ha producido la alteración de elementos no contractuales de la remuneración (por ejemplo por voluntad del legislador²¹) y aun frente a la comprobación suficiente de la alteración sustancial de la ecuación económico financiera del contrato²¹ o con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa²¹. En el dict. 598/16 amplié esta postura explicando que: "...Sin perjuicio de ello, también la doctrina y jurisprudencia han admitido que, excepcionalmente, puedan introducirse modificaciones fundadas en la alteración de la ecuación económico - financiera (por existir cierta imprevisibilidad de las mismas al momento de ofertar o contratar) y/o en razones de interés público, acreditando (a los efectos de mantener el concepto de igualdad) que en iguales circunstancias los oferentes hubieran tenido idéntico tratamiento (vg: en contratos de larga duración, frente a la solicitud de mayores costos y sujeto a estrictos condicionamientos -puede compulsarse al respecto Dictamen N° 1751/11 de fecha 30/12/11, emitido por esta Dirección de Asuntos Administrativos en expte. N°2473-E-2011- 31007 "Solicitud del Sr. Lopresti"-; puede consultarse también dictamen de la Asesoría de Gobierno N°688/92 y 518/92; Dictamen de Fiscalía de Estado N°380/02, 465/11 y 1707/11, Fallo de la Suprema Corte de Justicia en "HORCAS A. c/Municipalidad de Guaymallén s/ A.P.A.", del 24/10/95, dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, N°000134 del 18/08/2011 en Dictámenes, 278:133). Ahora bien, la facultad de adecuar los contratos administrativos, independientemente de la eventual existencia de normas transitorias o permanentes que permiten a las autoridades administrativas materializar tal accionar (sean de índole legal²¹ o contractual²¹), es reconocida dentro de determinados y precisos condicionamientos, como atribución general de la administración²¹ -y en este caso en virtud de expresa previsión de los Pliegos que rigieron el procedimiento licitatorio- con el objeto de propender a la obtención de los fines públicos que motivaron la contratación, y debe ser analizada no solo desde el punto de vista referido precedentemente, sino también desde la óptica de la conveniencia para la administración pública. Se ha expresado en este sentido que: "...la obtención de objetivos de interés público, entre otros, es mejorar la oferta de servicios, aumentar los niveles de inversión y eficiencia, mayor protección de los derechos de los usuarios, compatibilizar la prestación del servicio con las sobrevivientes exigencias normativas y progresos tecnológicos, garantizar la continuidad de la prestación, etc., constituyen la causa fundamental habilitante de la actividad administrativa de renegociación de los contratos, la que deberá ser apreciada razonablemente en cada caso..."²¹. Dicho de otro modo, si el estado posee atribuciones suficientes para introducir modificaciones contractuales a favor del administrado (bajo ciertos condicionamientos), no se observa cuál sería el impedimento para que se introduzcan igualmente modificaciones cuando las mismas redundan en su beneficio y que además, tienen el expreso consentimiento del oferente adjudicatario (que es el que las ha propuesto)...".



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

3.a - El cumplimiento de los recaudos del art. 150 del Decreto 1000/15 en este caso concreto y de acuerdo a las constancias agregadas, se analiza a continuación, observándose que: la adecuación ha sido solicitada y fundada por el proveedor (órdenes 2/5) 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 reposición, que torna excesivamente onerosa continuar con la prestación del servicio o entrega del bien"*, lo que se habría acreditado por el presentante en órdenes 2/5; se impone además en 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 alimentarias); finalmente, debe asimismo 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 cual se ha materializado en órdenes 2/5.

3.b - Especial consideración merece el requisito establecido en dicho artículo respecto a que *"En todos los casos, los acuerdos de adecuación*



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

deberán resignar posiciones considerando el principio del sacrificio compartido”, ya que no surge en forma clara en autos que se haya cumplido con el mismo, no obstante la aprobación del cálculo por parte de la Contaduría General de la Provincia –organismo técnico con competencia específica respecto a ello-.

En efecto, en los proyectos de convenio y de decreto adjuntados en autos, se sostiene en forma genérica que *“...la empresa Clisa Interior S.A., resigna también posiciones, renunciando al cobro de intereses, y/o cualquier otro importe y/o concepto adicional o distinto de los estipulados expresamente por el presente convenio...”*, sin especificarse el monto que estos implican –ni se ha adjuntado en autos informe alguno sobre ellos- que permita entender claramente cuál es el valor y el tamaño de la pretensión a la que renuncia la contraparte del Estado, a fin de sopesar con el importe al que renuncia el Estado – en el caso, más de \$32 millones de pesos-.

Es por ello que se entiende necesario efectuar, en forma previa a la firma del convenio y el decreto proyectados, un **informe ampliatorio** que clarifique el contenido del esfuerzo compartido por cada una de las partes del contrato, con su correspondiente valoración por parte de las autoridades correspondientes, volcando luego todo ello en la referida documentación proyectada (especialmente en los considerandos de la resolución a emitirse en el marco de lo dispuesto en el art. 45 incs. a) y c).

3. c - En definitiva, una vez cumplido con la aclaración requerida en el punto precedente, conforme lo expresado en los párrafos antecedentes del presente dictamen y en base a las constancias de las actuaciones citadas al efecto, se entiende que se habrían cumplido los recaudos establecidos para



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

admitir la procedencia de la adecuación de precios solicitada, en el marco de lo dispuesto por el art. 150 de la Ley N° 8706, art. 150 del Decreto N°1000/15, art. 112 y 112 bis inc. 5) y cc. de la Ley 9003; art. 2 del Decreto N° 401 /20 ratificado por ley N°9220 (en cuanto pueda corresponder su aplicación según lo expresado oportunamente) y art. 1091 del CCCN (Ley N°26994).

4. - En relación al proyecto de norma que obra en orden 38:

4.1- 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).

4.2 - Desde el punto de vista **particular** deberá:

4.2.1. incorporarse una referencia al informe ampliatorio requerido en el punto 3.b y que se emita en ese marco -y a su correspondiente valoración por la autoridad-;

4.2.2. corregirse la cita del art. 1090 del CCCN por el que corresponde que es el art. 1091 del CCCN y quitarse la referencia a la cláusula 4 sección A del Pliego de Condiciones Particulares, por no ser de aplicación al caso -en tanto esa sea la conclusión a la que se arribe-.

5.- En relación al proyecto de convenio que obra en orden 48, deberá adecuarse a las modificaciones que se efectúan al proyecto de Decreto, así



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

como también incorporase la referencia a la normativa aplicable al caso allí referida.

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 técnicas²² (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 Nación²³, valorando además los aspectos tratados conforme los informes de los órganos consultivos competentes, según doctrina sentada por el órgano nacional aludido²⁴.-

IV - CONCLUSIÓN: En virtud de lo expresado, reafirmando el principio general de la plena sujeción a los Pliegos de Condiciones que

²² Esto tiene especial relevancia respecto tanto al informe técnico de órdenes 6 y 18 de la Dirección General del Servicio Penitenciario, como la aprobación de los cálculos efectuada por la Contaduría General de la Provincia a orden 46.

²³ 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).

²⁴ 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

rigieron el procedimiento y que conforman el contrato respectivo original, tanto de la Administración como el cocontratante del estado, considero que solo en el caso excepcionalísimo de que se considere suficientemente acreditada la existencia de una alteración sustancial de la estructura de costos del proveedor de tal magnitud que justifique acabadamente la inaplicación de la previsión del pto 4 de la Sección A de los Pliegos de Condiciones Particulares, debidamente verificados que sean los parámetros establecidos en el punto II.2 y salvadas las observaciones efectuadas en los apartados II.3.c y 4 del presente (especialmente emisión del "informe ampliatorio" suficientemente fundado y que acredite indubitablemente la aplicación de la teoría del sacrificio compartido), correspondería la adecuación del precio de las raciones alimentarias en los términos propuestos en las presentes, sin atender a la limitación prevista, en tanto se observe y acredite en forma precisa la inexcusable aplicación del principio del sacrificio compartido, todo ello en el marco de lo previsto en los arts. 150 de la Ley Nº 8706, art. 150 del Decreto Nº1000/15, art. 112 y 112 bis inc. 5) y 6) de la Ley 9003; art. 2 del Decreto Nº401/20 ratificado por Artículo 1º Ley Nº 9220 y art. 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación²⁵ (Ley Nº 26994) 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.

En lo sucesivo se recomienda al Ministerio de Seguridad VALORAR fundadamente a través de los departamento contables, técnicos

²⁵ Ha dicho la SCJProvincial que la teoría de la imprevisión (entonces regulada por el art. 1198 del CCyC de Vélez Sarsfield) es aplicable a los contratos administrativos (Expte. Nº43281, "Base SRL y Fibroeste SRL c. Prov. De Mendoza ", 31/02/1995, LS 253-079).



Fiscalía de Estado

Dirección de Asuntos Administrativos

PROVINCIA DE MENDOZA

y/jurídicos la incorporación de la cláusula limitativa establecida en el punto 4 de la Sección A de los pliegos de condiciones y que se persigue inaplicar en el caso concreto.

Sirva la presente de atenta nota de elevación.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS -FISCALÍA DE ESTADO-.

Mendoza, 27/04/20.-

Dictamen N°0494/20. DG-LF-AA. -EE-



Gobierno de la Provincia de Mendoza

2020 - Año del Bicentenario del paso a la inmortalidad del Gral. Manuel Belgrano

Nota

Número:

Mendoza,

Referencia: dic. readecuación Min. seguridad

A: Fernando Mario Simón (FISCESTADO),

Con Copia A:

De mi mayor consideración:

El documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 22 pagina/s.

Sin otro particular saluda atte.