------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 13 días del mes de Noviembre del año dos mil doce, reunido en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia de su titular, Dr. Fernando S.L. ROYER y asistencia de los Sres. Ministros, Dres. Daniel Luis CANEO y José Luis PASUTTI para dictar Sentencia Definitiva en los autos caratulados: **"M. D. Sociedad de Responsabilidad Limitada c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. N° 21.770-M-2009)**.- Según el sorteo practicado a tal fin, de conformidad con la Acordada Nº 3204/00, y atento el cambio de Presidencia acaecido el día 01 de Abril del corriente, correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. CANEO, PASUTTI y ROYER.----------

------ Acto seguido se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es procedente la demanda? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A la primera cuestión el Dr. CANEO, dijo:----------

------1.- La empresa M. D. S.R.L. -proveedora de servicios turísticos- pretende de esta Sala la declaración de nulidad del Decreto N° 408/09, por considerarlo ilegítimo al haber sido dictado -aduce- en violación a la normativa jurídica, calificándolo de arbitrario.----------

///--- Comenta que la constitución de esta Sociedad data del 15 de julio de 2002, que tiene su sede en la ciudad de Trelew, se halla inscripta en la Inspección General de Justicia (en adelante IGJ) bajo el N° 6269-Fº 198/199

del Libro I - Tomo V de Sociedades Comerciales. En tal carácter, se presentó como oferente en la Licitación N° 1/08 convocada por la Subsecretaría de Turismo y Áreas Protegidas dependiente del Ministerio de Comercio Exterior e Inversiones que tramitó por Expediente N° 136/08 MCE.----------

------ Expone que el objeto del llamado, fue el otorgamiento de seis (6) permisos para la prestación del servicio de avistaje de ballenas en aguas del Golfo Nuevo con salida desde Puerto Pirámides; la apertura de las ofertas tuvo lugar el 8 de octubre de 2008 y la autoridad de aplicación era la Subsecretaría mencionada, mientras que la autoridad adjudicante –añade- era el Poder Ejecutivo; según la reglamentación dada en el Pliego de Bases y Condiciones Generales y Particulares que se agregó a fs. 291/309 del trámite administrativo.----------

------ Resume que se presentaron siete (7) Oferentes “W. A. S.R.L.”, “P. S. T. de A. S.R.L.”, “S. S.”, “H. S. S.R.L.” “B. S.R.L.”, “J. S.” y la accionante. La reglamentación dada por los Pliegos -destaca- creaba una Comisión de Preadjudicación que tuvo entre otras facultades la de evaluar las ofertas presentadas, emitir dictamen sobre esa evaluación y expedirse con un orden de preferencia respecto de las ofertas. Dice que según la clasificación que asignó, a la accionante le correspondió el sexto lugar y ///a la empresa “P. S…” el séptimo, subrayando que “*se hallaba entre los prestadores adjudicados”*.----------

------ No obstante, acota, con anterioridad, la Comisión había efectuado observaciones respecto de su Sociedad, y también a “W. A. S.R.L.” quien

estaba en la primera posición, porque ambos postulantes *"no adjuntaban a sus presentaciones suficiente acreditación de la personería como la habilidad para comprometer la sociedad que representan, ya que no existe constancia de la inscripción en el registro correspondiente y en la Inspección General de Justicia"* (fs. 189). Si bien ello constituía una causal de rechazo de la oferta; según explicó la Comisión había oficiado a la Inspección referida, pero llevó a cabo el análisis de las propuestas sin la respuesta correspondiente.----------

------ Aduce la accionante que las objeciones fueron subsanadas cuando llegó el informe aludido, que -según justifica- "*daba cuenta de la normalidad de la personería oportunamente invocada en la oferta"* (fs.189 vta.). Argumenta que así lo reconoce la Disposición N° 23/09 de la mencionada Subsecretaría, en la cual además, "*se inicia una confusa objeción a la parte legal de la estructura de M. D. S.R.L."* (fs. 189 vta.). Luego, en la Nota N° 107/SSTyAP/09 dirigida al Ministro de Comercio Exterior Turismo e Inversiones para que diera continuidad, con la intervención de distintas áreas administrativas a la adjudicación, se advierte –anota- de la inconveniencia y objeciones de la ahora accionada para ser titular de uno de los permisos licitados, sugiriéndose el rechazo ///de la oferta y la sustitución de ésta por "P. S …". Corrido el traslado de la misiva referida, rechazó la totalidad de los conceptos y solicitó la adjudicación; lo que es respondido por la Disposición N° 068/SSTyAP/09 que rechazó la impugnación comentada.----------

------ Contra esa decisión -recuerda- dedujo recurso jerárquico (14.04.09) pues, "*mientras se hallaba transcurriendo el plazo legal… (*para recurrir)

…se tomó conocimiento por …los medios masivos de comunicación …que se daba por concluido el trámite administrativo licitatorio dándose a conocer los adjudicatarios…y no figuraba…” (fs. 190). No obstante -señala- antes de que venciera el término referido, solicitó por ante el Ministro del área su ampliación, la que expiraba el 14 de abril de 2009. Menciona que los anuncios se emitieron el 14 y 15, y el día 17 -siempre del mismo mes y año- fue notificada del Decreto N° 408/09.----------

------ Explica que por ese acto, se adjudicaron los permisos y que en el art. 2° se rechazó la oferta de quien ahora acciona. Relata los detalles de los Considerandos, destacando que se hallaba pendiente el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Disp. N° 68/09. Allí finca la actora la arbitrariedad del mismo, señalando *“…para el Decreto N° 408/09 no existe dicho Recurso…el mismo no fue objeto de tratamiento y la norma final fue dictada sin dar cuenta de tal circunstancia, quiere decir que la citada norma fue dictada sin haberse cumplimentado con el trámite administrativo reglamentado…Ley I N° 18”* (fs. 191).----------

------ Sostiene que *“es incomprensible”* que el Ministro del área no haya tomado en cuenta que había otorgado a la hoy actora una prórroga del ///plazo para recurrir y refrende el Decreto impugnado junto al Sr. Gobernador. Lo mismo reprocha a la Asesoría General de Gobierno y deduce *“…que al momento de dictarse el Decreto …la máxima autoridad…ignoraba la existencia de dicho Recurso. Es decir que no conocía que la Disposición N° 68/09 que creyó definitiva no se hallaba firme”* (fs. 191).----------

------ Agrega que la Disposición N° 100/SSTyAP/09 del 15 de abril desestimó el Recurso Jerárquico, expresando "…*la fecha de la Disposición…del mismo día que el Decreto lleva a la …presunción de la existencia de una falsedad. Esta Disposición…fue dictada con posterioridad al Decreto puesto en crisis y …el Decreto fue dictado estando pendiente el Recurso"* (fs. 191 vta.). Manifiesta que el 17 de abril dedujo recurso de nulidad para todas las actuaciones administrativas posteriores a la presentación del Recurso Jerárquico de lo que no recepcionó respuesta. Lo mismo sucedió -completa- con la Reconsideración planteada el 21 de abril contra el comentado Decreto.---

------ En el Apartado V. FUNDAMENTACIÓN DE LA PETICIÓN la accionante expone extensamente (fs. 192 vta./207 vta.) las razones por las cuales plantea la nulidad del Decreto referido.----------

------ Comienza por cuestionar si la licitación estaba sometida a reglas o sujeta a la discrecionalidad de la autoridad competente. Refiere que para la selección se estableció en el Pliego como pauta para evaluar las ///ofertas, la creación de una Comisión de Pre-Adjudicación, que debía ponderarlas conforme al Anexo IV y lo detalla. Estima que se acató el dictamen, porque "…*la selección realizada mediante puntaje fue aceptada en su totalidad, incluyendo la forma de solución de las observaciones realizadas*" (fs. 193). Aún cuando el mismo Pliego -advierte- preveía en el art. 21° que "*el dictamen, opiniones informes de esta Comisión tendrán efecto informativo"*.----------

------ Proporciona un concepto de “Licitación Pública” y de ello deriva que se trata de un procedimiento administrativo en donde cada uno de los actos que la componen se encuentran concatenados de forma tal que carecen de entidad sino es dentro de la totalidad de la licitación. Entre sus caracteres -indica- la juridicidad, la verdad material y el informalismo. Considera que en esta licitación “*no existió conflicto que llevara a determinar sobre la actitud o facultad de la autoridad competente respecto del acto de adjudicación. …las Disposiciones 023 …reconoció la totalidad de la validez del dictamen de la Comisión de Preadjudicación. Dio por enmendadas las observaciones realizadas por la misma respecto a la personería invocada oportunamente por M. D…no hubo disidencia alguna entre los que adjudicaron y lo evaluado por la Comisión de Preadjudicación. La ponderación de Ofertas realizada…fue hecha suya por la autoridad competente…* y con ello concluye *“…la adjudicación final no se da en razón del uso de la facultad de discrecionalidad que poseía la autoridad…* (fs. 193 vta.). Dice que su exclusión se realizó en base a un concepto jurídico y es revisable administrativa y judicialmente.----------

///--- El Decreto N° 408/09 –asevera- da en sus Considerandos las razones por las cuales cree la Administración que la accionante “*no cumplió con los requisitos de admibisibilidad”*. Recuerda que se objetó que *“no había presentado suficiente acreditación de su personería y de la habilidad para comprometer a la Sociedad que representan”* porque *“…no se encontraba inscripta …ante la IGJ ni en el Registro Público de Comercio y por otro lado que el plazo del Contrato Social se hallaba vencido en su fecha”* (fs. 194 vta.).----------

------ Justifica que la defensa realizada por la Sociedad coincidió con el informe que luego remitió la citada Inspección y arguye que la omisión de inscripción en el Registro de la designación de Administradores en una Sociedad no puede ser opuesta a terceros, que ese administrador obliga a la Sociedad y su designación -completa- tiene validez desde que se efectúa y no desde su inscripción. Además en relación a la vigencia del contrato social -alega- la IGJ informó que la Sociedad se halla inscripta en ese bajo el N° 6269 desde el 6 de agosto de 2002 y que "*ha tramitado su prórroga por el término de cincuenta años la que se encuentra registrada bajo el n° 7147 de fecha 3/01/06…*" (fs. 195). Itera que así lo reconoció la Disposición N° 23/09 SSTyAP.----------

------ No obstante, -arguye- continuaron objetándola como oferente, invocando para ello los arts. 15° y 21° del Pliego. Sin considerar -destaca- que el último precepto mencionado establece también que la Comisión podrá pedir que aclaren ciertos puntos de sus ofertas, ///justifiquen su rechazo o que completen cierta documentación. Esgrime que, en su lugar, la Subsecretaría mediante Nota N° 107/09 realiza nuevas imputaciones de irregularidades contra quien ahora acciona. Ello -subraya- lo lleva a concluir en encuadrar la oferta de M. D. dentro de las causales de rechazo y transcribe de ésa "*si bien la Comisión de Preadjudicación juzga insuficiente la documental acompañada para acreditar personería, en virtud de la falta de inscripción del instrumento, lo cierto es que la presentación adolece de las siguientes falencias…*" (fs. 196). Acusa que ello es contradictorio, insistiendo que la autoridad había reconocido que las enmiendas de la Comisión se hallaban salvadas (Disposición N° 23/SSTyAP/09).----------
---

------ Enumera las deficiencias comentadas. Que el Contrato Social "*estaba vencido*" realizando confusas conclusiones relativas a sociedad de hecho y/o irregular, a pesar -controvierte la actora- del informe de la IGJ que aclaró que la Sociedad había extendido su vigencia por 50 años. Que la autoridad administrativa no consideró la cesión de cuotas sociales, por no estar inscripta, dándole a ésa carácter de *constitutiva.* Que tuvo por no designada a la socia Administradora; explicando la postura de la Provincia expresa "*no siendo la socia R. M. M. como Administradora…no es válida la oferta de M. D. SRL pues carece de personería para obligar a la Sociedad. …de los cuatro socios originales –en la versión de la autoridad de aplicación- habían quedado dos pues los socios …D. y …C. al momento de la designación ya no detentaban la calidad de socios pues …habían vendido sus cuotas sociales a R. M. M. convirtiéndola en socia mayoritaria…*". Y completa "*quedando dos socios y no obstante ser ///…M. socia mayoritaria necesitaba legalmente para su designación como administradora el voto del socio restante por más minoritario que fuere…se invoca el art. 160 LSC y se concluye que no ha sido respetada la mayoría de la norma ni por el contrato social"* (fs. 196 vta. y 197). Aduce la accionada que, lo aseverado por la autoridad, no es cierto ni real, carece de basamento jurídico, subrayando que deviene en arbitrario e ilegal el acto de adjudicación. La cuarta afirmación es que, al carecer M. de la calidad de Gerente o Administradora, el Acta Gerencial que dispone la presentación en la licitación carece de validez pues -según la Provincia- debió tener la firma del otro socio.----------
---

------ Cuenta la actora que corrido traslado a la Fiscalía de Estado, ese organismo que advierte al Sr. Ministro sobre la necesidad de correrle vista para que ejerza su derecho de defensa antes de rechazar la misma. En ese descargo -refiere- se limitó a señalar que el contrato social no estaba vencido y explicó que la designación de la Administradora contó con la mayoría de los socios representando a la mayoría del Capital en la reunión realizada el 17 de octubre de 2007.----------

------ A continuación, reitera y proporciona fundamentos para controvertir los cuatro argumentos antes mencionados. Destaca que la Disposición N° 68/09 reconoce como un equívoco la objeción referida al vencimiento del estatuto societario porque el mismo -alega- estaba vigente. Sin perjuicio de que ambos actos (la Nota y la Disposición) ///fueron suscriptos por la misma persona, del análisis de ese acto administrativo -razona- se concluye que el rechazo de la oferta se concentra en *"falta de registración al momento de apertura de las ofertas de la Cesión de Cuotas Sociales de M. D."*, *"Irregular designación o inexistencia de designación de Gerente u Órgano de Administración de la Sociedad"* (fs. 198).----------

------ Esgrime que la primera objeción acusó a la Sociedad de no haber cumplido con el art. 9° inc. k ap. A) del Pliego de Bases y Condiciones por no haber acompañado el contrato social actualizado y debidamente inscripto. Lo cual se controvierte -itera- con lo aseverado en la Disposición N° 23/09 donde -según su postura- se tuvo por acreditada la personería y habilidad para firmar la documentación de la Sociedad. Sostiene que "*se dijo que la documentación que se había acompañado con la oferta era válida y luego en el decurso de la actuación se volvió a objetar. Los oscuros*

Considerandos de la Disposición…023 nada nos aclara…” (fs. 198 vta.).----
---

------ Manifiesta que la Disposición N° 68/09 rechaza su propuesta basándose en “*que sin perjuicio de lo constitutivo o declarativo que su inscripción acarrea…la cesión de cuotas sociales importa …una modificación del contrato social, teniendo relevancia fundamental pues trae aparejada la modificación de Capital y …a como se forma la voluntad social en la toma de decisiones entre las que se encuentra la designación del órgano de administración. Ello vinculado a lo que requiere el pliego…art. 9° respecto que al momento de presentar las ofertas debe tenerse el contrato social actualizado y debidamente ///inscripto”* (fs. 199). Menciona que el acto administrativo comentado, cita “*casi textualmente*” el dictamen de la Dirección de Asuntos Legales, que se aleja -acusa- de la primera opinión técnica que había expuesto desechando tanto el informe de la IGJ como de la Comisión de Preadjudicación, contradicción que relata a fs. 199 vta.----------
---

------ Hace referencia al escrito con el cual ejerció su derecho de defensa donde indicaba que “*el contrato de cesión de cuotas sociales, es un acto extra societario que a la sociedad le resulta indiferente”*. Alega además que “*no hubo modificación del contrato social, el mismo queda como era entonces y solo hubo sustitución de titulares de cuotas sociales*” (fs. 199 vta.) y cita doctrina, agraviándose de que sus argumentos no fueron contestados.----------

------ En su lugar -insiste- la Disposición citada confunde dos hechos: la inscripción de la cesión de cuotas con la cesión de cuotas en sí, esgrimiendo que la circunstancia de que la cesión no esté inscripta *"no implica que no sean válidas las resoluciones que se tomen…"* (fs. 200). De ello colige que *"todas las obligaciones que contrajo y contrae la Sociedad son jurídicamente válidas"* (fs. 200 vta.).----------

------ Transcribe parcialmente (fs. 200 vta./201) el Dictamen de la Asesoría Legal antes mencionado y el de la Fiscalía de Estado, los que –sostiene- evidencian un "*innecesario formalismo de la autoridad licitante"* opinando que "elevar a una categoría legal al Pliego de Bases y ///Condiciones que no pueda ser alcanzado por el sistema jurídico vigente …es cuanto menos reprochable". Da un concepto de "Licitación Pública" y expone sus caracteres para subrayar que el posicionamiento expuesto en la Disposición N° 68 violenta el "formalismo moderado" como característica del procedimiento administrativo que lo distingue del derecho privado. Destaca "*cuando esas formas pueden ser subsanadas y hacen a exigencias formales no esenciales. Esto es aplicable aún en las licitaciones…principio adoptado por...la Ley I -N° 18 en su art. 26° inc. 2) fue abandonado por los funcionarios intervinientes en este proceso licitatorio adoptando…la formalidad de los procedimientos del derecho privado"* (fs.201 vta.). Refiere a los principios de *igualdad* y *concurrencia* explicando que por el primero, no se le conceden facilidades que a otros se les niegue, pero tampoco …*poner las máximas exigencias cumplida por una de las partes como medición de todas las demás sobre todo cuando no son esenciales al procedimiento"* (fs. 202). Justifica, con cita de Comadira, lo que da en

llamar “*esencialidad de las formalidades”*.----------

------ Analiza la Sociedad actora las normas del Pliego invocadas por la autoridad de aplicación para excluirla de la licitación -arts. 9 inc. k. Ap. a) y 15° inc. b)- y luego de transcribirlas, interpreta que la mencionada en primer término en ningún momento fija que los requerimientos allí enunciados sean “bajo apercibimiento” o contengan una causal de “rechazo”, manifestando “*cuando… dice…deberá “agregar” la fotocopia del estatuto o contrato social debidamente inscripto, su falta de “agregación” debe ser tomada dentro del resto de la norma licitatoria… establece una serie de posibilidades para lograr la enmienda de alguna ///circunstancia…”* (fs. 202 vta.) Porque además -añade- el art. 21° faculta a la autoridad a solicitar a los oferentes que aclaren “ciertos puntos de la oferta” y en caso de no dar cumplimiento a esa intimación -destaca- quedar fuera de la compulsa, todo lo que debe hacerse antes de la adjudicación. Arguye que este fue el criterio del área legal al emitir el Dictamen N° 16/09 del 28 de enero de 2009, que modificó con posterioridad “*de manera inopinada”*. En relación al art. 15°, observa que sanciona la falta de firma de pliegos y la acreditación de personería del firmante y dice la Sociedad actora que ningún acto de los cumplidos cae dentro de las causales de rechazo establecidos en el Pliego.----------

------ A continuación, para “*aclarar la constitución de la Sociedad…y los cambios que fue teniendo…”* narra que se constituyó el 15 de julio de 2002, siendo sus socios originales R. M. M. con una participación mayoritaria del 95% y A. B. con el porcentaje restante. El 29 de agosto de 2005 -añade- se

produce la cesión del 50% de las cuotas sociales quedando compuesta de la siguiente manera: R. M. M. el 50%, G. T. G. con el 25%, C. A. D. con el 12,85% y R. M. C. con el 12,15%. El 19 de mayo de 2008 -continúa el relato- se transfieren cuotas sociales de los socios D. y C. a la socia M. quedando esta última con el 75% y mantiene T. G. su porcentual.----------
---

///--- Menciona que según la Cláusula DECIMOCUARTA del Contrato Social, el Sr. A. B. era gerente de la misma, hasta que el 30 de agosto de 2005 renunció y se designó en ese cargo al socio D. Luego, el 19 de octubre de 2007, hubo una reunión de socios en la que se trató la renuncia del nombrado y se procedió a nombrar a M. Sin embargo, aclara la accionante, que el 19 de mayo de 2008, se perfeccionó un Acta en la que se pone de manifiesto que por distintos motivos de funcionamiento continuó ejerciendo su cargo hasta ese día. En la misma oportunidad -relata- los socios D. y C. convinieron ceder la totalidad de las acciones a M., se modificó la Cláusula SEPTIMA del Estatuto societario y fue designada Gerente de la Sociedad.---
---

------ Califica como “formalista” la postura adoptada por la Autoridad de aplicación que, en los Considerandos de la Disp. N° 68/09, tomada en el Dto. N° 408/09, que expresaba “*la acreditación de la personería y habilidad del firmante debe analizarse en base a la documentación acompañada a la oferta en el acto de apertura, en tanto su no cumplimiento resulta ser causal de rechazo de la Oferta”*. Para ello consideró el Contrato Social, el de Cesión de Cuotas Sociales y el Acta de Gerencia de la cual autoridad de aplicación dedujo que la designación de la socia M. contó con la

concurrencia de D. y C. que a ese momento no eran más socios y resumió: la designación de M. contó solamente con su voto, fincando en ello el incumplimiento de lo normado en el art. 160 de la Ley de Sociedades. Contradice M. D. esa interpretación, esgrimiendo que *"lo que no expresa la Disposición …es cómo llegan a la conclusión que cuando los ///socios D. y C. producen la designación de la suscripta como Gerente los mismos ya no eran socios…"* (fs. 205). Estima que como ambas cuestiones sucedieron en un mismo acto y en un mismo documento, la autoridad de aplicación considera que la designación de la Gerente como un hecho posterior no tuvo validez; dice que cuando *"se realizó la designación de Gerente los Sres. D. y C. todavía eran socios. Luego realizan la venta y ambos actos se hacen constar en un mismo documento que es el Convenio de Cuotas Sociales."* (fs. 205 vta.). Funda con el principio general de la buena fe cita las normas del Código Civil y doctrina, y aduce que *"no es correcto suponer que dos actos que fueron puestos en un mismo documento…hayan tenido una secuencia que deje sin efecto a una de ellas. La derivación lógica es que se produjo la renuncia de D. a la Gerencia, se designó nueva Gerente y luego D. y C. vendieron las cuotas sociales. Cuál es la circunstancia que impide interpretar esos actos de esta manera?"* (fs. 205 vta./206). Con ello asevera que la designación estuvo bien realizada y contó con el voto de los socios nombrados.----------

------ Indica que adjuntan las copias de las Actas donde consta en forma manuscrita la reunión de socios de fecha 30 de mayo de 2005 y de las fojas 27/28 del Boletín Oficial del 25 de octubre de ese año en donde fue publicada la misma; ya que -según refiere- a los mejores fines de funcionamiento de la Sociedad cuando debían comunicar las decisiones

societarias a la IGJ hacían una copia de aquellas mecanografiadas para el envío respectivo. Lo mismo sucedió -completa- con las Actas de la ///reunión de socios del 19/10/2007 y 19/05/2008 y así surge del B.O. del 14/10/2008; subrayando *"…si bien la publicación se realiza…posterior a la fecha de apertura de ofertas, la petición de inscripción fue solicitada con fecha 05/06/2008 es decir con bastante anterioridad…"* (fs. 207). Y adjunta las fotocopia respectivas.----------

------ Explica que, al realizarse la Licitación, M. D. se componía de dos socios y dadas las "*circunstancias que se habían planteado"*el Socio T. G. se presentó en los actuados administrativos y ratificó todo lo hecho por la Sociedad en ese trámite, con anterioridad al acto de adjudicación; entiende la accionante que "*tiene una subsanación posterior por lo que un Juez …no dejaría de reconocer, en base a ello, la obligatoriedad asumida por esta Empresa en todas sus partes"* (fs. 207).----------
---

------ En el Apartado VI. NULIDAD reitera la Sociedad actora "*las dos grandes objeciones que mereció la propuesta licitatoria…"* ; considera que ha quedado demostrado que carecen de sustento legal y solicita "*se declare la nulidad por ilegitimidad por carecer de legalidad y ser arbitrario el Decreto N° 408"*. ***Expone que, al haber otorgado seis permisos para el avistaje de ballenas, la nulidad pretendida afectará parcialmente la validez del acto administrativo, y habiendo "preclasificado" en el sexto lugar, pide se ordene al Poder Ejecutivo demandando a los fines de que dicte un nuevo acto adjudicatorio.-------***

------ En el Apartado VII. MEDIDA CAUTELAR solicita una medida de no innovar y justifica los recaudos de la misma a fs. 208 vta./212 vta. ///Requiere la excusación del Sr. Procurador Fiscal. Ofrece Pruebas, funda en derecho y realiza petitorio de estilo.----------

------ 2.- Por Sentencia Interlocutoria N° 47/SCA/09 obrante a fs. 219/226 y vta. se rechazó la medida cautelar solicitada.----------

------ 3.- Ordenado y corrido el traslado a la Provincia del Chubut, contesta a fs. 240/253 y vta., requiriendo se rechace la demanda con expresa imposición de costas a la contraria.----------

------ Luego de la negativa genérica que es de práctica, la Provincia demandada niega expresamente que el Decreto N° 408/09 resulte nulo e inválido por ilegitimidad, que haya sido dictado en violación a la normatividad jurídica y que "*tenga carácter de absoluta arbitrariedad"*; que proceda su nulidad parcial; que se encuentre acreditado en autos el objeto de la Sociedad accionante y su fecha de constitución; que la Comisión de Preadjudicación se haya expedido calificando a M. D. SRL en sexto lugar; que las objeciones efectuadas por ésta quedaran subsanadas por presentación o informe alguno; que la Subsecretaría citada reconociera como solucionada la objeción de modo alguno mediante Disposición N° 23/09; que con ese acto se "finalizaban" las objeciones a la accionante o se dieran por superadas las imputaciones; que el Ministro del área concediera prórroga para presentar recurso jerárquico y que la Disposición N° 68/09 sea arbitraria. Controvierte las aseveraciones de la actora cuando refiere que las Disposiciones ///comentadas no se encontraban firmes por el Recurso

Jerárquico incoado; que "*carezca de racionalidad"* la ausencia o tratamiento o mención de ese remedio en el Decreto cuestionado; que de ello pueda inferirse que fue dictado sin cumplimentar el trámite administrativo previsto en la Ley I N° 18 y que el Gobernador ignorara la existencia del Recurso Jerárquico al dictar el Decreto. Además niega que M. D. SRL fuera excluida sin criterio válido y que las objeciones de su personería fueran respondidas oportunamente; que la Disposición N° 23/09 haya reconocido los argumentos de la contraparte ni los alcances que le adjudica; que contenga "*oscuros considerandos*"; que el dictaminante incurriera en contradicción o que se expidiera con "*una exagerada adhesión a las formas*". Tampoco existe contradicción entre ambos actos administrativos. Es falso -dice con énfasis- que la cesión de cuotas no implique una modificación del contrato social y que la licitación hubiera conferido facilidades a oferentes que a otros se les negaren; también lo es el "*cambio inopinado*" que se adjudica a la Dirección de Asuntos Legales o que sea "*la forma lógica y racional de razonar*" la de la contraparte al sostener que la designación de M. estuviera bien realizada. Niega también la Provincia accionada que se viera vulnerado en el proceso licitatorio el principio de la verdad material o el de la verdad jurídica objetiva; la existencia de nulidad alguna; que la norma que dejó al margen de la licitación a M. D. no sea aplicable al caso ó haber prescindido del texto legal sin dar razón para ello. No hubo -sostiene- arbitrariedad ni es cierto que no exista prueba ni fundamento para concluir como lo hizo la autoridad, tampoco procede el dictado de un nuevo acto adjudicatorio porque el acto administrativo ///dictado no es arbitrario ni nulo. Finalmente niega la acusada inobservancia del derecho al debido proceso.----------
---

------ Contraviene la Provincia demandada en seis apartados los hechos invocados por la accionante en el libelo inicial, dando razones.----------

------ En relación al alegado sexto lugar que le habría otorgado la Comisión de Preadjudicación, acusa la demandada que es una manifestación "*fementida",* explicando que -según el art. 21° *in fine* del Pliego- ésta se expedirá en un orden de preferencia que se tendrá en cuenta al momento de la adjudicación pero meramente "*informativa"*.----

------ Acerca de que habrían sido subsanadas las objeciones efectuadas por esa Comisión sobre la necesidad de inscripción de quien hoy acciona en el Registro correspondiente y en la IGJ y que así fue reconocido en la Disposición N° 23/09, asevera la accionada que el Informe al que refiere la actora no describe normalidad alguna, sino que se expide sobre el procedimiento que enmarca la designación de las autoridades y la modificación del Estatuto en las Sociedades de Responsabilidad Limitada; indicando que la validez de la designación o cesación de los administradores tiene efecto entre las partes y terceros de buena fe desde el acto de su decisión y no desde su inscripción, y las modificaciones no inscriptas -añade- son inoponibles por los socios o por la Sociedad a terceros, pero éstos -aclara- pueden hacerlas valer contra aquéllos. Expone que la comentada Disposición explicó en sus Considerandos que ///"*de ningún modo se estaba decidiendo sobre la adjudicación ni mucho menos limitándose la facultad y obligación de advertir, hasta el momento de la misma, cualquier causal de rechazo de la oferta"* (fs.243 vta.).------

------ Manifiesta que la referida prórroga del plazo para deducir recurso administrativo fue concedida por el Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas y no por el Ministro como expuso la contraria, quien tampoco acreditó en forma alguna en la etapa administrativa -aduce- que se hubiesen emitido anuncios sobre la adjudicación definitiva de la Licitación los días 14 y 15 de abril del 2009.----------

------ De que al momento de dictarse el Decreto en crisis se encontraba pendiente la resolución del recurso jerárquico, esgrime la Provincia accionada que ello es falso, pues mediante Disposición N° 100/09 -explica- se rechazó el mismo por inadmisible al considerar que la decisión impugnada no configuraba un acto administrativo. Porque -según sostiene- tratándose de la etapa de Preadjudicación del procedimiento licitatorio era un simple acto de la administración sin carácter vinculante y solo preparatorio de la decisión final. Abona su criterio con dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación. Comenta que el Pliego, al que se sometió quien ahora acciona, prevé la impugnación al informe de Preadjudicación en el art. 23° de las Cláusulas Generales y ninguna otra vía recursiva, a salvo -advierte- el acto de adjudicación que puede cuestionarse en sede administrativa y también judicial.----------

///--- Aclara que tanto la Disposición N° 100/09 y el Decreto N° 408/09 se dictaron el 15 de abril de 2009 y fueron notificados al domicilio constituido por la actora el 17 del mismo mes y año. Por lo que no es cierto -dice- que al dictarse el segundo acto la Administración no se había expedido respecto del remedio interpuesto y aún cuando así hubiere sido -supone- ello no es

impedimento para procede a la adjudicación definitiva.----------
---

------ En el Apartado “Refutación de la Pretensión” desarrolla los fundamentos de su postura.----------

------ Aborda los dichos de la actora en relación a la contradicción endilgada a los dictámenes legales, expresando que estos no revisten el carácter de actos administrativos y que fueron emitidos ante dos peticiones concretas realizadas por el Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas. Señala que el Dictamen N° 16/09 opinó que “*al ser documentación requerida por el Artículo 9°…su falta de presentación puede subsanarse con posterioridad…”,* lo cual -subraya- no se contradice con el N° 26/09 que reza “*…respecto de los recaudos de admisibilidad formal exigidos por el pliego licitatorio a los proponentes… requiere Fotocopia certificada del instrumento que demuestra la representatividad legal del firmante… y específicamente para las Personas Jurídicas… fotocopia certificada de Estatuto y/o Contrato social actualizado y debidamente inscripto…”* (fs. 245 vta.). Refiriéndose al plazo de duración de la Sociedad y según la ///documentación presentada -observa- le asiste razón a la impugnante por cuanto a la fecha de apertura de ofertas el plazo de duración de la SRL se encontraba prorrogado. Así lo acreditó, con copia de la modificación del Contrato inscripta en el año 2006 en IGJ, al momento de contestar la consulta efectuada por la Comisión de Preadjudicación, pero con posterioridad -indica- al acto de apertura de ofertas.----------

------ Hace mención al agravio individualizado como "*inscripción de la cesión de cuotas sociales*" interpretando que, sin perjuicio de su carácter declarativo o constitutivo, importa una modificación al contrato social, pues trae aparejado un cambio en la tenencia del Capital y del modo en que se forma la voluntad social en la toma de decisiones, entre las que se encuentra -expresa- la designación del órgano de administración. Remarca que el Pliego "*exige que al momento de la presentación de las ofertas la persona jurídica oferente, tenga su contrato social actualizado y debidamente inscripto lo cual significa que el proponente debe tener al momento de su presentación en la licitación cumplida la obligación que la legislación societaria le impone…*" (fs. 245 vta./246).----------

------ Destaca que, conforme surge de las actuaciones administrativas, la publicación del Edicto en el Boletín Oficial y el referido informe de la IGJ datan del 14 y 20 de octubre de 2008, respectivamente; es decir -enfatiza- "*con posterioridad al acto de apertura ocurrido el 8 de octubre, lo cual implica que al momento del trascendental acto del proceso licitatorio la oferente no cumplía con la exigencia del art. 9° inc. k)…el oferente M. D. SRL al momento de la apertura de sobres no ///cumplió y le era imposible cumplir, con …acreditar la inscripción del Contrato Social actualizado con todas las modificaciones… "*. (fs. 246).

------ Considera inadmisible que la Sociedad actora pretenda hacer primar el efecto declarativo de la inscripción registral por sobre las exigencias del Pliego de Bases y Condiciones. Dice que la Disposición N° 68/09 es anterior al dictamen de al Fiscalía de Estado y cita opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación. Reiteran que, en ningún momento, la entonces

Sociedad oferente objetó las Cláusulas del Pliego. Afirma que el art. 9° del mismo no puede dar lugar a una interpretación dudosa y controvirtiendo asevera que la norma es clara y no permite suponer que el principio de concurrencia haya sido vulnerado.----------

------ Aduce que, al momento de la apertura de las ofertas, para acreditar el cumplimiento de los requisitos la accionante presentó un contrato de cesión de cuotas donde los Sres. D. y C. venden a M. sus cuotas y la designan gerente de la Sociedad. De acuerdo al Contrato acompañado -recuerda- los socios eran A. B. y R. M. M. no figuraban los nombrados antes. Por lo tanto -amplía- *"no era posible para la Autoridad convocante a la Licitación, poder acreditar que quienes designaban gerente de la sociedad a …M. revestían la calidad de socios, distinto hubiera sido si se hubiera presentado…el contrato actualizado y debidamente inscripto…"* (fs. 248).----------

///--- Comenta que el artículo 15° del Pliego determina los casos en que serán rechazadas las ofertas; e invocando el principio de igualdad la Provincia accionada sostiene que el cumplimiento de sus exigencias debe acreditarse al momento fijado para la apertura de las ofertas.----------

------ Asevera que el marco legal que determina los límites positivos en el trámite licitatorio está dado por la Ley XI N° 44 (antes N° 5114) reglamentada por el Decreto N° 167/08 y fundamentalmente por el Pliego de Bases y Condiciones Generales, Particulares y Especificaciones Técnicas que se agregó a fs. 291/309 del trámite administrativo- aprobado por Disposición N° 165/08- en concordancia con el artículo 31° del Régimen

Gral. de Contrataciones Ley II N° 76 reglamentada por el Decreto N° 777/06.----------

------ Aborda las distintas etapas o momentos del procedimiento que conforman la licitación, individualizando: Pliego de Condiciones; Invitación o Llamado a la licitación; Presentación de las propuestas; Apertura de Sobres y Adjudicación, desarrollando cada una de ellas (fs. 249/251). En lo que aquí interesa, la Provincia accionada definió "*…la autoridad competente en el "procedimiento" para analizar y resolver sobre la admisibilidad formal, procedibilidad técnica y conveniencia económica es la repartición licitante… bajo la regencia del… Principio de Legalidad…"* (fs. 249); *"…M. D. SRL no formuló… objeción u observación alguna. Recién cuando las ofertas contempladas y sujetas a adjudicación no comprendieron sus intereses, pretendió…dejar de lado las exigencias del Pliego… resultándole imposible … acreditar al momento de presentar su oferta que su contrato social se encontraba ///actualizado… ello constituyó per se causa de exclusión del proceso licitatorio por devenir inadmisible su oferta desde el aspecto formal…"* (fs. 250).----------

------ Agrega la accionada que M. D. intentó apartarse infundadamente de las exigencias del Pliego con la excusa de que no se le formularon observaciones en el acto de apertura y ello -opina- sobre la inaudita pretensión de hacer prevalecer las normas de derecho comercial por sobre el derecho público que rige un proceso licitatorio, cuando había consentido el Pliego General. De ello deriva que, de haber procedido el Estado conforme la pretensión de la contraria, habría violentado automáticamente los

presupuestos fundamentales de "*igualdad entre los oferentes*" e "*inalterabilidad de los pliegos*" implicando ello una ventaja en desmedro de los demás oferentes.----------

------ Narra que la Comisión de Preadjudicación, en pleno ejercicio de sus funciones, propuso la adjudicación de los seis oferentes mejores calificados en un pormenorizado epítome de cada uno de los rubros que debía analizar; afirma que todo ello se encuentra alcanzado por la preclusión y la validez, presunción de legitimidad y ejecutoriedad "*nunca derribadas*". A dicha Comisión le correspondía el examen de correspondencia técnica, análisis económico de las ofertas, verificación de la habilidad para contratar y la justipreciación de antecedentes, experiencia y capacidad logística de los oferentes para cumplimentar el objeto del contrato. El cumplimiento de los recaudos formales y de los ///principios de publicidad y concurrencia del procedimiento licitatorio han sido corroborados -asevera- por la Fiscalía de Estado y la Contaduría General de la Provincia.----------

------ Hace reserva de Caso Federal y pide se rechace la acción en todas sus partes.----------

------ 4.- La prueba producida es documental, testimonial, informativa y confesional.-La accionante ofreció con el escrito de demanda y se agregó la documentación debidamente detallada a fs. 217 y vta.. La demandada anexó el Expte. N° 136/08 MCETeI, caratulado ***"Ministerio de Comercio Exterior, Turismo e Inversiones s/ Otorgamiento de Seis (6) permisos para la prestación del servicio de transporte náutico de personas para el avistaje***

de ballenas”compuesto de 6532 fojas útiles, subdivididas en ocho Cajas. Se produjo TESTIMONIAL a fs. 274/275 y vta; 278 y vta.; 288 y vta.; 291; 305 y vta.; prueba INFORMATIVA: se libró Oficio a la Radio Golfo Nuevo LU17 de Puerto Madryn, ordenándose a fs. 295 la reserva en Caja de Seguridad del soporte magnético CD remitido por la emisora. Recepcionándose CONFESIONAL a la Sra. R. M. M. a fs. 352.----------

---

------ 5.- Puestos los actuados a disposición de las partes para alegar (fs. 354) hizo uso de su derecho la Sociedad actora (fs. 357/363 y vta.) y se dio por decaído el derecho a la Provincia demandada (fs. 364) ordenándose el pase al Sr. Procurador General.----------

///--- 6.- A fs. 365/366 se anexa el Dictamen del Sr. Procurador General. Preliminarmente aborda el pedido de recusación realizado por la actora en la demanda mencionando que, aún cuando no se trata de un planteo formal, no encuentra la existencia de motivos que lo habiliten a solicitar su apartamiento. Ingresa al análisis de la pretensión, señalando que la accionante refiere en su demanda que la Administración rechazó su oferta alegando dos cuestiones, la falta de registración de una cesión de cuotas sociales -al momento de la apertura de las ofertas- y la irregular designación o inexistencia de designación de gerente u órgano de administración de la Sociedad. Relata los argumentos con que la actora controvierte la postura adoptada por la Provincia en relación a ambas situaciones y opina que M. D. SRL no ha logrado demostrar el alegado “desvío de la decisión administrativa del principio de juridicidad”. Estima que media un reconocimiento de la falta de inscripción de la cesión de cuotas sociales al

momento de la presentación de su oferta en la licitación pública en cuestión; considerando que éste importa un elemento esencial para el Estado a efectos de identificar adecuadamente al proponente. Expresa que ello no es una cuestión menor ni formal. Del mismo modo, considera que tampoco ha logrado demostrar la accionante el yerro de la Administración en relación a la segunda cuestión. Sostiene que no es admisible la existencia de grado alguno de duda acerca de quien representa la oferta y suscribe la documentación pertinente sea la persona que cuenta con la habilitación jurídica (legal y estatutaria) -aclara- necesaria para obligar a la Sociedad; por tales motivos cree que la demanda debe ser rechazada.----------

///--- 7.- **ANALISIS**:----------

------ 1.- Tal como se ha glosado en I, M. D. Sociedad de Responsabilidad Limitada, ha impetrado contra la Provincia del Chubut una pretensión de plena jurisdicción, no sin transitar antes la vía del Amparo (en Mayo de 2009 – copias a fs. 156/167 y vta.) con adverso resultado.- Excluida que fue de la Licitación Pública N° 01/08, convocada por la Subsecretaría de Turismo y Áreas Protegidas para adjudicar seis (6) Permisos para la prestación del Servicio de Transporte Náutico de Personas para el Avistaje de Ballenas con Fines Turísticos en Aguas del Golfo Nuevo en la que fue oferente por Dto. N° 408/09, viene a esta jurisdicción a requerir su declaración de nulidad, y, con claridad innegable -expresada en el punto V.1 de su demanda- a requerir como resultado, se ordene a la Administración ***el dictado de un nuevo acto adjudicatario*** del 6° Permiso, que el acto otorgó a otra firma – P. S. T. DE A. S.R.L.----------

------ Califico la acción como de plena juridicción, siguiendo el criterio del que fue mi voto en SD N° 5/SCA/07 (in re "V…") donde, luego de explayarme sobre las diversas vías reconocidas para instar el control judicial de la actividad administrativa, advertí que de entre las variadas clasificaciones que se reconocen según la concepción de los autores, la de nulidad y de plena jurisdicción es de las más sencillas. Y comenté con González Pérez que "…si se parte de una unidad, cual es la pretensión contencioso administrativa (declaración de voluntad que se solicita del órgano judicial) aquella primera distinción marca un justo límite y enuncia la existencia de dos tipos de función de lo que se ///pretende del juez sin que sea necesario seguir cauces procesales distintos (Manual de Derecho Procesal Administrativo – Civitas – 2º Edición – pág. 207). La primera, esto es la acción de nulidad, tiene efectos sólo declarativos; no se pide el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas sino solamente la anulación del acto que se impugna por contrario al orden jurídico, que lesiona un derecho subjetivo o un interés legítimo de quien demanda. La de plena jurisdicción importa además de la pretensión anulatoria, el restablecimiento de una situación y/o el resarcimiento de los perjuicios; sus efectos son entonces constitutivos y de condena. Aquí sí media reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas, la indemnización de los daños y perjuicios cuando proceda (autor citado – íbidem – págs. 207/209).----------

------ Concordé que "…en la doctrina nacional HUTCHINSON -entre otros- estima que las pretensiones del accionante tienen por objeto -mediando

acciones- combatir una decisión emanada de una autoridad determinada y en la de plena jurisdicción, el demandante, invocando un agravio a un derecho subjetivo, persigue como pretensión la anulación de la decisión impugnada, el consiguiente restablecimiento del derecho que se dice agraviado y la reparación del daño ocasionado, esto es en definitiva, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada en forma exclusiva (La acción contencioso - administrativa" - pág. 33)".-----

///--- Evidente es que en el sub-lite, el actor no se conforma con la nulidad; aplica la plena jurisdicción a obtener el Permiso Licitado, que es lo que a su entender importa el restablecimiento del derecho vulnerado.--

------ 2.- Esta pretensión así instaurada, merece algunas reflexiones.-------

------ 2.1.- No en vano al resolver la Medida Cautelar -SI N° 47/SCA/09- adelantó esta Sala, que el meollo de la cuestión planteada radicaba en que sólo hay seis Permisos en juego y este límite fue establecido por el área de competencia en ejercicio de facultades que son propias de su zona de reserva, detallando además que como consecuencia de la ejecución de los Contratos respectivos se producirían perjuicios económicos a terceros involucrados.- Así se dijo: "*de no retrotraer la actividad al adjudicatario se impondría a la Provincia un séptimo, lo que a todas luces es improcedente. …el retrotraimiento que puede involucrarse lo sería en la medida del interés del actor, y de ningún modo es susceptible de "resucitar" situaciones jurídicas agotadas para terceros…*".----------

------ Previno así, lo que con su habitual maestría expone en un artículo Juan Carlos CASSAGNE, refiriéndose a *"la impugnación en sede judicial de los actos relativos a la etapa de selección del contratista: teoría de la incorporación y del acto separable"*, refiriendo a las particularidades históricas y propias del contencioso-administrativo francés, comentando la teoría de la incorporación y la del acto separable. En lo que es de interés para este caso, decía que no "*…era posible que terceros afectados (licitantes) acudieran ante el juez del contrato (pues allí sólo están legitimados los contratantes) la teoría desemboca en una ///total y absoluta desprotección de los licitantes que no podían impugnar los vicios del procedimiento de formación del contrato administrativo. Para paliar esa radical injusticia del sistema…elaboró la teoría del acto separable, tendiente a proteger los intereses de quienes participaban en un procedimiento licitatorio. …se interpreta que los diferentes actos unilaterales que dicta la Administración hasta la adjudicación o perfeccionamiento del contrato son susceptibles de ser aislados e impugnarse, en forma separada, a través del recurso por exceso de poder. Sin embargo…lo cierto es que ante el juez del contrato no ha llegado a repercutir la concepción del acto separable por lo cual, el cumplimiento de una sentencia que declara la nulidad de un acto separable fuera de su efecto moralizador, sólo se puede convertir en una indemnización de daños y perjuicios a favor del oferente que triunfa en el recurso… en el que no hay partes contrapuestas…únicamente existe un proceso al acto"* (Conf.: "Impugnación administrativa y judicial de los actos relativos a la celebración, ejecución, modificación y extinción de los contratos de la Administración" ED, 179-720).----------

------ 2.2.- Si en el procedimiento de selección del contratista, al oferente le asiste un derecho subjetivo o un interés legítimo, no es cuestión pacífica en doctrina y jurisprudencia.- Hay opiniones que afirman que no le asiste un derecho a ser adjudicatario (Vide DROMI – La Licitación Pública – Astrea 1989 – 4° reimpresión- pág. 406 – conc. STJ.Sgo. del Estero – 21/6/06 – "Arévalo…"), y ante la eventual declaración de nulidad del acto de adjudicación, el efecto es sólo el retrotraimiento a la ///instancia previa.- Mas dejando de lado disquisiciones científicas dogmáticas, lo cierto es que, cuando ya la adjudicación operó a favor de un tercero -que no ha sido llamado como parte a estos obrados, y no puede ser demandado- y está en ejecución, se dará una colisión de derechos entre los del oferente -si hubiera sido ilegítimamente excluído, y declarado el acto nulo- y los del adjudicatario derivados de su contrato, que habrá de resolverse – tal como lo enseña SESÍN, en el marco general del orden jurídico, y por cierto analizarse según las particularidades del caso.----------

------ Destaca el autor, que la actuación de la Administración Pública, hoy no sólo se sujeta a la ley sino al Derecho; queda así sometida a un contexto mucho más amplio, en la que los principios generales del derecho adquieren significativa importancia constituyendo con la ley el marco de juridicidad, fuente de la actividad administrativa (en Contratos Administrativos – Jornadas Universidad Austral 1999 –Ed. RAP-pág.91).----------

------ Y éste es el espacio en que moverá la pretensión de autos.----------

------ Al eventual derecho -o legítimo interés- del oferente en ser adjudicatario, se alzarán los elementales principios de seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe.----------

---- De allí que la estrategia de instar un juicio antes de que opere la adjudicación cuando durante el proceso precontractual se avizora un rechazo que se estima ilegítimo en la fase final, antes de la adjudicación, ///procurando por vía cautelar su interrupción, suele ser la más segura.- La aquí elegida –de insistir en opugnaciones en el ámbito administrativo, no es, por lo antes dicho, del todo saludable.----------

------ 2.3.- De cualquier modo, lo indiscutible es que para el oferente excluido, si la sentencia le fuera favorable en orden a la nulidad del acto adjudicatorio, y si a la postre se estimara que la restitución del estado jurídico pretendido no es procedente, sí le asiste un derecho subjetivo derivado del ilícito administrativo traducible en daños y perjuicios en el marco jurídico de la responsabilidad del Estado (DROMI – ob. y pág. citada).----------

------ Pero M. D. no ha integrado subsidiariamente con ello la plena jurisdicción, lo cual podría conducir a la inoficiosidad del pronunciamiento nulificante.----------

------ Sin embargo no lo creo así.- Y es prematuro que me pronuncie ahora respecto de la procedencia o no de la plena jurisdicción como se ha instado -que queda para un estadio ulterior- pues otra circunstancia determina que deba analizar el ataque de invalidez.----------

------ Ello, porque este Tribunal ha establecido claramente desde antiguo, la posibilidad de que “frente a los actos administrativos que vulneran derechos subjetivos con consecuencias material o moralmente dañosas, el derecho adjetivo concede al damnificado distintas opciones, entre ellas, ///la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción, en la que la pretensión de resarcimiento se intenta en forma coetánea y complementaria con la de nulidad del acto, la que se instaura ante el Tribunal competente en lo contencioso administrativo…(.) ***o bien puede elegir interponer la acción contenciosa administrativa de nulidad para luego intentar si ésta prospera la acción ordinaria ante el juez civil, procurando la satisfacción de los derechos civiles lesionados…***(.)… En este caso, la primera es la que se impetra ante el juez contencioso, y la segunda, debe serlo ante el juez civil (Conf. SI N° 49/95, 3/SCA/96)”.----

------ Y -en el fallo que antes citaba- SD N° 5/SCA/07, aclaraba con CASSAGNE, que si bien en el sistema del Código Civil “la acción de nulidad” tiene autonomía respecto de “la acción de daños y perjuicios”, según la doctrina que postula que en estos casos se trata de perseguir sanciones diferentes, de finalidad y régimen diversos, teniendo, inclusive, distintos términos de prescripción, *esto no es así en el orden contencioso administrativo*, en que aquella autonomía no se da con similares alcances, pues ambas acciones tienen un régimen común y fundamentalmente, porque no se justifica una autonomía tan estricta, en virtud de la presunción de legitimidad del acto administrativo, por cuyo mérito se presume que toda la actividad de la Administración o de otros órganos del Estado que ejercen la función administrativa guarda conformidad con el ordenamiento jurídico. Si

el administrado debe cumplir el acto administrativo aceptando que el mismo cuenta con esa presunción de legitimidad, va de suyo que cualquier acción de daños y perjuicios puede tener carácter accesorio respecto de la sanción de nulidad. Y es lógico suponer que la acción por daños iniciará cuando esa ///presunción haya cesado, esto es, al declararse la invalidez, por acto administrativo o por sentencia judicial firme, o bien, acumulando ambas pretensiones procesales… (Derecho Administrativo – Séptima Edición - Tº I – pág. 510).----------

------ Esto es, debo necesariamente analizar la nulidad impetrada, fuere –si prosperara- para conceder el efecto tal como se pretende, lo que será analizado oportunamente, fuere para emitir el fallo de “nulidad declarada” que podrá autorizar la invocación ulterior del art. 1056 CC, ante el Tribunal competente.----------

------ 3.- Avocándome entonces a este análisis, estimo oportuno delimitar la naturaleza de la materia involucrada en esta cuestión, que tiene sus peculiaridades.----------

------ Y la tiene, porque los permisos licitados están destinados a explotar una actividad que si bien, no ha sido considerada como un servicio público, puede apreciarse su envergadura analizándola en el contexto normativo que la regula.----------

------ Por una parte el Turismo, que tal ha sido su importancia y crecimiento que ha merecido en nuestra Provincia consagración Constitucional. Su art. 86 pone a cargo del Estado su ***promoción*** en todo el territorio como

actividad de desarrollo económico-social, previniendo que su explotación se realice de manera racional, señalando que ///favorecerá la iniciativa e inversión pública y privada siempre que se preserve la calidad del medio ambiente. En síntesis, se trata de una actividad productiva que no puede ser desatendida por el Estado porque reporta diversos beneficios y consecuentemente aporta importantes divisas a las arcas provinciales. Esa obligación de promover el turismo, impone como correlato la necesidad de implementar medidas estatales a fin de acrecentar el número de visitantes a nuestra Provincia, lo que podrá hacerse desde el sector público ó mediante la colaboración del sector privado que podrá explotar las actividades turísticas.----------

------ Mas en el caso, no se trata simplemente de bellezas naturales; el recurso turístico es una especie animal -la Ballena Franca Austral- que se reproduce y alimenta sus crías en estos mares, monumento natural por imperio de la Ley Nacional Nº 23.094, que le asegura debida protección.- Ello acrece la responsabilidad del Estado Provincial, que debe procurar conciliar el interés turístico que el cetáceo importa, con esa protección, aplicando un fuerte poder de policía.- No es en vano en consecuencia, que se impongan restricciones al “acercamiento”, y que se haya resuelto para ello conceder “autorizaciones” especiales.- Autorización, permiso, licencia, concesión, términos que las normas suelen utilizar indiscriminadamente, pero que como indica Jorge MURATORIO constituyen todas una técnica administrativa de adquisición de derechos (Ed. RAP antes citada – pág.497), de carácter reglamentario, propia del poder de policía.- Aunque, como afirma CASSAGNE -citado por el mismo autor- para el caso de servicios públicos, esto es los que de iure propio debiera explotar el –Estado

(no es el de autos) si se traduce en ///contrato, es similar a una concesión, aunque -según su regulación- con modalidades propias.----------

---

------ Lo expuesto, no en un sentido puramente teórico, pues es indicativo de la índole de los derechos que los particulares pueden adquirir, ya que el "avistaje" no es definitiva un derecho que titularice el Estado, sino simplemente una actividad que pude calificarse como de interés público, en orden a la protección debida al recurso.- Es el caso que señala GARCÍA DE ENTERRÍA cuando dice que no hay verdadera titularidad del derecho preexistente a una limitación administrativa, sino que partiendo de un poder genérico de libre desenvolvimiento, la reglamentación de policía delimita el contenido del mismo, y el cómo puede titularizarlo el particular (Curso de Derecho Administrativo – 4º Ed. Madrid 1997 – T.II págs.137/139, 148/149).- El derecho "se adquiere en forma de prerrogativa jurídica individualizada, cuando se cumplen los requisitos de forma y de fondo exigidos por las normas" (CSJN Fallos 296:726; Proc.Tesoro – Dictámenes 199:412, 206:218).----------

------ La Provincia reguló *"…toda actividad de acercamiento y/o persecución de la especie Ballena Franca Austral"* mediante la Ley XI N° 44 (antes N° 5714).- En su resguardo, la norma prohíbe la navegación, natación y buceo con la misma, ***sin la correspondiente autorización de la Autoridad de Aplicación*** (art. 1°) que además deberá (art. 2°) fijar las pautas, principios y aspectos técnicos para los acercamientos a la especie, en relación a la prestación del servicio de ///transporte náutico de personas para el avistaje de ballenas con fines turísticos, determinando los actos y

conductas expresamente prohibidos. Del mismo modo, faculta a la Autoridad de Aplicación “a otorgar los ***permisos para la prestación del servicio de transporte náutico de personas para el avistaje de ballenas***, mediante el llamado a concurso público, por un plazo no menor a seis años y fijando el canon que deberá abonarse por parte de los prestadores del servicio” (art. 3°). Luego determina el destino de los fondos, que serán transferidos al Fondo de Desarrollo de las Áreas Naturales Protegidas y el 6% al Municipio de Puerto Pirámides para la asistencia educativa de esa comunidad. Recalco desde ya los términos utilizados, que dan cuenta de lo antes dicho ¿autorización? ¿permiso?.- No menciona contrato...- Fue la autoridad de aplicación, la que –vía Pliegos de Bases y Condiciones- determinó que la relación jurídica derivada de su poder policial se plasmara en un contrato, estableciendo (art. 3º - Condiciones Generales) la integración con el *“Régimen de Contrataciones vigente y sus reglamentaciones en lo que resulte procedente”*.- Régimen que bien dice la Provincia es el dado por Ley II Nº 76 – de Administración Financiera del Estado – Título VII – De las Contrataciones, y su reglamentario Dto. Nº 777/06.- Además –claro- de la Ley XI Nº 44 (antes 5114) y Dto. 167/08.----------

------ Es aquí en que se determina que la titularidad de los derechos y las consecuentes obligaciones del “autorizado” o “permisionario”, quedarán plasmados en un contrato.- Y de ese régimen –contractual- emergerán los derechos y obligaciones susceptibles de darse en el sistema de selección elegido.- Con la limitación –para el propio Estado- dada por el Decreto N° 167/08 -reglamentario del Servicio de Transporte de Avistaje- que ///designó como Autoridad de Aplicación al Sr. Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas y en el art. 4° dispuso que en tal carácter *“otorgará hasta un*

máximo de SEIS (6) y un mínimo de CUATRO (4) permisos para la prestación…” del referido servicio.----------

------ Esta es la fuente de la Sentencia Interlocutoria a que me he referido en el punto 2.1 de este Análisis.- Un ***máximo de seis permisos*** en protección del recurso; norma de indudable contenido policial.----------

------ 4.- Por aplicación de esta normativa, es que se produce la Licitación Pública a la que M. D. concurre, que tramitó por Expte. N° 136/08, iniciado por la Subsecretaría de Turismo y Áreas Protegidas cuyo extracto refiere “*Otorgamiento de SEIS (6) Permisos para la prestación del servicio de transporte Náutico de personas para el avistaje de Ballenas con fines Turísticos en aguas del Golfo Nuevo con salida desde la Localidad de Puerto Pirámides –Provincia del Chubut” LICITACIÓN PÚBLICA n° 01/08 SSTyAP-MCETeI”*, actuaciones administrativas por cierto copiosas, que en un total de 6532 fojas útiles tengo a la vista.-------

------ Ponderando la siempre preciada brevedad, advierto que de ellas voy a extraer y narrar únicamente las fojas que estimo trascendentes para justificar la opinión que propicie.----------

------ 4.1.- A fs. 289/309 y vta. corre agregada la ***Disposición N° 165/08*** que autoriza el llamado a la Licitación.- La misma, aprobó el ***Pliego de ///Bases y Condiciones*** (en adelante PByC) ***Generales y Particulares***, fijando el día 8 de octubre de 2008 a las 11:00horas como fecha para la apertura de las ofertas, el valor del Pliego y el lugar de consulta de éstos.-

------ De los términos contenidos en estos Pliegos es dable señalar que, en las CLÁUSULAS GENERALES -entre otras cosas- dispuso en el ***artículo 3°*** que *"la presentación de la oferta sin observación al Pliego…, implica su conocimiento y aceptación y el sometimiento a todas sus disposiciones, a las de la Ley N° 5714, su Decreto Reglamentario N° 167/08…"* y – se reitera- del régimen de contrataciones del Estado.- El ***art. 9°*** denominado "DOCUMENTACION QUE DEBERÁ ACOMPAÑARSE A LA PROPUESTA" reza "*sin perjuicio de los demás documentos exigidos …a cada propuesta se acompañará…d)Fotocopia certificada del instrumento que demuestra la representatividad legal del firmante, cuando correspondiera…k) En caso de Personas Jurídicas, además de cumplimentar lo establecido en los incisos a) b), c), d), e), f) y g) …deberá agregar: a)* ***Fotocopia certificada de Estatuto o Contrato Social actualizado y debidamente inscripto****; b)* ***Datos completos de filiación del personal directivo y/o habilitado para comprometer a la entidad, así como documentación que acredite personería y habilidad;*** *c)* ***Constancia certificada de documental aprobando la decisión de intervenir en el presente llamado a Licitación Pública (Acta de Directorio)****; d) Copias de Balance General…"* (el destacado se añade). El art. 15° prevé en nueve (9) incisos cuándo las Ofertas serán RECHAZADAS, de los que voy a referir el b) *Cuando las propuestas y los pliegos no se encuentren firmados por los oferentes y acreditada la personería y habilidad de los ///firmantes…;* y el *d) Cuando se hallen condicionadas o se aparten de las Cláusulas del Pliego respectivo o de la legislación general aplicable, salvo meros defectos o vicios de forma que, a criterio de la repartición, no resulten impedimentos para su aceptación…*".- Y en la parte final el precepto advierte *"Cualquiera de las causas de rechazo establecidas…, que pasara inadvertida en el acto*

de apertura de las Propuestas, podrá surtir efecto posteriormente, durante el estudio de las mismas, sin derecho a reclamo alguno". Para ello, define que *el Poder Ejecutivo podrá rechazar* todas las propuestas o adjudicar un número inferior de Permisiones al indicado en el presente llamado, si no se reúnen por parte de algunos proponentes, las condiciones mínimas exigidas. El ***art. 18°*** señala que la "*evaluación de las ofertas*" estará a cargo de una Comisión de Pre-adjudicación, integrada por tres miembros que deberán analizar las mismas "*en base al cuadro de "Ponderación de Ofertas"* aprobado en el Anexo IV, la cual debe expedirse -***art. 20°***- dentro de los veinte días hábiles desde la recepción de las actuaciones, pudiendo "*…requerir a los oferentes muestras y/o pruebas respecto de la totalidad de los temas a evaluar así como intimarlos para proceder a la subsanación de defectos formales, el término será de cinco días, durante los cuales se suspenderá el plazo para su pronunciamiento, bajo apercibimiento de expedirse solo con los elementos aportados"*. En el ***art. 21°*** se reglamenta qué sucede en caso de paridad de ofertas y el modo en que habrá de resolverse la situación, completando *"…A través de la Comisión la Autoridad de Aplicación, podrá pedir a los oferentes, previo a la adjudicación, que aclaren ciertos puntos de sus ofertas, que justifiquen su rechazo, o que ///completen cierta documentación que a su juicio deba completarse…- La Comisión se expedirá con un orden de preferencia, para ser tenida en cuenta al momento de la adjudicación definitiva.* ***El dictamen, opiniones, informes de esta Comisión tendrán efecto informativo****"* (el destacado lo agrego). De las "IMPUGNACIONES" se ocupa el **art. 23°** fijando "*dentro del plazo de cuarenta y ocho horas posteriores al acto de apertura o dentro de los tres días de notificado el dictamen de preadjudicación, quienes hubieren presentado propuestas en tiempo y*

forma, podrán efectuar impugnaciones ante la repartición contratante… las impugnaciones presentadas en la forma debida, serán tratadas por autoridad competente. En tanto la adjudicación producirá efectos jurídicos -agrega el ***art. 24°***- una vez que se encuentre firme el acto administrativo, debiendo notificarse a todos los proponentes. Y, a partir del ***art. 25°***, regula la celebración del Contrato con los adjudicatarios, a cargo de quién se encuentran los gastos, las sanciones de las que serán pasibles en caso de incumplir las obligaciones contraídas y qué sucede cuando ello deriva de caso fortuito o fuerza mayor.----------

------ De las ***CLAUSULAS PARTICULARES***, también consagradas en el Pliego (fs. 305/309 y vta.) surge que la permisión será por el plazo de diez años, advirtiendo que se trata de diez temporadas comprendidas entre el 15 de junio al 15 de diciembre de cada año calendario. Fija un canon anual (***art. 4°***) diferenciado para cada temporada, el cual podrá ser incrementado por la Autoridad de aplicación (***art. 6°***) y que deberá ser abonado en las condiciones previstas en el ***art. 7°***. Luego, en el ***art. 13°***, dispone que además de la documentación detallada en el ***art. 9°*** Condiciones Generales, a cada propuesta se acompañará uno subdividido ///en los siguientes ítems “planificación y gestión, “equipos, equipamiento e infraestructura”, “recursos humanos” y “económico”; añadiendo cuestiones propias de la prestación del servicio que deberán prestar las embarcaciones.----------
---

------ El Acta de Apertura de las Ofertas, suscripto por un funcionario de la Escribanía General de Gobierno corre agregado a fs. 452/458.- Allí se observa que estuvo presente y suscribió la respectiva planilla en el espacio

de “oferentes” por M. D., un Sr. A. B., sin que figure en el Expediente – hasta ese momento- poder ninguno otorgado por la Sra. R. M. –quien como Socia Gerente de acuerdo a la documentación que aporta- firma las ofertas.--
---

------ Curiosamente este Sr. B. inicialmente integró la Sociedad y si bien estaba apoderado por M. a esa fecha (de la apertura), el instrumento se presenta mucho más adelante (fs.6272).-------

------ 4.2.-Pues bien, retomando, y a los efectos de una mejor comprensión de lo que ocurrirá luego, dígase que M. D. se presenta a la oferta acompañando el CONTRATO SOCIAL inicial, del 15 de Julio de 2002, con una vigencia de cinco años (esto es, vencido en Julio de 2007), con un Capital Social dividido en 140 cuotas sociales, representado en un 95% por la Sra. R. M. M. y el 5% restante por el Sr. A. B., cuya CLAUSULA ///NOVENA preveía *“… Las decisiones o resoluciones de los socios se adoptarán por el régimen de mayorías que represente como mínimo más de la mitad del capital social.* ***Si uno de los socios representare el voto mayoritario, se necesitará además el voto de los otros…”*** (a fs. 5671/5676 de los actuados administrativos - el destacado es propio).------

------ Adjunta además, un CONTRATO DE CESIÓN DE CUOTAS SOCIALES del 19 de Mayo de 2008 (a fs. 5666/5670).- Ínterin, debió mediar cesión de cuotas a otras personas, pues la CLAUSULA PRIMERA describe que los vendedores (Sres. D. y C.), titulares del 25% del paquete accionario -según la CLÁUSULA SEGUNDA- lo *“venden, ceden y transfieren a la compradora…” Sra. M.* Mientras que la CLÁUSULA

SEXTA expresa "…*como consecuencia de la presente cesión* ***se modifica el artículo CUARTO del Estatuto Societario*** *quedando redactado …EL CAPITAL SOCIAL SE FIJA EN LA SUMA DE… DIVIDIDO EN CIENTO CUARENTA CUOTAS SOCIALES …QUE LOS SOCIOS SUSCRIBEN DE ACUERDO AL SIGUIENTE DETALLE: …****T. G.*** *…PARTICIPACIÓN SOCIAL DEL 25%....* ***R. M. M.****.… DEL 75%"*. En la SEPTIMA se lee *"…el señor…D. ha renunciado al cargo de Gerente, por cuanto* ***se designa nuevo Gerente de la Sociedad a la señorita… M., modificando…la cláusula Decimocuarta…"***(la negrita la agrego).----------

------ Nada más respecto de la Sociedad.----------

///--- 4.3.- Incorporada la totalidad de las Ofertas y la documentación respectiva por los Oferentes, el 29 de diciembre de 2008 la Comisión de Pre adjudicación se expide a fs. 6071 manifestando que *la hoy actora no adjuntó a sus presentaciones suficiente acreditación de la personería ni habilidad para comprometer la sociedad que representa ya que no anexó constancia de la inscripción en el Registro correspondiente ni en la Inspección General de Justicia*, idéntico reproche tuvo otro oferente –W. A. SRL-. Ello -observa- de acuerdo al Art. 15° inc. b) del Pliego …constituye causal de rechazo de oferta. No obstante, agregó, "*esta Comisión entiende que la Autoridad …para la determinación de la legitimidad de esa representación es la propia Inspección General de Justicia a la que se ha oficiado… en base a la Planilla de Ponderación …el puntaje obtenido en virtud del análisis de las ofertas presentadas …"* ***correspondiéndole el sexto lugar a M. D. S.R.L. con un total de 45.97 puntos***, donde el primero obtuvo 75.34 y

el último “P. S. T. A. SRL” 37.85 puntos según análisis de fs. 6079/6181.----------

------ Esto es, destacaré ahora sin perjuicio de volver sobre la cuestión-así procede desatendiendo el propio Pliego -art.20 antes transcripto- que indica que debe suspenderse el plazo para el pronunciamiento…e igualmente se pronuncia ponderando las ofertas, creando de este modo expectativas que debieron evitarse en esa instancia, tal como lo hará notar M. D., según se verá.----------

///--- De ello se notifica la ahora accionante el 7 de enero de 2009, según constancia de fs. 6184, donde además se le indicó su derecho a efectuar impugnaciones. A fs. 6200, mediante Nota N° 27/09 del día 12, el Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas informa a “M. D. SRL – A. B.” (¿?) que, de acuerdo al art. 43° de la Ley N° 920, se concede prórroga, venciendo dicho plazo el 14 del mismo y año a las 11:00 hs.----------

------ 4.4.- Ese día, a las 10:38 hs -según cargo inserto- M. D. SRL interpone formal impugnación contra el informe de “Preadjudicación de fecha 29-12-08” solicitando se revoque el mismo dejando sin efecto la pretendida aplicación del art. 15° inciso b) del Pliego para rechazar la Oferta, acompañando el depósito correspondiente. Narra los hechos acontecidos y justifica la impugnación aseverando que no se ajusta a la pacífica doctrina y jurisprudencia relativa a la registración de la cesión y designación de autoridades ante la IGJ. Expone las características de su tipo societario y manifiesta que habiendo acompañado el Contrato Social y la Cesión de

Cuotas sociales realizada, la designación de la Sra. M. como Gerente es de plena aplicación. Refiere que el Informe aduce que se omitió agregar la constancia de la inscripción en el registro y por ante la IGJ "*dándole a dicho acto carácter constitutivo para acreditar la personería y la habilidad para comprometer a la Sociedad"*. Interpreta los alcances del art. 60 de la LSC y sostiene que "*lo que debería ser objeto de inscripción es la designación de los "representantes" de la sociedad y no de los administradores. Lo que sucede es que, debido a que…la administración implica la representación… el legislador ha preferido generalizar la ///registración"* (fs. 6212) y menciona que *la jurisprudencia considera que la inscripción del precepto tiene carácter declarativo*, para concluir en que *"la designación o cesación de administradores no constituye una modificación del contrato social en los términos del …art. 12°…el ente se manifiesta mediante el órgano de representación…la designación surge del contrato de cesión en la cual los socios prestan expresa conformidad…"*. Agrega que se ha diferenciado en doctrina la publicidad "formal" que hace conocer a los terceros el contenido del documento inscripto de la "material o sustancial" apta para hacer producir efectos jurídicos al acto; diciendo que el supuesto de inscripción de los administradores del art. 60° es un cabal ejemplo "*pues los mismos pueden ejercer sus funciones desde que son designadas, independientemente de toda otra registración"* (fs. 6213). Se agravia además de la supuesta falta de personería y habilidad, pues considera que el modo en que fue redactado el Informe, subordina su decisión a lo que informe la IGJ entonces –cree- la decisión final debió haber esperado esa respuesta ***(he aquí lo antes dicho, en lo que cabe coincidir)***. Sin embargo se expidió y ponderó su presentación con 45,9 puntos, opinando que "*…en ningún lado del Informe impugnado surge que la oferta…haya sido rechazada en los términos del artículo 15°*

del Pliego…deberá considerarse también que el último párrafo del Informe …dice…lo que a la vez determina una serie de observaciones …que deberán ser …subsanados al momento de la firma de los respectivos contratos" (fs. 6214).----------

///--- 4.5.- La comentada respuesta de la IGJ es agregada a fs. 6218/6220 donde la titular del Organismo destaca que la inscripción de documentos en el Registro Público de Comercio permite la publicidad y certeza de los actos importantes en la vida de la Sociedad; la registración de la constitución de una Sociedad -agrega- hace a la regularidad de la misma pero no a su existencia, la cual es persona desde el momento de la suscripción del acto constitutivo, independientemente de que se lleve a cabo la inscripción definitiva. Con cita de ROITMAN, señala la funcionaria que la inscripción tiene ***efectos declarativos*** y no constitutivos y las penalidades de su omisión; completando que, por el fin ***tuitivo*** de la publicidad, requieren registración los siguientes actos: la constitución, modificación y disolución de la sociedad y la designación o cesación del órgano de la administración. Analiza el art. 60° y expone que "*la validez del acto, comienza respecto de las partes y terceros, a partir de su* ***otorgamiento,*** *independientemente de que en el caso se omita la inscripción, el acto no será oponible a los terceros de buena fe, pudiendo quedar obligada la sociedad por las actuaciones tanto de los directores reemplazados como de los nuevos designados, no afectándose el carácter representativo de aquéllos"* (fs. 6219) y aduna jurisprudencia. Finaliza expidiéndose en relación a quien ahora acciona, certificando que "*se halla inscripta …06/08/02…la misma ha tramitado su prórroga por el término de cincuenta (50) años, la que se*

encuentra registrada … de fecha 03/01/06…”.----------

------ 4.6.- El Sr. Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas, mediante Nota N° 037/09 -fs. 6225/6229- remite los actuados al área legal. Luego de comentar los extremos del expediente, pide se examinen las cuestiones ///planteadas en relación a los Oferentes W. A. y M. D. SRL, añadiendo que “*al momento de impugnar M. D. SRL acompaña copia certificada y legalizada de la inscripción de Cesión de cuotas y del Órgano de Administración en la IGJ, con fecha 20 de Octubre de 2008. Asimismo, la IGJ incorpora a su contestación copia de la Prórroga de la duración de la sociedad …que NO fue acompañada a la oferta”*.----------

------ A fs. 6230/6240 corre agregado el Dictamen N° 16/09 de la Dirección de Asesoría Legal del Ministerio de Comercio Exterior, Turismo e Industria, en el cual se analiza lo normado en los arts. 9°, 15° y del 18° al 21° del Pliego de Bases y Condiciones Generales, opinando que *“la falta de acreditación de la personería y habilidad de los firmantes, resulta ser causal de rechazo de la oferta, como lo es la falta de garantía del mantenimiento de oferta, por lo tanto tal requisito, debe estar acreditado al momento de la apertura de las ofertas y así se advierte en ese acto, o bien como lo establece el art. 15°, en su última parte, si la causal pasara inadvertida en ese acto, podrá surtir efecto posteriormente, durante el estudio de las mismas, sin derecho a reclamo alguno. …la acreditación de la personería y habilidad del firmante …en base a la documentación acompañada a la oferta en el acto de apertura…Contrato de Cesión de*

Cuotas y Contrato Social de M. D. SRL respecto de este último se advierte que su término de duración se encuentra vencido, pero posteriormente la Inspección General de Justicia informó …la prórroga …por …50 años”. Refiriéndose a lo ///establecido en la Ley de Sociedades Comerciales -arts. 157°, 11° y 160°- opina que en el caso, el socio T. G. debió participar en la elección del gerente de la Sociedad, razón por la cual -sostiene- el instrumento acompañado no tendría entidad para acreditar el carácter de socia gerente de M. Remarca el principio de igualdad que debe guiar todo procedimiento licitatorio, y concluye aconsejando se devuelva a la Comisión de Preadjudicación para que se expida nuevamente y que se dé vista a la Asesoría General de Gobierno.----------

------ Organismo que se expide a fs. 6244, indicando que, a tenor de lo previsto en el art. 23° del Pliego, no procede un nuevo pronunciamiento de la Comisión comentada sino que es potestad del Subsecretario del área en su carácter de autoridad de aplicación.----------

------ 4.7.- El 3 de febrero de 2009 ese funcionario dicta la ***Disposición N° 23/SSTyAP/09*** (fs. 6255/6260) por la cual se resuelve “*hacer lugar a la impugnación interpuesta por la empresa M. D. SRL contra el Informe de la Comisión de Pre adjudicación del 29 de diciembre de 2008 correspondiente a la Licitación Pública N° 1-SSTyAP/08…”*. Para así decidir, luego de relatar extensamente la postura de la recurrente, hace mención a la recepción del informe remitido por la IGJ, al art. 9° y 15° del PByC destacando que “ *la documentación a que hace referencia el art. 15° debe estar acompañada con la oferta al momento de la presentación…”, “…que el proceso licitatorio debe respetar el principio que todos los oferentes se encuentran*

en una situación de igualdad…”, “…que nada obsta que cualquiera de las causales de rechazo de la oferta pueda ser advertida hasta el momento de la adjudicación…”. Y ///finalmente, expuso “*…corresponde hacer lugar a la impugnación planteada toda vez que no es cierto que no se pueda acreditar la personería y habilidad para comprometer a la sociedad, por no encontrarse inscripto …en ésta etapa del proceso licitatorio en trámite, la Autoridad de Aplicación debe resolver la impugnación planteada sobre la base del informe de la Comisión de Pre Adjudicación, en los términos del art. 23°…lo que de ningún modo significa decidir sobre la adjudicación y mucho menos limitar su facultad y obligación de advertir hasta el momento de la misma, cualquier causal de rechazo de la oferta…”*.----------

---

------ El 13 de febrero de 2009 el Subsecretario eleva a consideración del Sr. Ministro el trámite licitatorio por Nota 107/SSTyAP/09, agregada a fs. 6275/6279, realizando un informe del modo en que el mismo se llevó a cabo y señalando “*…el encuadre de la oferta presentada por M. D. SRL dentro de la causal de rechazo establecida en el art. 15° inc. b) y, toda vez que nos encontramos en plena etapa de estudio en un todo de acuerdo con el art. 15 “in fin”…correspondería, salvo mejor opinión de los órganos de contralor RECHAZAR la oferta presentada …en salvaguarda de los principios rectores de la Licitación Pública, en particular, el …de Igualdad”* (fs. 6278).----------

------ 4.8.- A fs. 6285/6293 corre agregado el Dictamen N° 21/DAL-MCETI/09 que, relatado el trámite licitatorio, las impugnaciones y el

///modo en que fueron resueltas, proyecta el acto de adjudicación y solicita la remisión a la Fiscalía de Estado.----------

------ El Organismo se expide a fs. 6299/6301 y vta. considerando que, en relación a quien ahora acciona, no se ha "*cumplido acabadamente con el debido proceso, en tanto se está propiciando el rechazo de una oferta sin que el proponente de la misma hubiera tenido oportunidad de conocer las razones que lo sustentan (distintas de las esgrimidas por la comisión de Preadjudicación las que fueran oportunamente resueltas …) y sin que tuviera la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, alegando todo lo que pudiera hacer a su favor…*".----------

------ El Sr. Ministro del área ordena a fs. 6302 se corra vista a la Sociedad actora, lo que es cumplido el 2 de marzo según consta a fs. 6303 vta.. Dado el pedido expreso de aclaración sobre la fecha de vencimiento para realizar descargo, el Sr. Subsecretario manifiesta que dicho plazo expira el 5 de marzo -siempre de 2009- a las 14 hs. (fs. 6311); prorrogándose el mismo a fs. 6312 hasta el día 9 del mismo mes y año a las 11.00 hs.----------
---

------ 4.9.- En término, presenta la ahora accionante un escrito cuyo título dice "INTERPONE FORMAL IMPUGNACIÓN – ACOMPAÑA GARANTÍA" (fs. 6315/6320) en cuyo Objeto manifiesta opugnar la Nota N° 107/09, rechazando de manera categórica todas las consideraciones de hecho y de derecho que la misma expone y anexa la boleta de depósito a fin de cumplir con lo normado en el art. 23° del PByC. Los argumentos esgrimidos se refieren al Contrato Societario, a la ///Inscripción de la Cesión

de Cuotas Sociales que, luego de mencionar el carácter constitutivo ó declarativo según la doctrina que se siga, alega "…*el organismo licitante tomó debido conocimiento de la cesión de cuotas cuestionada por ausencia de registración, al momento de presentarse…a la licitación convocada, por ende no puede alegar que la ausencia de toma de razón de la cesión de cuotas al momento de la presentación de la oferta sea una causal de exclusión dentro de los términos de las condiciones generales y particulares de la licitación. Insistir…sería violar el principio de buena fe…"*. En relación a la designación del gerente controvierte la Nota, diciendo que la misma no analizó la documental presentada puesto que *la designación de M. fue efectuada por acta en reunión de socios el 19 de octubre de 2007 con capital social suficiente para adoptar resoluciones sociales según la Cláusula NOVENA del Contrato Social*.- En este momento, acompaña Boletín Oficial del 14 de octubre de 2008 (fs. 6321), en la que se publica la misma y además el Acta de cesión de cuotas que acompañó a la oferta (ver punto 4.2), y destaca que el Acta de Gerencia (alude a la de 2007) que se confeccionó en esa oportunidad reúne los requisitos del art. 9° apartado k) punto c) del PByC.----------

------ Remitidos los obrados a la Asesoría Legal para su análisis, se expide a fs. 6331/6338. Reseña los agravios de la Sociedad impugnante, la autoridad competente y la normativa aplicable al procedimiento licitatorio. Sostiene que toda cesión de cuotas societaria importa la modificación del contrato social y el consecuente cambio en la tenencia ///de capital lo que incide además en el modo en que se conforme la voluntad social para tomar decisiones; entre las que se encuentra la designación del órgano de administración. Destaca también que, según lo fija el PByC, se exige a los

postulantes que al momento de la presentación de ofertas la persona jurídica oferente tenga su contrato social ***actualizado y debidamente inscripto***. Y, mencionando la fecha de la publicación del edicto del Boletín Oficial (detallado antes) y la inscripción en la IGJ del 20 de octubre de 2008, concluye que ambos son posteriores al día 8 del mismo mes y año en que acaeció la Apertura de las Ofertas, afirmando que *"al momento del trascendental acto licitatorio, la oferente no cumplía con la exigencia del artículo 9° inc. k) apartado a)"*. Agrega que el contenido de la Nota cuestionada difiere de lo que oportunamente observó la Comisión de Preadjudicación. *Subraya que el Acta de la reunión de socios del 19 de Octubre de 2007 en la que se designó al socio gerente no fue acompañada por la Oferente en la oportunidad pertinente*. Menciona además que la Cláusula Novena del Contrato Social de la recurrente, en concordancia con el art. 160° de la Ley de Sociedades Comerciales, prevé que si uno de los socios representare el voto mayoritario, se necesitará además el voto de los otros socios; estima la Asesora que -en el caso- *"necesariamente el señor G. E. T. G., debió participar en la elección del gerente de la Sociedad"*. Reitera la mención del art. 15° de las Cláusulas Generales y la importancia del principio de igualdad de los oferentes, para concluir opinando *"…el no rechazar aquella que no cumple alguno de los requisitos…implicaría el no respeto de éste principio por parte de la Autoridad con facultades para resolver la adjudicación"* .----------

///--- El 18 de marzo de 2009 el Sr. Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas mediante Disposición N° 068/09, recogiendo los argumentos vertidos en el dictamen comentado, rechazó la impugnación de M. D. SRL contra la Nota N° 107/09 *"…por no haber acreditado al momento de la*

presentación de su Oferta, personería y habilidad de quien firmó en nombre de la Sociedad por incumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 9° incisos d) y k) apartados a) y b) del Pliego…encuadrando su presentación en la casual de rechazo de las Ofertas establecida en el artículo 15° inciso b)…". (fs. 6340/6346). De la cual tomó conocimiento un Apoderado de la Sociedad el mismo día, según constancia de fs. 6346 vta..----------

------ 4.10.- Resuelto ello, sigue su trámite la licitación, toma intervención la Contaduría General de la Provincia que, sin objeciones (fs. 6353) al proyecto de acto administrativo de adjudicación, lo gira a la Fiscalía de Estado para una nueva evaluación. Realizada mediante Dictamen N° 20-F.E.-2009 (fs. 6354/6355 y vta.) considera *"…totalmente inadmisible e infundada la pretensión del oferente M. D. SRL de dejar de lado las exigencias del Pliego con sustento en que no se le formularon observaciones en el acto de apertura. …la imposibilidad …de poder acreditar que al momento de presentación de su oferta, contaba con la correspondiente* ***inscripción de su contrato social actualizado****, (artículo 9° inc. k) apartado a), constituye por sí sola causal de exclusión que torna inadmisible formalmente su propuesta, no quedando otra alternativa que su rechazo con sustento en los principios ///de igualdad y legalidad"*. Se ocupa luego del proyecto anexado y afirma *"…las Ofertas cuya adjudicación se propicia, en el orden de mérito indicado, resultan ser convenientes tanto técnica como económicamente a los intereses estatales, no encuentro razones para ver comprometido el interés fiscal en los términos del art. 7°, inciso 8 de la Ley V N° 96 (antes N° 5117)…"*.----------

------ En dos presentaciones, una dirigida al Sr. Subsecretario (fs. 6356) y otra al Sr. Fiscal de Estado (fs. 6357) la Sra. M. -en su calidad de socia Gerente- informó que la Sociedad interpondría Recurso Jerárquico contra la Disposición N° 68/09 y a fs. 6359 solicitó prórroga del plazo legal para hacerlo la cual es contestada a fs. 6361 por el Sr. Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas quien manifiesta que el término finalizaría el 14 de abril de 2009.----------

------ 4.11.- A fs. 6366/6369 se agrega Nota enviada por el Sr. G. E. T. G., que ingresa el 30 de marzo de 2009 al Ministerio del área, por la cual expone que en su calidad de socio de M. D. SRL, detentando el 25% de las cuotas sociales, ***ratifica*** todo lo actuado por la Socia Gerente Sra. R. M. en el trámite. Aclarando además que la misma es ***sobreabundante*** dado que todos los actos, presentaciones, impugnaciones y recursos realizados se hallan encuadrados legalmente y obligan a la Sociedad.----------

------ 4.12.- El día en que se vencía el plazo legal, la actora interpuso el Recurso comentado contra la Disposición N° 68/09, el que se agregó a fs. 6386/6397. Expone que además de lo reprochado por la Comisión de ///Preadjudicación, se le imputan “dos nuevas irregularidades” y enumera “falta de registración al momento de la apertura de las ofertas de la Cesión de Cuotas Sociales” y la “irregular designación o inexistencia de designación de Gerentes u Órgano Administrador de la Sociedad”. Se agravia al considerar que, con la Disposición N° 23/09 el Subsecretario -opina- reconoció acreditada la personaría y habilidad para firmar la documentación y *“en el decurso de esta actuación”* se vuelve a objetar; reiterando -para defenderse- los argumentos vertidos en la demanda.

Esgrime en un párrafo que "…*la cesión de cuotas sociales se halla inscripta y está acreditada en autos su publicación. Es decir…**al ser documentación requerida por el art. 9 del Pliego la falta de presentación fue subsanada con posterioridad**. Y para una mayor acreditación el socio T. G. se presentó en estos actuados y ratificó todo lo hecho por M. D. SRL en esta licitación. Es decir que **también tiene una subsanación posterior** y cualquier juez en una contienda no dejaría de reconocer la obligatoriedad asumida por esta Empresa en todas sus partes.…"* (fs. 6389 vta. -el destacado se agrega). Además, sostienen que cuando se realizó la cesión de cuotas de los Sres. D. y C. todavía eran socios. Luego realizan la venta y ambos actos se hacen constar en el mismo Convenio de Cesión, luego de citar el art. 1198° del Código Civil refieren que "*no es correcto suponer que dos actos que fueron puestos en un mismo documento, como son la designación de la gerente y la cesión de cuotas…hayan tenido una secuencia que deje sin efecto a una de ellas"* (fs. 6396).----------

///--- Este planteo es rechazado por Disposición N° 100/09 del 15 de abril de ese año (fs. 6398/6399) en cuyos Considerandos puede leerse " *la Disposición N° 68/09… no configura un acto administrativo…tratándose de la etapa de preadjudicación del procedimiento licitatorio, la naturaleza jurídica de dicho acto es un simple acto de la Administración, que carece de carácter vinculante, solo preparatorio de la voluntad administrativa…"* y funda *"…el Pliego, al que se sometió el recurrente, solo prevé la impugnación al informe de preadjudicación en los términos establecidos por el Artículo 23°…, no estableciendo más vías recursivas, remitiéndose directamente a las impugnaciones previstas para el acto de adjudicación,*

que …resulta impugnable en sede administrativa y posteriormente, por la vía …judicial…”.----------

------ Hay una presentación de quien ahora acciona del mismo día, por la cual requiere a la Subsecretaría se acredite el cumplimiento de de la obligación impuesta en el art. 11 del Dto. N° 167/08.----------

------ 4.13.- Seguidamente (fs. 6401/6405) se incorpora al Expediente el ***Decreto N° 408/09*** por el cual se adjudican los SEIS (6) PERMISOS licitados.- Su artículo 2° rechaza la oferta de M. D. SRL *“por ni cumplir su presentación con los requisitos de admisibilidad establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones- Cláusulas Generales”* objeto de impugnación en estos obrados.----------

------ En lo que aquí interesa, los Considerandos del mismo explican que “*… el Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas, como autoridad de aplicación…, remite las actuaciones al Sr. Ministro de Comercio ///Exterior, Turismo e Inversiones, en la que manifiesta que la oferta presentada…encuadraría dentro de la causal de rechazo de la oferta establecida por el artículo 15° inciso b) del Pliego…”* (11vo. Cons.) y que “*…M. D. SRL interpone …impugnación contra la Nota N° 107/09, el cual fue resuelto por la Disposición N° 068/09…”* (13er. Cons.).----------
----

------ El día 17 del mismo mes y año se hace constar (fs. 6414 vta.) que concurrió un funcionario al domicilio constituido por la ahora accionante para notificar la Disposición N° 100/09 y el Decreto mencionado, sin ser

recibido por persona alguna, procedió a fijar copia de ambos actos en el mismo. No obstante, ese día M. D. SRL interpuso "***recurso de nulidad*** *contra todas aquellas actuaciones administrativas que se hubieran realizado en el expediente…con posterioridad a la interposición del Recurso Jerárquico…"* (fs. 6415 y vta.).----------

------ A fs. 6423/6424 se incorpora un Acta Notarial de la Escribanía General de Gobierno que certifica la notificación, el día 20 de abril de 2009, de los actos administrativos antes referidos a la ahora actora.--------

------ 4.14.- De fs. 6458 a 6485 y vta. obran en simple copia, cuatro ejemplares de los Contratos de Permisión suscriptos con adjudicatarios, de los que se desprende que el plazo de la permisión se establece por DIEZ (10) años ó "temporadas" las que se consideran comprendidas ///entre *el 15 de junio y el 15 de diciembre* de cada año (Cláusula Segunda) tal como se estipuló en el llamado.----------

------ 4.15.- El 24 de abril, la Asesoría Legal del Ministerio dio tratamiento al Recurso de Nulidad antes referido.- Expone que su presentación no tiene efectos suspensivos conforme lo prevé el art. 101° de la Ley I N° 18 y, además, sostiene que carece el mismo de los recaudos establecidos en el art. 109 del citado plexo, considerándolo inadmisible. (fs. 6491/6493). Ningún acto administrativo se emite en consonancia.----------
---

------ El 30 de abril, por Carta Documento -fs. 6495-, la actora manifiesta la "*voluntad de mantener la garantía de la oferta hasta la extinción de*

obligaciones correspondientes…al trámite licitatorio”. Y realiza otra presentación el 21 de Octubre de 2009 (fs. 6515) solicitando la devolución del valor abonado a fin de realizar la impugnación que se resolvió por la Disp. N° 23/09 favorable a su postura. Analizado por el área legal del Ministerio -fs. 6521/6524- y la Asesoría General de Gobierno -fs. 6531- se pronuncian a favor de la devolución del importe oblado.----------

------ Hasta aquí el detalle del trámite administrativo en el que discurrió el caso traído por ante esta Sala.----------

------ 4.16.- La actora acompañó al demandar, copia de un Recurso de Reconsideración que intentó contra el Dto. N° 408/09 (fs. 105/107 y vta.), con sello de recepción en la Secretaría Privada del Gobernador el ///21 de Abril de 2009.- El mismo no obra en el Expte N° 136/08 que he relatado, ni se sabe de su suerte.- Sólo manifiesta al accionar que no fue respondido.----------

------ 5. La atenta lectura de estos antecedentes, expone la típica situación de un oferente desplazado en una licitación pública, que denuncia la existencia de vicios en el acto que rechazó su oferta, haciendo extensivo el cuestionamiento a actos del procedimiento de selección en el que intervino -previos al Decreto que opugna- que efectuó la adjudicación, y por efecto, a ésta misma.----------

------ Violación de la ley y arbitrariedad son los endilgados, pues habrá de afirmar que su oferta había sido admitida, en particular por la Disposición

N° 23/09 del Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas (ver punto 4.7), que si existieron defectos en la documentación acompañada a la propuesta éstos se “subsanaron”, que de algún recurso presentado no obtuvo respuesta.- Y, que los fundamentos del Ejecutivo cuando la rechaza no se ajustan a las normas licitatorias, cuestionando las deficiencias en los requisitos subjetivos del oferente que el mismo le achaca, y que controvierte con similares argumentos llevados a la sede administrativa.----------

------ Ello impone que aborde diversos aspectos, a los que proporcionaré un orden de tratamiento no por su relevancia sino al solo efecto de hacer comprensible el criterio que en definitiva habré de adoptar.----------

///--- 5.1.- Comienzo por precisar, que procedimiento licitatorio no es sino una especie del género procedimiento administrativo, al que referí en mi voto en S.D. N° 4/SCA/12 (in re G…) donde -repitiendo la Nº 02/SCA/04 (“F…”), N° 06/SCA/09 (“L…”) y N° 01/SCA/2011 (“G.,..”)- y con cita de CASSAGNE fallé “…el procedimiento administrativo no es una sucesión mecánica de trámites y actuaciones. Es una serie de actos orientados a la realización del control de legitimidad– legalidad, razonabilidad y justicia- u oportunidad, que sirven, al propio tiempo de garantía a los administrados.- No es -dirá- un acto complejo sino un complejo de actos, cada uno de los cuales posee individualidad jurídica propia, sin perjuicio de hallarse relacionado con los demás actos con los cuales tiene una vinculación común en mérito a la obtención de la finalidad de interés público que la Administración persigue. Tales individualidades integran en su conjunto el procedimiento de formación de voluntad del acto final.-… (Derecho

Administrativo – Tomo II – pág. 373/375/381)”.----------

------ Esta especie -aplicada a contrataciones del Estado- tiene particularidades específicas, y principios propios que la gobiernan.- La impugnabilidad separable de algunos de los actos que en fases van conduciendo al resultado final es su característica, y todo ello determina que sean objeto de regulación concretizada.----------

------ Pacíficamente se ha sostenido que en toda Licitación “…las normas del pliego de bases y condiciones son la ley del contrato” entendido ello como norma general reguladora del procedimiento de preparación y ///ejecución de la voluntad contractual.- Miriam IVANEGA, definió la Licitación Pública como “el modo de selección de los contratistas de entes públicos en ejercicio de la función administrativa, por medio del cuál éstos invitan, públicamente, a los posibles interesados para que, con arreglo a los pliegos de bases y condiciones pertinentes, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más conveniente al interés público”. Entre los principios del procedimiento administrativo que se tornan aplicables a este especial, la autora enumeró juridicidad, verdad material, oficialidad, informalismo, debido procedimiento previo, celeridad, sencillez, economía y eficacia. Añadiendo que, *son específicos* de la licitación *la concurrencia*, *la igualdad* y *la publicidad*. Refiriéndose a la importancia de éstos, señala que la ***concurrencia*** persigue convocar la mayor cantidad de oferentes posibles, a efectos de que la Administración pueda contratar con quien ofrezca la mejor opción, efectuándose una competencia entre aquellos que pueden encontrarse en un pie de ***igualdad.-*** Coincidiendo con la jurisprudencia

consultada subraya, que los pliegos de condiciones importan "*el conjunto de cláusulas que redacta la Administración, especificando el suministro, servicio u obra a licitar, estableciendo el trámite a seguir en el procedimiento y las condiciones del contrato a celebrarse. Las disposiciones contenidas en el Pliego de Bases y Condiciones Generales y Particulares son la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes. Son obligatorias para todos los intervinientes en el proceso licitatorio, inclusive para la propia Administración, y su cumplimiento interesa al orden público por ser la ley del contrato. Los ///generales contienen disposiciones relativas a todos los contratos de una misma clase o a todos los contratos que celebra la Administración y los particulares, se consumen con la selección del contrato para el cual fueron redactados*. (Conc.: "Aspectos de la Licitación Pública" en Revista de Derecho Público - 2006 -1 "Contratistas del Estado –Procedimiento de Selección" Rubinzal Culzoni - págs. 127/132 y 142/143).----------

------ Concuerda la jurisprudencia que la define como "conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante –administración- que especifica el suministro, obra o servicio que se licita –objeto-, las pautas que regirán el contrato a celebrarse, *los derechos y obligaciones de los oferentes*, cocontratantes, y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato" (JUBA - STJ Sgo. Del Estero – Z001377) de sujeción obligatoria para ambas partes, de las cuales los contratantes no pueden apartarse ni aún mediando acuerdo al respecto (JUBA-SCBA B 50.560 "Raffo…" sent. 11-VIII-92; B 55514 "La Proveedora Industrial SA…" del 02/II/99), ergo las cuestiones deben resolverse con estricto apego

a dichas normas (JUBA - B 52.759, “Hidraco…”sent. 28-XII-95; “Oresanz” sent. 8-IV-97) (SC Bs. As – B.57.150, “Humbertmann…” sent. 6-IV-99)”.----------

------ En orden a estas pautas, la evaluación del trámite de selección de postulantes para la licitación bajo análisis, habré de realizarla al amparo de la reglamentación detallada en el Apartado 2, es decir, de lo establecido en el PByC (fs. 291/309) y del Régimen General de Contrataciones Ley II N° 76 (antes Ley N° 5447) y su reglamentario Dto. ///N° 777/06, de manera supletoria. Destacando, que según aquellos Pliegos, a lo largo del procedimiento de selección del permisionario hay dos autoridades debidamente definidas. Por una parte, el Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas es la Autoridad de Aplicación consagrada en la Ley XI N° 44 (antes Ley N° 5714); y por la otra, el Poder Ejecutivo que se reserva la potestad de ***adjudicar*** los permisos licitados.----------

------ 5.2.- El núcleo central de la contienda gira en torno al agravio planteado por la Sociedad que entiende que en un primer momento, observada su presentación por la Comisión de Preadjudicación por incumplir con la documentación que debía acompañar a la propuesta en su carácter de persona jurídica, e impugnada que fuera, obtuvo la opinión favorable del Sr. Subsecretario del área. Y, con posterioridad, se endilgaron los mismos planteos para rechazar su oferta, pero aduce que había ***subsanado*** -así lo expresa- todas las cuestiones planteadas en su contra.----------

------- Recuérdese que según detallé en 4.1, el PByCG, estipuló en el art. 9, determinados recaudos subjetivos exigibles al oferente -Persona Jurídica- entre ellos Contrato Social actualizado y debidamente inscripto, datos del personal directivo y habilitado para representar a la Sociedad, constancia documentada aprobando la decisión de intervenir en el llamado.----------
---

///--- Exigencias que no son casuales, pues como lo enseña ROITMAN, el riesgo de los negocios se asume sobre la base de información certera y veraz, fuente o fundamento de la necesidad de ***publicidad*** de los documentos más importantes de la Sociedad (constitución, transformación, fusión, escisión, designación y cesación de la administración, aumentos de capital (arts. 5, 77 inc. 5, 83 inc. 4, 60, 10 inc. 7 LS); tales los elementos que la individualizan, para quien contrate con ella tenga la certeza de su existencia y la forma en que se adoptan las decisiones de gobierno y administración.- Esto es *"la certeza en la identidad de la sociedad contratante y el conocimiento indubitable de que quien otorga el acto esté debidamente facultado para ello"* (Ley de Soc.Comerciales Comentada y Anotada – Ed. LL – Tomo I – pág. 132, 133).- Mas allá de sus efectos declarativos, la publicidad es imprescindible para que los actos se vuelvan oponibles a terceros de buena fe.- Y la Administración licitante -futuro adjudicador y contratante- lo es, como lo son los licitadores concurrentes en el procedimiento.----------

------ El Estado tiene el derecho -y la obligación frente a eventuales incumplimientos ulteriores si resultare adjudicatario- de conocer con certeza

quién oferta.- Y lo ha exigido en el Pliego, indicando que la acreditación debe serlo al momento de formular aquélla.----------

------ Pues M. D. se presentó con la documentación que he detallado en 4.2: un contrato social vencido -es decir ***sin contrato social-*** y un acta que -como dije- da idea de que la sociedad se modificó esencialmente, y se nombró a quien dijo representarla Gerente – socia ///con el 75% de participación -***sin publicar***- y sin la firma ni el consentimiento del socio propietario del 25% restante del capital social.--

------ 5.3.- Es cierto, que la Comisión de Preadjudicación, pese a prevenir que la documentación era insuficiente, y podía motivar el rechazo de la oferta, igualmente evaluó los antecedentes, la calificó, y estableció un orden de prelación, asignándole a M. D. el sexto lugar entre siete postulantes. ------ ----------

------ 5.3.1.- Debe decirse que la Comisión en el Informe de fs. 6071 (ver punto 4.3 de este análisis) no otorgó plazo alguno para que operase una "subsanación" de defectos formales (art. 20 PCG), a su juicio preliminar causa de rechazo, sino que remitió a la opinión que oportunamente diera la Inspección de Personas Jurídicas (IPJ).- Pero -insisto- ponderó igualmente la oferta culminando así su participación en el procedimiento, sin esperar la respuesta.----------

------ Ello motivó la reacción de la oferente (punto 4.4), que expone sus razones, y finaliza afirmando que la oferta no fue rechazada, y las observaciones deben ser "subsanadas" al firmar el contrato.----------

------- Recepcionado el informe de la IPJ (relato en punto 4.5), pese al pronunciamiento de las áreas legales (punto 4.6), en una decisión bastante oscura, el Subsecretario hace lugar al reclamo de la actora estimando que pudo quedar obligada., pero…abriendo paraguas, pues ///alude a una etapa "preparatoria", que "de ningún modo significa decidir la adjudicación ni mucho menos limitar su facultad y obligación de advertir hasta el momento de la misma cualquier causal de rechazo de la oferta" (Disposición 23 del 03 de Febrero de 2009).- Ni más ni menos que lo establecido por el art. 15 del PCG, y una victoria de Pirro para empresa, porque por acto seguido -el 13 de Febrero- eleva las actuaciones al Ministro (Nota 107 – ver 4.7)…propiciando ***rechazar*** la oferta.---------

------ 5.3.2.- No muy prolijo el trámite -debe decirse- pero las decisiones intrascendentes.- Porque, primero, la Comisión de Preadjudicación interviene en una etapa preparatoria o previa a la decisión administrativa y, como tal, meramente ***informativa***, y así lo ha establecido claramente el PByCG en el art. 21°, a lo que se añade lo preceptuado por el art. 37 del Dto. N° 777/06: ***"La opinión que emita la Comisión de Preadjudicación no libera de la obligación de formular opinión sobre el procedimiento en la materia de su competencia a los demás organismos que deba intervenir para su estudio…"***.----------

------ Coherente con la parte final del art. 15 del PByCG (4.1).----------

------ Y concordante con lo que la doctrina enseña al respecto.- M. MARIENHOFF, dirá que la "preadjudicación" o "adjudicación provisional"

no es un requisito esencial en el trámite de la licitación y sólo rigen con carácter excepcional en las legislaciones que lo consagran (Tratado de Derecho Administrativo – Astrea 4° ed. T. III-A, pág.245 y ccs).- Es la autoridad competente para efectuar la adjudicación ***definitiva***, la que debe expedirse.- Al igual que DROMI que califica la opinión de ///estas Comisiones como técnico-consultivas, con valor jurídico de dictamen, o recomendación; el órgano de decisión -afirma- puede apartarse del dictamen y resolver algo distinto de lo aconsejado, apartándose parcial o totalmente de aquél.- No es parte de un acto complejo, sino actividad previa, preparatoria de la decisión final.- Es, en suma, un acto de trámite o *simple acto de la administración* que necesita de la aprobación para producir efectos jurídicos directos; no importa una declaración de voluntad propia y autónoma ni reúne los elementos necesarios para el acto administrativo definitivo, que será el de adjudicación.- (Ob.cit. págs.384 a 390).----------

------ El fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires que cité antes expone "… *el procedimiento de selección se desarrolla en distintas etapas de trámite hasta el momento de la elección final de la oferta más conveniente. ….la declaración de preadjudicación constituye una preselección preliminar previa a la adjudicación definitiva u aprobación final. Es un acto de trámite previsto en las normas del pliego de bases y condiciones y necesita de la resolución final para producir efectos jurídicos directos. La adjudicación definitiva confiere suficiencia jurídica y configura la declaración de voluntad final de la Administración, completando el ciclo precontractual.- …la preadjudicación es un acto de la Administración de índole preparatoria de la manifestación de voluntad contractual…*" (B.

57.150 sent. 6.4.99 “Humbertmann…”).----------

///--- 5.3.3.- No empece a ello, que aún cuando se considere simple acto, en el marco de las normas de contrataciones del Estado, y de los Pliegos de Bases y Condiciones pueda ser impugnado.- Esta posibilidad -dice el autor- se otorga para afianzar la participación de los interesados en la preparación de la voluntad administrativa y tutelar en esa sede el debido proceso y participación.- Pero, la resolución definitiva de tales impugnaciones es atribución de la autoridad competente para aprobar la contratación.- Tal es la intrascendencia de las decisiones “de trámite” en este procedimiento, que aún cuando el oferente no la haya formalizado, ello no impide que impugne la decisión definitiva.----------

------ Me refiero, creo que debe quedar claro, a una intrascendencia procedimental, pues claro es que los argumentos que las fundan, su contenido, deben ser tenidos en cuenta en el acto final.----------

------ Resulta explicativo, lo que he señalado recientemente en SD Nº 04/SCA/12 (“G..”) al afimar que la dicotomía clásica entre “actos de trámite” y “acto final”, conclusivo, principal, terminal, según la terminología de los distintos doctrinarios, en orden a su impugnabilidad, debe ser analizada en cada procedimiento en que se incardinen, y según su contenido.----------

------ En ese contexto, dentro del procedimiento licitatorio realizado por la Provincia accionada, la Disposición N° 23/09, no es sino un “*acto de mero*

trámite” en el cual el Sr. Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas atendió las argumentaciones que la Sociedad oferente tenía ///contra la Preadjudicación, previniendo claramente la ausencia de definitividad.----------

------ De tal suerte, la impugnación que el Pliego autoriza -y M. D. ejerce- fue respondida en el marco predispuesto, dejando a salvo la posibilidad por aquél prevista hasta la adjudicación.----------

------ Que no parece congruente la decisión aparentemente favorable del funcionario, para casi de inmediato opinar que la oferta merecía rechazo…es cierto.- Pero no lo es menos que la autoridad adjudicante es la que tenía la potestad de resolver.----------

------ La Adjudicación, nos dice Rodolfo BARRA, es el acto administrativo en virtud del cual el órgano competente de la Administración licitante elige de entre los oferentes admitidos aquel que ha presentado la oferta con derecho a ser calificada como la más conveniente tras una valoración comparativa de todas las propuestas presentadas y admitidas, constituyendo en el administrado así seleccionado la calidad o situación jurídica de adjudicatario. *Cierra el procedimiento de selección, resultando el acto consecuente coligado a los antecedentes que se fueron desarrollando y emitiendo durante el transcurso del mismo procedimiento.* Como tal, su validez dependerá de la regularidad de los actos antecedentes, o bien de que los mismos no hayan tenido una influencia determinante en la adjudicación. También, el acto de adjudicación puede adolecer de vicios propios, independientes de ///la regularidad de los actos antecedentes, lo que podrá

provocar su invalidez declarada a consecuencia de la actividad impugnativa de los restantes oferentes". (Conc.: "Contrato de Obra Pública" -Tomo 2 - Procedimiento de selección - Ejecución del Contrato" Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma - Bs. AS. págs. 652/653).----------

------ Pues bien, el Decreto N° 408/09 viene a ser este "***acto final***". Es la decisión administrativa que además de poner fin al procedimiento vino a zanjar todas las cuestiones esgrimidas durante la sustanciación del mismo, y para emitir el cual, el Ejecutivo se asesoró convenientemente.--

------ 5.3.4.- Debe decirse que M. D. SRL, hizo amplio y hasta excesivo uso del derecho de impugnación…con total aquiescencia de la Administración que a tal efecto aplicó el informalismo y hasta amplió plazos.- Permitió –a instancias de la Fiscalía de Estado (ver punto 4.8) otro reclamo contra la nota del Subsecretario que propiciaba el rechazo.- Y allí vino la hoy actora a presentar más documentos: ***un acta del 29 de Agosto de 2005***, que da cuenta de la integración a la sociedad con la Sra. M., como titular de 50%, y los Sres. T. G. – 25% y C. y D. – 12,85% cada uno (ya no figura B.); ***otra del 19 de Octubre de 2007***, suscripta por los mencionados socios, a excepción del último de los nombrados, a fin de tratar la renuncia del Gerente -Sr. C. D.- "*…indeclinable, dado que …otros compromisos personales le hacen imposible desempeñar el cargo con la dedicación que el mismo requiere*", moción que resulta aprobada por mayoría y se somete a votación la designación de la Sra. R. M., lo que es también aprobado y acepta el cargo; y se hace ///constar la necesidad de modificar el artículo DECIMO CUARTO del Contrato Social. Copia certificada del Libro de Actas -fs. 132/134-en que el ***7 de mayo de 2008***, según consta en la copia certificada los socios de M.

D. SRL expresaron que "*…el motivo de la presente es para ratificar su renuncia al cargo de gerente…* -en referencia a D.- *…la que por motivos de funcionamiento de la Sociedad no pudo tempestivamente perfeccionarse y lo llevaron a seguir ejerciendo el cargo hasta el día de la fecha..*" Razón por la cual, se aprueba su gestión hasta ese día, y se reitera la designación de M. para desempeñar tal función. También se agrega -nuevamente- el CONTRATO DE CESIÓN DE CUOTAS SOCIALES del ***19 de Mayo*** (días después), que se acompañó a la propuesta.----------

------ Hace allí hincapié en el carácter declarativo de la inscripción del contrato societario, y modificaciones acompañadas e innecesariedad de publicidad.- Pero agrega Boletín Oficial del ***14 de Octubre de 2008***, por la que son publicadas las Actas de Octubre de 2007 y Mayo de 2008.-----

------ Opugnación rechazada por Disposición del Subsecretario Nº 68/09 (ver punto 4.9 in fine).- También éste acto "de trámite", según lo ya fundado en los anteriores apartados, contra el que también M. D. recurre…y continúa (ver puntos 4.12).- Incluso "aparece" una nota de T. G. –socio en el 25%- ratificando la gestión de M.----------

///--- Todos alzamientos, ya fuera del marco procedimental de las contrataciones, insistiendo la empresa en la "subsanación" de las falencias de la propuesta, que según lo dicho en 5.3.3., son decididos por el acto final que ya conclusivamente, la rechazó por las razones expuestas en la motivación.----------

------ No interesa que el Recurso Jerárquico se hubiera desestimado, u otro ulterior de nulidad de lo actuado no fuera tratado particularizadamente.- Todo fue resuelto -reitero- por el Poder Ejecutivo, en uso de las atribuciones otorgadas por el PCG, art. 16, que rechaza la oferta con la jerarquía del acto, que además es el propio y adecuado al procedimiento, y efectúa la adjudicación de los seis permisos licitados.---

------ 5.4.- Lo hace sin dudas, dentro del esquema procedimental autorizado por los pliegos y normas reglamentarias a que he aludido.- Ciertamente, este exhaustivo análisis, demuestra -de manera incontrastable- que el proceder estatal ha sido conforme a derecho, dando cumplimiento a la sustanciación del trámite licitatorio ajustándose a las pautas de la reglamentación.- En consecuencia, los argumentos de la demanda que se dirigen a atacar el comportamiento estatal en la Licitación en que la actora fue oferente, deben ser desestimados de plano.----------

----- 5.5.- Culminado el proceso precontractual, sólo los fundamentos del Dto. Nº 408/09 para excluir a la actora deben atenderse.- Y ellos determinan, que pese a los razonamientos que la oferente llevó a la sede administrativa, el Poder Ejecutivo estimó que la actora no cumplió con ///los requisitos de admisibilidad establecidos en las Cláusulas Generales del Pliego de Bases y Condiciones en el momento adecuado.- Así porque la falta de inscripción oportuna de la cesión de cuotas societarias y, como consecuencia de ello, el modo en que se realizó la designación de la gerente -que suscribió la presentación- la firma de la socia M. no involucró la voluntad societaria,

siendo necesaria la firma del otro socio (a la sazón T. G.).----------

------ Sus alegaciones en juicio son limitadas: que el contrato de cesión de cuotas es un acto –"extrasocietario" que a la Sociedad le resulta indiferente, que no hubo modificación del contrato social presentado (prorrogado según informó la IPJ por 50 años, e inscripto en 2006), que todas las obligaciones contraídas por la Sociedad son jurídicamente válidas aunque la inscripción de cesión de cuotas no se haya efectuado, que las formas pueden ser subsanadas y hacen a exigencias formales no esenciales, que la Administración adopta una postura formalista.----------

------ 5.5.1.- Lo primero que he de recordar es que entre las Cláusulas Generales, puntualmente en el art. 3° del PByC, se estableció que quien concurriera "*sin observar el Pliego"* conocía, aceptaba y se sometía "*a todas sus disposiciones*". Entre ellas, sin hesitación, por su importancia, a lo normado por los arts. 9° y 15° de cuya concordancia resulta cómo y cuándo quedan obligados los postulantes a acompañar la documentación y en qué circunstancias será procedente su rechazo.----------

///--- Es claro que la Sociedad que hoy acciona, desatendió o minusvaloró la importancia de los requisitos previstos en la reglamentación a la que voluntariamente se sometió.----------

------ No acompañó a su oferta el Contrato Social, pues el que acercó estaba vencido.- Tampoco la documental acreditante de su prórroga… ni aún se molestó en informar que el contrato había sido prorrogado y hasta

reformado.- Firmó la propuesta como Gerente la Sra. M., cuando es evidente que ante la situación era imprescindible la aquiescencia del socio T. G., frente la Cláusula Novena del mismo contrato que presentaba y afirma ahora "no fue modificado"- Tardíamente vino a acompañar documentos que ponían de manifiesto frente a terceros la actual conformación, con una publicidad que con evidencia, es posterior al acto de apertura de las ofertas (8 de Octubre, 14 de Octubre ambos de 2008).----------

------ Recién con el informe de la IGJ –que solicitó la Administración- que certificó por ante la Autoridad de Aplicación que la Sociedad tenía en trámite la inscripción de la prórroga del Contrato Social, pudo estimar la autoridad de la Licitación que la misma existía como tal, ya que de la documental arrimada con su postulación la evaluó como una "*Sociedad irregular*" ante un contrato vencido.----------

------ Me reitero en lo ya dicho en 5.1.- No es necesario indagar mucho más, para convencerme de que la presentación de M. D. SRL no fue ajustada a los requisitos procedimentales, más bien opino que desatendió su postulación las formas impuestas. Su comportamiento ///revela matices "*muy particulares*" combinados con un ostensible desapego de las normas que la propia empresa se impuso en el Estatuto Societario.----------

------ El simple dato fáctico de la fecha de publicación de los importantísimos actos societarios detallados antes, son demostrativos de la imposibilidad material que tuvo la accionante de haberse presentado como

oferente dando cabal cumplimiento a las exigencias de la reglamentación. Es decir, no pudo anexar la documental detallada en el PByC cuando realizó su propuesta -art. 9°- por el simple hecho de que la publicación de la cesión de cuotas societarias y de la designación del Gerente –aún considerando que la misma respetaba las pautas legales- todavía no había sido publicada en el momento establecido por la reglamentación como perentorio para acompañar los instrumentos respaldatorios de la postulación.----------

------ 5.5.2.- No desconozco que la doctrina, en un contexto licitatorio como el tramitado cuando sucede la controversia, propicia el postulado del informalismo a favor del administrado, procurando al Estado mayores beneficios a la hora de contratar, siempre que la mayor concurrencia no violente la igualdad entre los oferentes (aún los potenciales que no se presentaron) brindando preferencias injustificadas a favor de unos en desmedro de otros. No obstante, es conveniente determinar qué exigencias formales son esenciales y cuáles no; y ésta es una tarea que necesariamente debe concretarse al momento de la elaboración de las ///reglas que regirán la licitación. *"Dichas reglas deberán precisar claramente tales requisitos -objetivos y subjetivos- y cuyo incumplimiento impliquen sin más el rechazo formal de la presentación. Deberán prescribir con precisión cuáles defectos no podrán ser ///subsanados (defectos formales esenciales) y cuáles son subsanables y de qué modo (defectos formales no esenciales). Entre los primeros, a modo de ejemplo, puede mencionarse la falta de constitución de la garantía en el modo exigido en el pliego o aquéllos que se refieren a* ***la falta de representación debidamente acreditada*** *por parte del que se presenta no por derecho propio"* (Conc. Bernardo TALAMONTI

BALDASARRE “¿Principio del informalismo a favor del oferente?” en DJ 25/07/2012, 1 -el destacado es propio-).----------

------ Decir, como lo hace la actora, que la Administración obró con un exacerbado apego a las formas reclamando en su favor la aplicación del postulado antes comentado, importaría aceptar que se ponderara su particular situación en desmedro de los demás administrados/oferentes que dieron efectivo cumplimiento a las pautas establecidas en el art. 9° del PByC, concurriendo a la licitación acompañando en legal tiempo y forma la documentación requerida. Lo que además violentaría los principios antes comentados.----------

------ Por lo tanto, una primera conclusión del relato anterior, permite reprocharle a la Sociedad un inexcusable obrar poco diligente. En palabras de Miriam IVANEGA “…el mero hecho de presentar una oferta para intervenir en la licitación pública engendra un vínculo del oferente con la Administración y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación ///que implica en definitiva la concreción del acuerdo de voluntades. Ello presupone, dada la seriedad y relevancia del acto, la diligencia del postulante que excede la común de efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación. No se trata de la ficción genérica de conocer el Derecho, sino de los conocimientos que se derivan del deber de diligencia que impone cierta posición jurídica subjetiva singular: el hecho de ser contratista del Estado. Así “cuando el postulante no ha formulado observaciones ni impugnaciones a las previsiones contenidas en los pliegos, debe entenderse que las conocía en todos sus términos, las aceptó y las consintió, lo que excluye en consecuencia la posibilidad de su

posterior impugnación. El voluntario sometimiento a un régimen sin reservas expresas comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su posterior impugnación" (Fallos 305:826; 307:358)" (Ob. Cit. pág. 144/146).----------

------ 5.5.3.- Asimismo, tampoco resulta suficiente para sortear el rechazo de su Oferta las alegaciones relativas al carácter constitutivo/declarativo de la inscripción de la Cesión de Cuotas Societarias, si fue pactada legalmente, si acaeció antes o después de que los socios cedentes traspasaran la titularidad de sus cuotas sociales y/o si la designación de la socia M. como Gerente fue ajustada a lo reglado en la Ley de Sociedades Comerciales (en adelante LSC) y como tal, si ella estaba habilitada para comprometer la voluntad de M. D. SRL.----------

///--- Aún cuando no es mi deseo abrumar al justiciable con discusiones doctrinarias que se han ocupado de distinguir cuándo la inscripción en el Registro Público de Comercio y/o en la IGJ (en el ámbito local) reviste uno u otro carácter, ni los efectos que derivan en cada caso respecto de los terceros de buena fe porque tal debate excede el marco de esta litis. Creo necesario, para finiquitar este juicio, en relación a la cesión de cuotas sociales, añadir mínimamente -siguiendo a Horacio ROITMAN- que *la cesión de cuotas sociales* es una especie de la cesión de derechos, que reglamenta la LSC en los arts. 152° a 154° y subsidiariamente se rige por las normas de derecho común. Su objeto es la transmisión del *status* de socio del cedente, o sea del conjunto de derechos y obligaciones que éste implica (art. 36° LSC). Esta reglamentación de la LSC es de ***orden público,*** por lo que los socios no pueden modificarla en el acto constitutivo, pero sí hacerla

más gravosa. Para determinar si la cesión de cuotas sociales implica o no una modificación al contrato social -refiere el autor- los doctrinarios MARTORELL, POLAK, PITA y HALPERÍN entre otros sostienen que sí. Mientras que NISSEN controvierte tal postura, al entender que la transferencia se trata de un acto extrasocietario que a la sociedad le resulta indiferente y que no requiere la intervención de los restantes socios ni del órgano de la sociedad. En particular, subraya ROITMAN, en opinión que comparto, tal discusión es estéril porque en definitiva *"…el instrumento que acredite la cesión, para que sea válido y oponible a terceros debe publicarse e inscribirse (art. 7° y 12° LS)"*. (Conc: "Ley de Sociedades Comerciales…" Tomo III (Artículos 125° a 232°) 1ª. edición, Buenos Aires- LL 2006, págs. 138/141).----------

///--- Además, del órgano de administración o gerencia y su designación se ocupa el art. 157° de la LSC. En lo que aquí interesa, es importante destacar que la designación se realizará siempre por mayoría de socios sin que sea necesario la unanimidad; bastando la mayoría simple que es ///la establecida en el art. 160° de la mencionada Ley, norma ésta que adoptó expresamente para sí la Sociedad accionante en la Cláusula Novena del Estatuto Societario -15.07.2002- que antes remarqué, en el sentido de que, cuando un solo socio representare el voto mayoritario, necesitará, además, el voto de otro. Trasladando ello al pleito y aún cuando se tuviera por válida la Cesión de cuotas sociales de D. y C. a M., titularizando esta el 75% del acervo societario, de conformidad al Contrato Social y al art. 160° de la LSC, debió intervenir necesariamente en ocasión de tratarse la designación como Gerente de la socia mayoritaria, el titular del 25% del Capital Social, es decir, el socio T. G.----------

------ No se instrumentó así. En su lugar vino el nombrado el 30 de marzo de 2009 a ***ratificar*** todo lo actuado en el procedimiento licitatorio por la socia R. M. (fs. 6366/6369 del Expte. Adm.), lo cual resulta a todas luces improcedente. No sólo por extemporánea sino porque pretende *subsanar* una omisión fundamental, como era dar cumplimiento a la obligación emergente de la ***voluntad societaria.***----------

------ Añado a lo dicho, que de conformidad con el art. 12° de LSC "las modificaciones al acto constitutivo, una vez inscriptas en el Registro ///Público de Comercio, esto es una vez tomada razón del acto, serán oponibles no solamente a la sociedad y a sus socios sino *erga omnes* a todos los terceros, quienes no podrán alegar su ignorancia respecto de la existencia de dichas modificaciones. Por ***modificación "regularmente inscripta" debe entenderse aquella efectuada conforme a derecho***". Así, la Cámara Nacional Comercial falló "…no es la petición de inscripción, la publicación de edictos, ni aún la resolución de inscripción en el Registro Público de Comercio, lo que produce el efecto de eficacia plena de la modificación del contrato de sociedad con respecto a terceros sino la toma de razón final, es decir la inscripción misma" (Sala A, noviembre 27-1978). La misma Sala sostuvo "Si la Sociedad de responsabilidad limitada no ha acreditado, ni ha intentado hacerlo, haber dado cumplimiento a los requisitos de publicidad y registro que la ley exige en supuestos como el de autos en el cual la designación de un nuevo gerente importa una modificación de un contrato social, regida por las disposiciones de los arts. 5°, 10° y 157° …, las constancias del libro de actas no suplen la omisión incurrida, siendo por consiguiente irrelevante la invocada caducidad del mandato conferido a

quien, en su carácter de gerente de la sociedad demandada la obligó cambiariamente con su firma al suscribir pagarés en su representación…" ("P. J. de S. M…26/9/76, LL 1976 A-,691) (Conc: Horacio ROITMAN – Ob. cit. Tomo I – Artículos 1° a 60° - pág. 258 y Sum. 571, Pág. 192; respectivamente).----------

------ En definitiva, M. D.SRL no concurrió al procedimiento licitatorio acompañado de la documentación necesaria para justificar su calidad de proponente. Ello no es una cuestión menor ni meramente ///formal; los requisitos fueron claramente especificados en Pliegos; y si bien es cierto que la Administración no puede obrar con extrema rigurosidad, sabido es que en esta situación -por las razones expuestas anteriormente- la cuidadosa evaluación que se hace al momento de seleccionar las Ofertas lo es en resguardo no sólo del interés público en juego sino también para preservar el derecho de los demás oferentes y los principios que gobiernan los procedimientos de selección del contratista estatal.----------

------ Todas razones por las que la nulidad impetrada no puede de prosperar.- ASÍ LO VOTO.----------

------- A la misma cuestión el Dr. PASUTTI dijo: ----------

------ I.- M. D. SRL, acudió como oferente a la Licitación Pública N° 1 convocada por la Subsecretaría de Turismo y Áreas Protegidas, destinada a otorgar seis (6) Permisos para la explotación del Servicio de Transporte Náutico de Personas para el Avistaje de Ballenas con Fines Turísticos en

Aguas del Golfo Nuevo.- Rechazada que fue su propuesta por el Dto. Nº 408/09, que a su vez efectúa la adjudicación a otros, promueve acción contencioso administrativa a los fines de obtener su anulación, y además -a resultas- se ordene a la Provincia proceda a otorgarle el sexto Permiso concursado.----------

///--- La Provincia accionada al presentarse a estar a derecho, defiende la legalidad de su obrar en el procedimiento administrativo, esgrimiendo que el Decreto N° 408/09 cuestionado se ajusta a derecho. Alega que la entonces Oferente no acompañó la documentación requerida en el Pliego de Bases y Condiciones en el momento oportuno, razón por la cual mereció ser rechazada su presentación.----------

------ Ha referido el voto que precede con amplitud la relación del caso, glosando las normas que la comprenden, los actos administrativos que se sucedieron en el procedimiento licitatorio y las intervenciones de los diversos Organismos que se pronunciaron al respecto. Luego de encorsetar apropiadamente el meollo de la cuestión en debate, caracterizó la pretensión instada y los efectos que de ella pueden derivarse considerando el contexto fáctico y jurídico emergente de estos obrados.--

------ A esta glosa voy a remitirme, y me pronunciaré, por coincidir con el colega de Sala en las cuestiones preliminares que expone en los puntos 1 y 2 (2.1, 2.2 y 2.3) de su análisis.----------

------ II. Coincidiré asimismo, en que nos encontramos en presencia de una licitación pública que involucra el otorgamiento de Permisos para explotar

una actividad que, dada su importancia, mereció una reglamentación específica generada en dos razones esenciales: la trascendencia que la materia turística tiene para el Estado provincial, y el recurso que la provoca, una especie marina que demanda protección, a cuyo efecto de ha dictado legislación local y también -como lo puso de manifiesto el Dr. Caneo- nacional.----------

///--- Sigo el lineamiento dado en su voto y añado a lo en él expuesto, que ya en la década del 80 -Ley N° 2618- la Provincia se ocupaba de resguardar a los mamíferos marinos de nuestras costas y mar de ///jurisdicción provincial, prohibiendo toda actividad de acercamiento y/o persecución a través de la navegación, natación ó buceo, durante todo el año calendario, sin la correspondiente autorización de los órganos competentes del Poder Ejecutivo. Manteniendo el espíritu de esa norma, pero recogiendo -y conciliando con esa protección- la importancia que como recurso turístico ha significado la visita a nuestras costas de la Ballena Franca Austral, ve la luz la Ley XI N° 44 (Ley N° 5714), que reposa en la designada autoridad de aplicación - Subsecretaría de Turismo y Áreas Protegidas dependiente del Ministerio de Comercio Exterior, Turismo e Inversiones (art. 3° Dto. N° 167/08)- *"las pautas, principios y aspectos técnicos para el acercamiento a la especie, en relación a la prestación del servicio de transporte náutico de personas para el avistaje de ballenas con fines turísticos, fijando los actos y conductas expresamente prohibidos"* (art. 2°). Faculta la norma a la mencionada autoridad *"a otorgar los permisos para la prestación del servicio… llamando a concurso público, por un plazo no menor a seis años…"* (art. 3°). Coherente con ello, el Decreto reglamentario -Dto. N° 167/08- en el art. 4°, constriñó al número de seis (6), los Permisos para el transporte al avistaje "…*previo llamado a concurso público cuyo*

procedimiento se adecuará a lo normado para la Licitación Pública y su reglamentación, en lo que resulte procedente, bajo las condiciones y ///formalidades que se establezcan en el presente Decreto y a las Disposiciones que al efecto se emitan…”.----------

------ Sucintamente, y concordando con el preopinante, ninguna duda tengo que la actividad administrativa del caso, importa el ejercicio del Poder de Policía. Esto es, partiendo del principio de que en el Estado de Derecho la presunción habla a favor de la libertad del individuo frente a la coacción del Estado, la “policía” se erige en función administrativa que impone coactivamente a la libertad natural de las personas y a su propiedad, las restricciones necesarias para asegurar el mantenimiento del orden público, concepto éste que alude a un estado de hecho de amplia esfera y delimitación circunstancial. Concepto éste de dificultosa clasificación en relación a la materia por la complejidad de su contenido, que –como decía en mis votos en S.D. 08 y 14 /SCA/06 “P…” y “R…”), habiéndose postulado normalmente como acotada a la seguridad, la moralidad y salubridad, se presenta hoy en día más amplio, extendiéndose el concepto de orden público a materias como la economía o los negocios, el ambiente, *el paisaje, el patrimonio natural y cultural*; el valor social del bien jurídico protegido es misión que corresponde al legislador, y esa variación cambia con las épocas y los países. Por ello es que en la Provincia aquél se ha ocupado convenientemente de brindar protección a la fauna marina haciéndose eco de la oportuna declaración de la zona como Patrimonio de la Humanidad, dictando normas -como la aludida- para su conservación y custodia.----------

------ III.- En el marco reglamentario antes indicado, es que se sucede esta Licitación de los “Permisos” a la que concurre la actora.- Súmese a ///esta preceptiva, por la remisión reglamentaria descripta –reiterada en el Pliego de Bases y Condiciones Generales, art. 31- la Ley II Nº 76 (Antes 5.447) de Administración Financiera y el Dto. Nº 777/06, de contrataciones del Estado.----------

------ 1.- Dígase que como regla general, la licitación pública es el procedimiento que debe utilizarse para la selección del futuro contratista estatal; y si bien como esboza el preponente, un permiso policial por su naturaleza no necesariamente conduce a un contrato, como resultado de la exigencia de convocatoria pública, y de la aplicación de la preceptiva enunciada, así lo estableció el Pliego de Bases y Condiciones.- Este procedimiento -el licitatorio- constituye la etapa de la formación de la voluntad estatal y está compuesta por un conjunto de actos sucesivos, regido -primordialmente, por los principios generales del procedimiento administrativo (Conc: Armando CANOSA y Gabriel MIHURA ESTRADA – “El procedimiento de Selección del Contratista como Procedimiento Administrativo Especial” J.A. 1996 –IV- Oct. Dic- pág. 774/784), y además, de algunos que le son propios.- *Publicidad*, que importa el acceso por parte de todos los interesados a la información exhaustiva sobre todo lo referente a la licitación de que se trate; *concurrencia* o libre acceso de los que reúnan los requisitos exigidos en los pliegos de bases y condiciones, y con las limitaciones allí impuestas, que intenta preservar la posibilidad de que se presenten o concurran al llamado, el mayor número de oferentes posibles e *Igualdad*.- Éste, reconoce dos etapas perfectamente delimitadas: la primera, se caracteriza ///por la obligación de la Administración, de mantener

incólume, durante todo el procedimiento de selección –desde la confección de la documentación licitatoria hasta la adjudicación y suscripción del contrato- los derechos y obligaciones de los participantes, en un pie de perfecta igualdad. De más está decir que la transgresión de este último, fulmina de nulidad cualquier favoritismo hacia alguno o algunos de los participantes en desmedro de los restantes, como la consideración de las ofertas que no hayan observado acabadamente todos y cada uno de los requisitos exigidos en los pliegos de la licitación. La segunda etapa, transcurre desde la suscripción del pertinente contrato hasta la terminación normal o anormal del mismo…" (Conc.: Jorge SALOMONI – "El Instituto de la Licitación Pública en el Sistema de Derecho Positivo Argentino: sus principios rectores" -Actualidad en el Derecho Público- Mayo/Agosto 1999 – Trib. Sup. Justicia de la Ciudad Autónoma de Bs.As. – Ed. Ah Hoc, págs. 93/128).----------

------ A su vez, el Pliego de Bases y Condiciones, es el documento elaborado por la Administración Pública, por el cual ésta regula particularmente el procedimiento de selección de su futuro contratista y, asimismo, el régimen de su ejecución (conf. Julio COMADIRA - "Algunas consecuencias de la aplicación del principio de juridicidad de la Administración en la formación y ejecución de la contratación administrativa" en "La contratación pública 2"- 1ª. Ed. Hammurabi, 2006 -pág. 643). Por ello, constituye la "ley de la licitación", pues en ellos se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y en su caso, del adjudicatario" (conf. CSJN Fallos: 314:491; 331:2293; SCBA causa B. 57245 sent. Del 1-///VI.2011;Cám. de Ap. en lo ContenciosoAdm. de Mar del Plata – "Playas de la Bahía…" Sent. 19/4/2010 en Sup. Adm. 2012

(junio), 47 en AR/JUR/20623/2012).----------

------ Aprobados los mismos, da origen al procedimiento la invitación pública e indeterminada que formula la Administración a los posibles interesados que cumplan los requisitos normativamente previstos, más aquellos establecidos en los pliegos, a fin de que presenten sus propuestas.----------

------ 2.- Así acaeció en el caso, según da cuenta el Expte Nº N° 136/08 MCETeI descripto minuciosamente por el Dr. Caneo.- Publicado el llamado se presentaron SIETE (7) propuestas, pertenecientes a distintas empresas de la zona, y tal y como estaba previsto, el 8 de Octubre de 2008 se procedió al Acto de Apertura de Sobres, las que fueron analizadas por la Comisión de Preadjudicación creada al efecto por Disposición N° 345/08 de la mencionada Subsecretaría.----------

------ El 29 de diciembre del mismo año se expide la Comisión (fs. 6071-Expte. N° 136/08) señalando que formalmente *"Los oferentes M. D. y…, no adjuntan a sus presentaciones suficiente acreditación de la personería así como habilidad para comprometer la sociedad que representan, ya que no existe constancia de la inscripción en el registro correspondiente y en la Inspección General de Justicia, lo que,* ***de ///acuerdo al Art. 15°, inciso B del Pliego de Condiciones Generales, constituye causal de rechazo de la oferta"*** (la negrita es propia).----------

------ Pero, no formalizó un rechazo.- Antes, había consultado a la Inspección de Personas Jurídicas *"para la determinación de la legitimidad de esa representación"*, pero hasta la fecha de expedirse no había recibido respuesta. Entonces brinda la nómina de las empresas postulantes, dándoles un orden de ponderación, según el puntaje obtenido, donde la hoy accionante ocupa el SEXTO lugar con un total de 45.97 y a P. S. T. A. SRL por debajo, con 37.85 puntos.----------

------ Notificados los interesados de dicho informe se presentó la actora a fs. 6211/6217, el 14 de enero de 2009, para impugnar el dictamen comentado, formulando el descargo respectivo. El mismo día, ingresó en la Subsecretaría la respuesta de la Inspección General de Justicia, en donde expone -entre otras cosas- que "*la inscripción de los documentos… permite la publicidad y certeza de los actos importantes en la vida de la sociedad. La registración de la constitución de la Sociedad hace a la regularidad de la misma pero no a la existencia de ésta, la cual ya es persona desde la suscripción del acto constitutivo…*". Refiere a los arts. 5° y 7° de la Ley de Sociedades Comerciales, cita doctrina que discrepa acerca del carácter constitutivo ó declarativo de la inscripción registral; para concluir que el art. 12° de la Ley mencionada prevé que "Las modificaciones del contrato social, aunque no estén inscriptas, siempre obligan a los socios que las otorgaron. Las modificaciones no inscriptas ***son inoponibles por los socios o por la ///sociedad a terceros,*** pero éstos pueden hacerlas valer contra aquéllos" (el destacado es mío). Finalmente, informa que la actora está inscripta en el organismo desde el 6 de agosto de 2002 y que, según las constancias del legajo societario, *"la misma ha tramitado su prórroga por el*

término de cincuenta (50) años, la que se encuentra registrada…de fecha 03/01/06" (fs. 6218/6220).----------

------ Toma intervención la Asesoría Legal del Ministerio (fs. 6230/6240) y a fs. 6244 la Asesoría General de Gobierno, quien con cita del art. 23° del PByC opina que la autoridad competente para resolver la impugnación deducida es la Subsecretaría de Turismo y Áreas Protegidas, que de un modo -debe decirse- inconsistente, se expide mediante la Disposición N° 023/09 -fs. 6255/6260- que hace lugar a la impugnación interpuesta por la empresa M. D. SRL contra el Informe de la Comisión de Preadjudicación y ordena la devolución de la garantía constituida para recurrir. Inconsistente digo, porque si por una parte en los Considerandos expresa "…*corresponde hacer lugar a la impugnación planteada toda vez que no es cierto que no se pueda acreditar la personería y habilidad para comprometer la sociedad, por no encontrarse inscripto en el Registro…"*, añade *"…que* ***lo dicho en el Considerando precedente, implica que en ésta etapa del proceso licitatorio en trámite, la Autoridad de Aplicación debe resolver la impugnación planteada…, lo que de ningún modo significa decidir sobre la adjudicación y mucho menos limitar su facultad y su obligación de advertir hasta el momento de la misma, cualquier causal ///de rechazo de la oferta…"***, tal cual lo dicen los Pliegos de Bases y Condiciones Generales – art. 15 "in fine".----------

------ Y tanto es así, que a continuación, mediante Nota N° 107/09, eleva a consideración del Sr. Ministro del área la remisión a los demás Organismos estatales que deben tomar debida intervención en el procedimiento y relata la sustanciación del mismo, poniendo de manifiesto que la empresa M D. SRL

acompañó a la oferta un Contrato Social, cuya duración había fenecido el 6 de Junio de 2007, la copia de una Cesión de cuotas Sociales de la que surge la designación de la Socia M. como Socia Gerente, documentación que fue juzgada por la Comisión de Preadjudicación como ***insuficiente*** para acreditar personería, y además, la presentación adolece -refiere- de las siguientes falencias: *"El Contrato Social acompañado estaba vencido (…6/8/07)…El Contrato de Venta de Cuotas Sociales, implica una modificación del Contrato Social…y al momento de la presentación, NO se hallaba inscripto, al igual que la designación del nuevo socio gerente obrante en el mismo instrumento. La designación de la Socia …M., como Socia Gerente NO surge de la voluntad social…NO surge del instrumento ni se encuentra adunada a la oferta, el acta de Reunión de Socios en la que el Socio que detenta el 25% de las cuotas sociales –G. E. T. G.- acompañe con su voto la designación referida"*. Con ello concluye expresando que "*se confirma el encuadre de la oferta …dentro de la causal de rechazo establecida por el art. 15° inciso b) y, toda vez que nos encontramos en etapa de estudio en un todo de acuerdo con el art. 15 "in fine" del Pliego…correspondería, salvo mejor opinión de los órganos de contralor, RECHAZAR la oferta ///presentada …en salvaguarda de los principios rectores de la Licitación Pública, en particular, el de Igualdad" (fs. 6278)*.----------

------ Interviene la Fiscalía de Estado (fs. 6299/6301 vta.) aconsejando se corra vista a la presentante mencionada, lo que sucede a fs. 6303 vta. El 9 de marzo de 2009 deduce la Sociedad postulante formal impugnación contra la Nota comentada, acompañando a fs. 6321 un ejemplar del Boletín Oficial del 14 de Octubre de 2008, que publicitó las asambleas realizadas por los

integrantes de la hoy accionante los días 19 de octubre de 2007 y 19 de mayo de 2008. Esta última es donde se produjo la cesión de cuotas antes descripta conjuntamente con la designación de la Sra. M. como titular del Órgano Administrador. Y, dable es adelantar, que no advierto de su lectura que se haya encontrado presente en ese acto el Socio T. G.----------

---

------ La impugnación se rechaza -Disposición Nº 68/09 (fs. 6340/6346)- insistiendo la autoridad en que M. D. SRL no acreditó al momento de la presentación de su oferta, personería y habilidad de quien firmó en nombre de la Sociedad, incumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 9° incisos d) y k) apartados a) y b) de las Cláusulas Generales contenidas en el Pliego, encuadrando su presentación en la causal de rechazo de la oferta establecida en el art. 15° inciso b) de aquél. De ello se notifica al Apoderado de M. D. SRL el 18 de marzo de 2009 (fs. 6346 vta.).----------

---

///--- Por Dictamen N° 20.F.E.-09 la Fiscalía de Estado opina que la imposibilidad de la recurrente de poder acreditar que al momento de la presentación de la oferta "*contaba con la correspondiente inscripción de su contrato social actualizado…constituye por sí sola causal de exclusión que torna formalmente inadmisible la propuesta"*. Analiza el trámite en relación a la adjudicación propiciada, sustentada en el orden de preferencia elaborado por la Comisión de Preadjudicación la que cree efectuada conforme los criterios de ponderación fijados en el PByC y considera conveniente que se adjudiquen los permisos conforme el orden de mérito indicado, dejando constancia de la debida intervención en el trámite de la Contaduría General

que no formuló objeciones. (fs. 6354/6355 y vta.).----------

------ Se suceden otras presentaciones de la actora, rechazadas ora por Disposición de la Subsecretaría (Nº 100/09 a fs. 6398/6399), ora por efecto del Decreto nulidicho.- Me remito a la glosa del Dr. Caneo.---------

------ De las demás fojas útiles del Expediente administrativo que vengo narrando, surge también la *"ratificación de todo lo actuado"* que presentó el ***30 de marzo de 2009*** el Socio T. G. (fs. 6366) que integra la Sociedad en un 25%, en relación a la presentación que por la misma suscribió la Socia Gerente R. M. M.; señalando que considera esa manifestación sobreabundante porque la nombrada se encontraba -según sus propios dichos- debidamente habilitada para comprometer al ente.----------

---

///--- IV.- Tales los hechos, dos cuestiones son las planteadas en la demanda -como sustento de la nulidad- que deben dilucidarse: ----------

-la legalidad del procedimiento licitatorio seguido por la Administración previo a la emisión del Dto. Nº 408/09, de conformidad con los principios que he enunciado en II.----------

- establecer definitivamente si tal como sostuvo la Administración, al momento de formalizar su oferta la postulante M. D. SRL no había cumplido con los recaudos contenidos específicamente a esos efectos en el art. 9° del PByC., por lo que procedía el rechazo de su oferta; esto es, la legitimidad en la causa y el objeto del Decreto citado.---

------ 1.- Lejos estoy de apreciar en el procedimiento, los vicios que el actor pretende encontrar.- Puede que la actuación haya sido algo defectuosa, o indujera a interpretar una falta de correspondencia entre lo manifestado por la Comisión de Preadjudicaciones, lo resuelto por la Subsecretaría competente y luego propiciado (Disposición Nº 23/09, Nota Nº 107/09 – me remito a lo dicho en III.2).----------

------ Mas en verdad, ninguna contradicción existe por la circunstancia de que la Comisión de Predjudicaciones no rechazó inicialmente y de plano la propuesta -la ponderó- y a la postre la Subsecretaría y el Ejecutivo sí lo hicieron.- En primer lugar, como bien lo manifestó el preopinante, la referida Comisión es un organismo colegiado creado al solo efecto de ponderar las ofertas bajo el halo del PByC que además estableció sus funciones, entre otras, la de elaborar un informe donde constara si los ///postulantes reunían las especificaciones técnicas de éste, asignarles una puntuación y conforme la misma elaborar un orden de prelación. Su opinión es meramente informativa y de ninguna manera reviste carácter vinculante.----------

------ Ese es el criterio mayoritario en la jurisprudencia y doctrina que he consultado y que ha sido sintetizado, de manera impecable, por el Dr. SESIN "…La naturaleza especial de la licitación pública hace que la misma se exhiba como un ***proceso complejo***, compuesto de momentos legalmente ordenados, concatenados y coligados, entre los cuales se distingue aquel destinado al estudio de las ofertas realizadas en el concurso. Como señala la doctrina "...El conocimiento de las ofertas da comienzo a una nueva etapa del proceso de selección durante la cual se escoge la propuesta que mejor

responde a la demanda formulada por la administración... El Estado busca ahora la oferta más conveniente a través de un estadio donde analiza, estudia, compara, coteja y finalmente elige. Cuando esta etapa culmina, la administración todavía no celebró un contrato sino que ha seleccionado la mejor oferta ajustada a su requerimiento..." (FIORINI, Bartolomé y otro, Licitación Pública, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, pág. 137). Explicando la tipicidad que califica a este momento licitatorio, se observa que "...En ciertas contrataciones suele preverse como ***una etapa preparatoria*** de la decisión de adjudicar el contrato a la oferta más conveniente, la intervención de una ***comisión de preadjudicación***, cuya tarea consiste en comparar y ponderar las distintas propuestas presentadas en la licitación. En la doctrina y en la jurisprudencia administrativa existe, en general, acuerdo en que se trata de una ***actividad no vinculante, interna y ///provisional*** aunque, en algunos casos, se admita la posibilidad de que el particular puede impugnar la preadjudicación. De todas maneras, ***ello dependerá de los efectos que el respectivo régimen o pliego de condiciones atribuyan al acto de preadjudicación***…. (STJ Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, Sent. 109 del 2.10.08. “Internac. Dina SA” en: http://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallos).----------

------ Precisamente el PByC de esta Licitación N° 01/08 permite, una vez cumplidos ciertos recaudos -art. 23°- efectuar impugnaciones contra el dictamen de preadjudicación. Y así lo hizo la ahora accionante.----------

------ Puede decirse que en todo momento, hasta dictado el Decreto de adjudicación, se dio oportunidad al administrado de audiencia y defensa.- En demasía -como lo dice el preopinante- porque de estar a los Pliegos sus

posibilidades en la sede administrativa estuvieron agotadas con la Disposición Nº 68/09 (fs. 6340/6346 del Expte. Adm.), oportunidad en que pudo acudir a la judicial.----------

------ Y no es cierto, tal como viene a aseverarlo, que la Disposición N° 23 emitida por quien era la Autoridad de Aplicación en el procedimiento licitatorio, había zanjado definitivamente la cuestión sobre la que recurriera, porque en ese acto si bien el Sr. Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas admitió la impugnación de la accionante, también hizo expresa reserva de verificar a posteriori, durante el transcurso del trámite, de manera exhaustiva la documentación acompañada con la Oferta, según ///he transcripto en el precedente acápite.- Tal como lo señalara el Pliego en su art. 15, el rechazo de las propuestas, podía sobrevenir en cualquier estadio del procedimiento, fuera por la autoridad de éste -Subsecretaría- fuera por el Poder Ejecutivo, autoridad llamada a decidir la contratación.-

------ Ello es posible en el marco de la doctrina del “acto coligado”.- Liminarmente, con la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, voy a explicar que “la doctrina de los actos *"enlazados"* o *"coligados"*,… (importan)… la construcción teórica que se aplica en determinados supuestos específicos en que una sucesión de actos administrativos se encuentran vinculados en cuanto constituyen un todo, pero asimismo revisten un evidente carácter autónomo e independiente. …Como explica García Trevijano Fos, en el caso de los actos enlazados o coligados "(no) se trata de actos confirmatorios sino que el último acto de la cadena es el que contiene la concreta declaración de voluntad de mantener el acto inicial e incluso de aplicarlo al caso concreto" (conf. García Trevijano Fos, Antonio,

Los Actos Administrativos, 2da. Ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 199). Dentro de este esquema, entonces, los actos previos poseen efectos propios (son también actos definitivos) y por ende resultan autónomamente impugnables. Pero en cuanto inciden en el contenido y efectos del acto resolutorio final (acto de rescisión) presentan la característica particular de permitir a opción del administrado la susceptibilidad de ser impugnados también en la oportunidad del dictado de este último. (Conc.: “in re Condesa del Mar S.A. ..” - Sent. 11.03.09, en JUBA B.50492).----------

///--- Si, como bien refería el Dr. SESIN en el fallo glosado antes, la Licitación implica un procedimiento administrativo en el que vienen a sucederse distintos actos administrativos, que son además, los que impulsan y dan vida a ese devenir del trámite, en autos, la decisión del Sr. Subsecretario -conteniendo la expresa reserva a la que ya me he referido- importó uno de *mero trámite.* Con idéntica certeza puede aseverarse entonces que el ***“acto final”***, es el Decreto N° 408/09 porque con él la Administración finiquita el trámite en cuestión, pues viene a dirimir todas las incidencias sucedidas en el devenir de la selección del oferente estatal.----------

------ El procedimiento en consecuencia, se ajustó a las normas y al Pliego, y no lesionó derecho ninguno del actor.----------

------ 2.- Para discernir lo que es el meollo de la cuestión traída al pleito, esto es, la legitimidad del rechazo que el Dto. Nº 408/09 efectúa de la oferta de la actora, oportuno es mencionar que en el marco del proceso de licitación o

concurso, aquélla es la manifestación de voluntad del interesado en participar en él, de acuerdo con la convocatoria formulada por la Administración.- Expresa el ***compromiso unilateral*** de quien tiene interés en dar, cumplir, hacer o ejecutar lo requerido ***conforme las reglas generales y condiciones particulares preestablecidas por la Administración*** y la voluntad de ésta de considerarlo y aceptarlo, o rechazarlo dentro de cierto plazo.----------

///--- 2.1.- Entre estos requisitos, los relativos a la persona del oferente variarán según se trate de físicas o jurídicas.- Relacionado con la capacidad legal de quien suscribe la misma para obligarse por un tercero u obligar a una persona jurídica, REJTMAN FARAH indica que es necesario *presentar conjuntamente con la oferta los instrumentos necesarios para acreditarla, pues de lo contrario, no existiría manifestación de voluntad del interesado*. Tratándose de Personas Jurídicas, es usual requerir la documentación vinculada a su constitución y designación de autoridades, acreditadas mediante los respectivos instrumentos (Ob. Cit. - págs. 211 y 217, el destacado es propio).----------

------ Refiriéndose a la documentación y al momento en que debe efectuarse dicha acreditación, interpreta este autor que no se encuentra saldada por la doctrina ni en la praxis el tema de la "*posibilidad de sanear o subsanar vicios u omisiones en las ofertas con posterioridad a su presentación"*. Con cita de GORDILLO señala que el objeto de la licitación es "obtener el mayor número de oferentes…y no puede quedarse con…unos pocos elegidos" porque asegurar el principio de concurrencia -razona- es un objetivo esencial al momento de resolver cuestiones vinculadas con este tema, puesto que lo

principal es seleccionar la mejor alternativa para satisfacer el interés público en juego, cotejando la mayor cantidad de propuestas posibles para seleccionar de entre ellas la más conveniente. No obstante, asegurar el principio de igualdad exige paridad de tratamiento.----------

------ El doctrinario, comenta los "errores" de la oferta que considera esenciales y los que razona subsanables, para concluir en que "no serían ///subsanables cuestiones o recaudos que hagan al contenido de la oferta como acto jurídico. Qué se ofrece, ***quién lo hace*** y a qué precio son cuestiones sustanciales". Pero cumplir con exigencias formales menores vinculadas a documentación respaldatoria o información histórica que deba adjuntarse a la oferta no suele ser, en principio, esencial, en tanto su posterior presentación no otorgue ventajas concretas y específicas al momento de comparar las diversas propuestas (Ob. Cit. págs. 220/224 - la negrita la agrego).----------

------ 2.2.- No voy a sobreabundar con el detalle de lo normado en la ley de la Licitación Pública N° 1 -el PByC- pero es oportuno refrescar aquí que estableció claramente qué pautas debían cumplir los oferentes y cuándo -el mismo sub-título del precepto expresamente dice "DOCUMENTACION QUE DEBERÁ ACOMPAÑARSE A LA PROPUESTA".- Dedicó especialmente un inciso –el k)- a las Personas Jurídicas.- En su art. 9, dispuso "*sin perjuicio de los demás documentos exigidos …a cada propuesta se acompañará… d) Fotocopia certificada del instrumento que demuestra la representatividad legal del firmante, cuando correspondiera… k) En caso de Personas Jurídicas, además de cumplimentar lo establecido en los incisos a) b), c), d), e), f) y g) …deberá agregar: a)* ***Fotocopia***

certificada de Estatuto o Contrato Social actualizado y debidamente inscripto*; b)* ***Datos completos de filiación del personal directivo y/o habilitado para comprometer a la entidad, así como documentación que acredite personería y habilidad;*** *c)* ***Constancia certificada de documental aprobando la decisión de ///intervenir en el presente llamado a Licitación Pública (Acta de Directorio)****; d) Copias de Balance General…"* (el destacado se añade).---

------ Para completar la exégesis de este cuerpo normativo, es imprescindible traer a colación que el art. 15° fija en nueve (9) incisos en qué circunstancia las ofertas serán RECHAZADAS.- Sólo me detendré en el "… b) *Cuando las propuestas y los pliegos no se encuentren firmados por los oferentes y acreditada la personería y habilidad de los firmantes…";* y el "… *d) Cuando se hallen condicionadas o se aparten de las Cláusulas del Pliego respectivo o de la legislación general aplicable,* ***salvo meros defectos o vicios de forma que, a criterio de la repartición, no resulten impedimentos para su aceptación…"*** (resaltado propio).----------

------ 2.3.- Las exigencias son más que lógicas, razonables y certeras, y por imperio del art. 3° del Pliego, en tanto no fueron oportunamente objeto de impugnación, son plenamente aplicables al procedimiento licitatorio que estoy examinando.----------

------ 2.3.1.-Por cierto que tratándose de una Persona Jurídica, lo primero que ha de acreditar es su existencia como tal.- Y que fue incumplida la obligación de acompañar el Contrato Social ***actualizado y debidamente***

inscripto, no lo puede negar la actora, razón por la que alega que es un "defecto subsanable".- El Sobre que contenía la Oferta incluye una carpeta -"ESTATUTO Y CONTRATO SOCIAL DE M. D. SRL"- que contiene el Contrato por el cual se creó la Sociedad, suscribiéndolo el 15 de Julio de 2002 la Sra. M. -ahora ///cuestionado su carácter de "socia gerente"- y el Sr. A. B., que entre otras cosas fijó su duración en un plazo de cinco años, el objeto social, la integración del Capital Social y la manera en que este se integraría, como así también que "la administración de la sociedad sería ejercida por uno de los socios en carácter de gerente".- Y la Cláusula Novena, concordando con la LSC, impuso "*si uno de los socios representare el voto mayoritario, se necesitará además el voto de los otros…"* (fs. 5673 del Expte. Adm.).- Este contrato por cierto estaba vencido, y -de acuerdo con lo informado por la Inspección de Personas Jurídicas- su prórroga por 50 años, que acaeció en el año 2006, estuvo inscripta.----------

------ No tuvo la actora ni la deferencia de aclarar esta circunstancia.- Más allá de su publicidad registral -cumplida- el Pliego exigía la presentación del contrato.----------

------ 2.3.2.- A más, ha de considerarse, que las Personas Jurídicas – sobreabundante es decir que es el caso de las Sociedades Comerciales- sólo pueden actuar en el mundo jurídico por medio de representantes.- Siempre necesitan de alguien que exteriorice la voluntad de la misma y sin dicha exteriorización sólo habrá lo que se ha dado en llamar "reserva mental"; tomada una decisión por la Sociedad, la misma debe ser dada a conocer al tercero contratante, a los efectos de que se produzca el efecto jurídico

buscado lo que es posible únicamente por medio de una persona física que manifieste que el ente ideal ha tomado la determinación de ///celebrar un negocio jurídico. De esa manera el tercero logra conocer, por medio de esa declaración, qué ha decidido la Sociedad y se encuentra en condiciones de contratar. En las SRL hay un órgano que dirige los negocios sociales y toma las decisiones tendientes a cumplir el objeto de la Sociedad como es la Gerencia. La atribución de competencia hacia este órgano tiene una doble visión: para los terceros está marcada por la ley y todo lo que realicen dentro de esas atribuciones será legal y plenamente atribuible a la sociedad; para la propia sociedad se trata de normas que puede modificarlas por el contrato social o estatuto societario. (Conc.: María Antonia IRIARTE de MARTINEZ "La representación de las sociedades para concertar negocios jurídicos" en DJ 2007-I, 747).---------

------ En coincidencia con ello, por ejemplo, véase que en ocasión de analizar una excepción de falta de personería se sentenció: "*La representación en juicio de las sociedades de responsabilidad limitada debe ser ejercida por el gerente o gerentes, socios o no, designados por tiempo determinado o indeterminado en el contrato constitutivo o posteriormente. Es que, en el ordenamiento societario (art. 1° LSC), la existencia de la organización de una sociedad de este tipo de característica esencial del propio contrato plurilateral, que tiene como efecto distinguir las funciones de cada uno de sus órganos, cumpliendo el objeto societario a través de un medio ejecutante que actúe por la sociedad: el órgano administrador con funciones de decisión y ejecución internas, que al contratar con el mundo exterior (tercero) toma la forma de representación. Bajo tales presupuestos, la sociedad puede intervenir en juicio como actora o demandada, pero debe*

hacerlo facultando al gerente (socio o no) para actuar en su representación, circunstancia que ///debe ser acreditada mediante la exhibición del correspondiente contrato social o estatuto, caso contrario se configura un defecto en la representación…” (CJ de la Pcia. De Salta – “Sergio Delgado SRL…” Sent. 5/5/04 – en LLNOA 2004 (septiembre), 1440).----------

------ Estas pautas exigidas por el Pliego, resultan a más acordes con la importancia que merece la inscripción registral de los actos que se suceden en la vida societaria y cuya relevancia ha determinado la previsión legal de su necesidad de publicación. Sostiene Daniel VÍTOLO que el Registro mercantil es un instrumento de publicidad legal, de forma que los hechos y actos inscriptos en él se supone que son conocidos por todos y, contrariamente, los actos y hechos que ***deben*** ser inscriptos, pero cuya inscripción se omite, se consideran desconocidos por terceros, salvo en algunas excepciones donde tal régimen de conocimiento puede ser suplido por un acceso directo a la información por parte de los interesados. ----------

------ Así, sin adentrarme -porque excede el marco de este litigio- en la discusión doctrinaria acerca de los efectos que tal inscripción tiene, aunque el autor que vengo citando se enrola -como la actora- entre los que adunan el carácter *declarativo* al considerar que las inscripciones dan publicidad a actos y hechos cuya validez ha surgido fuera del Registro y por ello la inscripción –razona- *no puede tener efectos convalidatorios ni saneatorios.* Destaca luego que, *“el efecto de la registración apunta a la* ***oponibilidad*** *a terceros de los actos inscriptos en legal forma, en su faz ///positiva, y en la*

negativa, a la ***inoponibilidad*** *de los actos que debieron inscribirse y cuya registración se omitió por parte del interesado. Este concepto -inoponibilidad- es claramente definible en su relación comparativa con la nulidad. Mientras el acto inválido, es decir, sujeto a sanción de nulidad, carece de efectos con relación a las partes, si bien accidentalmente …puede derivar en efectos con relación a terceros, lo contrario ocurre con el acto inoponible que, siendo válido entre las partes, no produce efectos respecto de determinadas personas ajenas a él, las que pueden comportarse como si el acto no existiese".*----

------ Este interesante artículo, finaliza refiriéndose a la controversia suscitada entre el criterio de la Cámara Comercial que sostiene que la inscripción en el Registro tiene como efecto la publicidad material del acto inscripto a fin de regular sus consecuencias ante terceros, por lo que no importa una valoración de su validez o legitimidad, materia sobre la que correspondería pronunciarse cuando se genere la contienda, y la posición de HALPERÍN, quien enfáticamente advierte, que dejar librada la valoración a lo se decida en los litigios que puedan suceder, "es perder de vista la esencia del Registro Público de Comercio, en una época donde la tendencia es ampliar el control de legalidad para obtener la corrección de los vicios de los actos inscriptos…". Finalmente en relación a la "*oponibilidad de las modificaciones en sociedades …de responsabilidad limitada"* entiende que ante la exclusión que realiza la Ley 19550 del régimen general dispuesto para que los terceros puedan alegar contra la sociedad y los socios modificaciones contractuales y estatutarias no inscriptas, sostiene que, en virtud de lo dispuesto por el art. 1051 del Código Civil, debe interpretarse en el sentido de que las modificaciones ///son inoponibles únicamente a los

terceros de buena fe. Ello porque cuando un tercero pudo acceder al conocimiento de la modificación no inscripta, en realidad, el efecto de publicidad, al menos en relación a ese tercero particular, se ha cumplido por vía del conocimiento; además si la inoponibilidad de las modificaciones no inscriptas tiende a la protección del tercero que las ignora, el conocimiento directo, desactiva la norma tutelar. (Conc.: "El Control Administrativo sobre los Comerciantes y las Sociedades Comerciales" Rev. De Derecho Público – "Control Judicial de la Jurisdicción Administrativa – II" - 2011-1; Rubinzal-Culzoni – págs.. 269/303).----------

------ Este último, evidentemente, no es el caso.----------

------ En el sentido comentado y en relación a los efectos de inoponibilidad frente a terceros de los actos societarios no inscriptos, la jurisprudencia tiene dicho que *"La no inscripción de la designación o cesación de los administradores en una sociedad de responsabilidad limitada, aunque tenga operatividad entre los socios, será inoponible a terceros."* (JUBA – Sumario Z0100353; CC02 SE, Sent. 20-12-1995, "HAMANN…") Y *"…corresponde confirmar la resolución que…condenó a los socios de la sociedad de responsabilidad limitada para la que trabajaba la actora a abonar la indemnización por despido injustificado, sin que a ello obste que se alegue que existió una cesión de cuotas sociales a favor de otras personas, pues dicha cesión no surte efecto frente a terceros, a menos que se hayan cumplido con la totalidad ///de los recaudos legales, es decir, con su inscripción en el Registro Público de Comercio y dicha inscripción no opera con efecto retroactivo en perjuicio de terceros, toda vez que esa forma de*

notificación no puede ser sustituida por ninguna otra, por cuanto tiene como destinatarios justamente los terceros indeterminados, poniéndolos en antecedentes de tal cesión y hacerles oponibles el acto". (SCJ Mendoza, sala II – Sent. 8/02/2010 – DJ 14/07/2010,1934).----------

------ Pues bien, la oferta que el Dto. Nº 408/09 rechaza, es suscripta por la Sra. M. como "socia gerente", calidad que le es controvertida.- La Sociedad asevera que la Sra. M. fue ungida debidamente por otros dos socios, que previamente le habían cedido sus cuotas sociales y, en consecuencia, recayó sobre la nombrada -como titular del 75% del Capital Social- la mayoría accionaria y pudo ser designada a cargo del órgano de administración de la SRL con todas las facultades que en ese carácter le otorga la LSC, entre las que aduce habilidad suficiente para comprometer a la Sociedad en el mundo jurídico frente a terceros. En consecuencia, la oferta -aduce- fue suscripta por la accionante en debida forma.----------

------ Por su parte la Administración para rechazarle la oferta, adujo que sin perjuicio del porcentual accionario poseído por la nombrada, el acto asambleario en que sucedió tal nombramiento no se hallaba publicado y, además, aún cuando M. fuese socia mayoritaria, por imperio del art. 160 de la legislación antes referida y adoptada por la propia empresa en la Cláusula Novena del Estatuto, para tomar una decisión tan importante en la vida societaria debía "necesariamente", en su calidad de ///socia mayoritaria, convocar al otro socio -en el 25% restante- para que participara de la reunión

social e interviniera en la decisión que debía adoptarse. Lo que -adelanto- no sucedió.----------

------ 2.4.- Todo lo dicho y fundado antes, me proporciona la certeza de que le asiste razón a la Provincia demandada cuando consideró insuficientes los documentos acompañados conjuntamente con la *propuesta* por la Sociedad en tanto los mismos no acreditan la representación que se invoca.----------

------ Para justificar lo expuesto, me remito a las constancias agregadas en el trámite licitatorio, donde puedo ver que agregado en el Sobre que contenía la Oferta se observan los distintos requerimientos del PByC como subdivididos en una especie de "carpetitas" por rubros.- En la ya descripta en 2.3.1, además del contrato vencido, sin mayores explicaciones se observa una Cesión de cuotas de los Socios D. y C. (un 25% del Capital Social, entre ambos) que conjuntamente con el paquete accionario que ya tenía la Sra. R. M. la convierte en socia mayoritaria, porque de ese modo logra titularizar un 75% de la masa societaria. Como consecuencia de ello, la Cláusula SEXTA del comentado Convenio detalla que se "modifica el artículo CUARTO del Estatuto Social" y entonces explican que el Capital Social quedará dividido del siguiente modo: …"el Sr. G. T. G. la cantidad de 35 cuotas sociales…participación social del 25%...y la señora R. M. la cantidad de 105 cuotas ///sociales…participación social 75%". (fs. 5667, ambas fojas referidas del Expte. N° 136/08 que tengo a la vista).----------

------ No hay más documentos en la subdivisión comentada.----------

------ Según el originario Estatuto por el que nace la Sociedad al mundo jurídico, la misma estuvo conformada solamente por dos socios. En qué momento quien aparece hoy como Apoderado -Sr. B.- dejó de pertenecer al ente no consta en autos. Tampoco se ha realizado una concatenación de los actos jurídicos que seguramente fueron ocurriendo en la vida del ente que permitan reconstruir cuándo y cómo se incorporaron a la empresa los ahora cedentes del 25% del Capital Social, del mismo modo que tampoco se expone cómo se conforma ó a quién pertenece en ese momento el porcentual societario restante. Es decir, nada se dice de la integración de T. G. a salvo, claro está, de la Cláusula relatada.----------

------ No voy a juzgar ese proceder porque hace a la vida del ente y es ajeno al sub-judice. Lo que quiero destacar es que estas desprolijidades vienen a sumarse a la descuidada actitud puesta de manifiesto por la accionante para cumplir los recaudos legales exigidos en la Licitación.----

------ Aún cuando comparto la postura doctrinaria que, ponderando el principio pro administrado, reconoce como derivado, el principio del informalismo en el procedimiento administrativo y requiere se haga extensivo al procedimiento de selección del contratista del Estado, para lo cual se distinguen -como adelanté antes- errores sustanciales de los ///que no lo son y cuándo estos alteran o no las condiciones de competencia previamente establecidas, lo cierto es que, en coincidencia con el maestro COMADIRA, diré que este principio general guarda estrecha vinculación con los que describí como específicos de la licitación, tales como igualdad y

concurrencia; esa relación es la que explica por qué el formalismo moderado está sujeto a ciertas modulaciones, propias de la naturaleza de la compulsa. Ocurre que al producirse la concurrencia de aspirantes, ésta ha de concretarse en un pie de igualdad, de manera que todos estén sujetos a los mismos requisitos; por ello el informalismo a favor del administrado o formalismo moderado, es un principio que se debe aplicar igualitariamente y circunscripto a sus exactos alcances, es decir, limitado a la posibilidad de que los administrados -en el caso, los oferentes- saneen incumplimientos formales no esenciales. (Conc. "La Licitación Pública…" citado antes, pág. 37/38). Y en el PByC aplicable al caso, se hace referencia a "*meros defectos o vicios de forma"* condicionados al criterio de la propia Administración.----------

------ En el sub-judice debo subrayar que, a tenor de los fundamentos dados, una Sociedad de Responsabilidad Limitada existe sólo cuando su Contrato Social se encuentre vigente y debidamente inscripto en el Registro respectivo. Del mismo modo, por imperio legal y en resguardo del tráfico jurídico la propia LSC ha fijado ciertos requisitos que deben ser atendidos en caso de realizarse modificaciones en el Contrato Social ó de producirse la venta y/o Cesión de Cuotas societarias, entre otros la ///necesidad de que para que surtan efectos en relación a terceros, deben encontrarse debidamente inscriptos y publicados.----------

------ Como bien lo marca el Dr. CANEO, tanto la Administración Pública como los otros SEIS Oferentes/postulantes (hoy adjudicatarios) constituían durante la compulsa los *terceros de buena fe* a quienes resulta *inoponible*

toda modificación que no hubiese sido realizada conforme a derecho.---------
---

------ Si la Sociedad acompañó un Contrato Social que se encontraba vencido, no dio siquiera aviso de haber gestionado la prórroga de la vigencia del mismo, ni anexó la documentación respaldatoria del inicio del trámite por ante la IGJ, incumplió el Pliego.- También lo hizo cuando acompañó un acta no publicada de cesión de cuotas societarias, de tal modo que la firma sólo de la Sra. M. en la oferta fue insuficiente.- Extemporánea la presentación del Boletín Oficial con el que se pretendió *"subsanar"* la falta de inscripción de esa cesión, porque la simple verificación de los datos temporales exime de mayores comentarios. Si la apertura de sobres conteniendo las ofertas, se realizó el día 8 y el comentado aviso del diario corresponde al 14 ambos de octubre de 2008, con facilidad se advierte que aquél día el negocio jurídico efectuado entre los socios de M. D. SRL era ***inoponible a los terceros*** indeterminados y ajenos a la Sociedad.- Con la misma argumentación, resulta inútil la presentación del "otro socio" –T. G.- titular de un 25% del Capital Social, cuando pretendió ***ratificar lo actuado*** por la ***"titular"*** del órgano de administración de la ///empresa -aún suponiendo que su designación hubiese sido válida frente a los terceros- cinco meses después del acto de apertura de las ofertas.----

------ No se trata por otra parte, de nimiedades.- La acreditación de la existencia misma de la Sociedad, y la inhabilidad para obligarla de quien suscribe la oferta no lo son.- Estas omisiones no pueden ser consideradas como un error subsanable porque ello vulneraría el principio de IGUALDAD y CONCURRENCIA que debe primar en toda licitación

pública. En concordancia con ello, el fallo “Playas de la Bahía…” que cité antes de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, sostuvo *“la presentación de una certificación notarial que acredita la existencia de un trámite pendiente ante el Registro de la Propiedad…a fin de obtener el levantamiento de las inhibiciones, por fuera de los plazos previstos por la Administración para efectuar la oferta en un proceso licitatorio, no torna el incumplimiento en la postulación de la oferta como “un defecto formal subsanable”, pues mal podría apelarse al principio del formalismo moderado, cuando se terminan otorgando facilidades a un aspirante que se le niegan o no reconocen a otros, en igualdad de circunstancias”*.----------

------ VI. Acusa la actora en el acto que dice nulo el vicio de arbitrariedad.- Enseña Julio ALTAMIRA GIGENA que el órgano judicial debe controlar que la Administración Pública no haya extralimitado sus atribuciones ni excedido los límites que toda actividad tiene -ya sea ejercida en uso de las facultades regladas o discrecionales- ///si los hechos invocados existen, si está suficientemente motivado, si no ha actuado con finalidad impropia o no prevista en la ley o en forma desproporcionada. Y que hay arbitrariedad cuando un funcionario actúa caprichosamente, porque sí, porque se le ocurre; cuando está en contra de los fundamentos de hecho o de derecho, o cuando el acto es desproporcionado porque no guarda adecuada proporción entre la falta que se imputa y la sanción aplicada. (“Lecciones de Derecho Administrativo” 1ª. Edic. – ADVOCATUS – 2005, págs. 34 y 39).--------

------- La actividad Administrativa que se desarrolló en este procedimiento es eminentemente *reglada* pues la solución está predeterminada en la norma

-en el PByC y demás legislación indicada-, o sea, el funcionario sólo puede tomar determinada decisión, con independencia de su voluntad u opinión. Y a lo largo de los dieciocho Considerandos -a cuya lectura me remito- contenidos en el *"acto final"* ahora impugnado, se especifican las razones por las cuales se decidió adjudicar los SEIS permisos ya referidos a distintos Oferentes y, particularmente, porqué el artículo 2° resolvió "*rechazar la oferta presentada por M. D. SRL, por no cumplir su presentación con los requisitos de admisibilidad establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones…"* señalando en uno de aquéllos, que esta presentación encuadraba "***dentro de la causal de rechazo de la oferta establecida por el Artículo 15° inciso b)…"***. ----------

------ Mal puede, en consecuencia ser tachado de arbitrariedad.- En mérito de lo expuesto hasta aquí, siendo eminentemente reglada la actividad estatal desarrollada y objeto de verificación, en base a las ///probanzas arrimadas y las constancias que arroja la causa, estoy convencido de que no pudo ser otra la decisión de la autoridad que tuvo a su cargo la adjudicación de los Permisos -Poder Ejecutivo- en el limitado marco de discreción acordado por los Pliegos, que proceder a rechazar la Oferta de M. D. SRL, pues así le estuvo impuesto por la "ley del concurso".----------
---

------ En definitiva entonces, coincidiendo con el preponente, votaré por el rechazo de la demanda.----------

------ A la misma cuestión el Dr. ROYER dijo: ----------

------ A. Coincido con las conclusiones efectuadas por los colegas de Sala que me anteceden en el voto, que han esbozado con suficiencia los antecedentes del caso y el meollo de la controversia producida en este juicio. Sin perjuicio de compartir en su totalidad las fundamentaciones dadas en ambos, he de pronunciarme por imperio constitucional.----------

------ B. La Subsecretaria de Turismo y Áreas Protegidas de la Provincia realizó, el día 8 de octubre de 2008, la apertura de los sobres que siete Oferentes habían presentado en la Licitación Pública N° 1, llevada a cabo con el fin de adjudicar SEIS Permisos de Explotación del Servicio de Transporte Náutico de Personas para el Avistaje de Ballenas en aguas del Golfo Nuevo.----------

///--- A tenor del Pliego de Bases y Condiciones aprobado por la autoridad referida, la Comisión de Preadjudicación -conformada para examinar y evaluar aquéllas- “observó” dos ofertas, una de ellas la de la accionante, haciendo manifiesto que la instrumental presentada resultaba insuficiente, por lo cual merecería rechazo. No obstante, ponderó el cumplimiento de los diversos requerimientos allí prescriptos y proporcionó a todas las postulaciones un orden de prelación descendente según el puntaje alcanzado por cada una, ubicando a la ahora Sociedad accionante en el sexto lugar.- Así, al tiempo que efectuó una consulta por ante la Inspección General de Justicia, referida a la documentación que había sido objetada.----------

------ El resultado fue el relatado minuciosamente por el Dr. CANEO, reiterado en sus puntos esenciales por el Dr. PASUTTI, que es ocioso

reiterar.- Lo cierto, es que la actora transitó ampliamente la vía administrativa, hasta que el Dto. N° 408/09 rechazó definitivamente la oferta y adjudicó los permisos a otros proponentes.----------

------ C.- Primeramente acudió M. D. a la vía del amparo sin resultado positivo, y ulteriormente impetra esta acción, que como bien dicen mis antecesores es de plena jurisdicción, pues a más de la nulidad del Decreto antes individualizado, pretende algo más, esto es, el otorgamiento del sexto permiso.----------

------ La posibilidad de que el Tribunal otorgue esta condena accesoria de la nulidad, si fuera decretada, es discutible.- Pero, concordando con lo expuesto por el Dr. CANEO en el punto 2. de su pronunciamiento, me ///avocaré a fundar la coincidencia adelantada, lo que hace inoperante cualquier opinión sobre ese particular.----------

------ D.- El Decreto N° 408/09, es emitido por el Poder Ejecutivo en pleno uso de las facultades asignadas por el Pliego de Bases y Condiciones, de conformidad con lo prescripto en el art. 15° *in fine* del mismo. Es decir, una vez resueltas las impugnaciones contra la "opinión" de la Comisión de Preadjudicación y, examinadas nuevamente cada una de las propuestas realizadas por las empresas y su documentación respaldatoria, se le dio la intervención prevista, y –reitero- rechazó la Oferta de M. D. SRL, esto "*por no cumplir con los requisitos de admisibilidad establecidos en el Pliego de Bases y condiciones – Cláusulas Generales"*.- De estar a la relación de las actuaciones administrativas, Resoluciones y dictámenes obrantes, está aludiendo en particular a las previstas en el acápite k) incisos a) y b) del art.

9 del mismo Pliego, causal de rechazo en virtud del mentado art. 15 incisos b) (segunda parte) y d).----------

------ Queda totalmente acreditado, que al momento de ofertar M. D. SRL, acompañó la documentación que obra en la carpeta a que refiere el Dr. Pasutti en los puntos 2.3.1 y 2.4 de su voto con el continente allí indicado.- Un Contrato Social originario por el que la empresa fue creada el 15/7/02, que a más de sus integrantes –B. y M.- estableció su duración en 5 años –o sea, ya vencido- el objeto social, la integración del Capital Social, la forma en ///que se ejercería la administración -por uno de los socios- estipulando la Cláusula Novena que si uno de los socios representare el voto mayoritario, se necesitará además el voto de los otros.- Y un contrato de cesión de cuotas de Socios (25% del Capital Social) a la Sra. R. M., que sumadas a las propias determina que posee un 75%.- Se modifica también allí el art. CUARTO del Estatuto, quedando el Capital dividido entre la nombrada M. –que es quien firma la propuesta- y el Sr. G. T. G., 75% y 25% respectivamente.-----

------ La Sociedad viene a juicio agraviándose de que para decidir el rechazo controvertido, la Provincia demandada se apartó de la ley tachando la decisión comentada de arbitraria, y la demandada, del mismo modo en que se había pronunciado en su Sede, alegó que la documentación exigida no había sido presentada -esto es, el contrato social vigente- y que quien firmó la Oferta como Gerente – M. M.- no había sido legalmente designada y que ese acto societario, el que tampoco había sido objeto de la necesaria inscripción registral, razón por la cual no estaba habilitada en ese entonces para comprometer la voluntad societaria y representarla en la puja por los

Permisos referidos.----------

------ En esos términos quedó trabada la *litis*.----------

------ E.- Tal como indicaron mis predecesores, la licitación pública –enseña Ismael FARRANDO, es el procedimiento por el cual la Administración invita públicamente a todos los posibles interesados en el objeto de la contratación que desea concretar a que, ***sujetándose a las ///bases predeterminadas en el pliego de condiciones***, efectúen sus propuestas, de las cuales, luego de una evaluación, la Administración seleccionará la más ventajosa a sus fines, adjudicando el contrato a un proponente. ("Contratos Administrativos" – LexisNexis – Abeledo Perrot- 2002; págs. 79)(el destacado lo agrego).----------

------ Al margen de que opino como ellos, de que se trata de permisos esencialmente de policía, que no necesariamente deben plasmarse en contratos, al imponerse normativamente como regla para el caso –preceptos citados por los votos anteriores- el concurso público, el resultado contractual devino natural, como racional la aplicación de la reglamentación general de contrataciones del Estado.----------

------ En el *sub-lite*, al amparo de estas normas, la Provincia del Chubut realizó la invitación pública, sancionando para ello los respectivos Pliegos.----------

------ Definidos en un interesante fallo de la Sala A del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, como *"...el conjunto de prescripciones que configuran las reglas del procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas y criterios de selección, hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán una futura relación con quien resulte adjudicatario. Es por ello que a los mismos se les asigna el carácter de "ley de la licitación" o "ley del contrato" pues especifican tanto el objeto de la contratación como los derechos y obligaciones del licitante, ///los oferentes y el adjudicatario. …"una vez que han cobrado publicidad… los pliegos asumen una condición normativa o reglamentaria plena, hasta el momento de presentación de las ofertas… Roberto DROMI hace referencia a la innegable significación jurídica del pliego de Condiciones en el procedimiento licitatorio, enumerando los derechos y deberes de las partes intervinientes que son consecuencia del mismo: a) obligatoriedad para el licitante de observar estrictamente las prescripciones del pliego, con la consecuente prohibición de modificarlo o alterarlos como principio general; b)rechazo de las ofertas "inadmisibles" cuando no se ajustan al pliego; c) cláusulas del pliego de carácter general, impersonal y de trato igualitario para los oferentes…; d) regulación del procedimiento licitatorio y de la ejecución contractual… obligación de los oferentes, del adjudicatario y del licitante, de ajustarse al pliego de condiciones como a la ley misma (conc. "La Licitación Pública" Ed. Astrea, Buenos Aires 1975, p.205/206)". El establecimiento en los procesos de selección…de normas vinculadas a la comparación de oferentes…, no resultan meras formalidades susceptibles de ser obviadas o de ser cumplidas de manera implícita o indirecta. Por el contrario, se trata de normas contenidas en un reglamento administrativo que tienden a homogeneizar los criterios de evaluación, permitiendo así*

tanto el control de legalidad por parte de la Administración, como el resguardo de los propios derechos de los participantes, que también requieren de datos objetivos a esos efectos. Se trata… de garantizar los principios de publicidad…; competencia -pujar conforme a los mismos criterios de selección- e igualdad -trato a todos los concursantes oferentes sin discriminación ni preferencias subjetivas- principios éstos esenciales a todo procedimiento administrativo de ///selección, emanados de las garantías del debido proceso y de igualdad consagradas por los artículos 18° y 16° de la Constitución Nacional". (CSJN Fallos: 315:2899/2905)" ("Ochoa…" Sentencia del 7/08/06 - LLPatagonia 2006, 558).----------

------ La accionante cuestiona el *procedimiento especial* llevado a cabo, considerándolo ilegal porque, según asevera, las objeciones que mereció su propuesta licitatoria habían sido resueltas por la Disposición N° 23/08 del Subsecretario de Turismo y Áreas Protegidas que hizo lugar a la impugnación oportunamente deducida contra la *opinión* de la Comisión de Preadjudicación. Y arguye que superado ello, las observaciones se reeditan para desestimar definitivamente su Oferta.----------

------ No obstante ello, tímidamente esboza que si hubiese incurrido en alguna omisión de su parte, las constancias agregadas al expediente administrativo, importarían la *subsanación* de tal situación.----------

------ Dos aspectos voy a mencionar para contestar este agravio.----------

------ En primer lugar, como bien advirtieron los votos precedentes, el procedimiento administrativo de selección del contratista estatal importa un *procedimiento especial*.----------

------ Dice FARRANDO "…constituye una serie de actos, simples actos, reglamentos y hechos administrativos de la Administración y de los ///oferentes dirigidos a un fin: la elección del cocontratante de aquélla… preparatorio de la voluntad administrativa contractual". Recuerda que, hasta los primeros años del siglo XX en que la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés sostuvo la separabilidad de los actos que integran este *procedimiento especial*, se consideraba un todo indivisible que se incorporaba al contrato una vez perfeccionado, lo que restringía enormemente la protección jurídica de los oferentes que sólo podían impugnar el contrato y no sus actos preparatorios. Posteriormente, lo que se dio en llamar la "*doctrina de los actos separables*" sostiene la individualidad jurídica de cada uno de los actos que intervienen en la formación de los contratos y, en consecuencia, la posibilidad de que sean aislados y atacados por los medios jurídicos que la ley autoriza. De este modo, el procedimiento va progresando sobre etapas que van quedando consentidas por los participantes. Así, de existir un vicio, éste puede ser detectado inmediatamente permitiendo su impugnación, sin tener que esperar el resultado del procedimiento. Más recientemente, se suma la "*teoría del acto coligado*" según la cual esos actos autónomos, independientes, con individualidad jurídica propia, también están interligados, conectados y destinados a un único resultado: la elección del cocontratante. Lo importante en la relación de coligación es que cada uno de los actos tiene vida y efectos propios, es decir, pueden ser separadamente

considerados (con relación al contrato y a los restantes actos contractuales)…" (Conc.: "Ob. Cit.- págs. 81/83).- Por ello, a pesar de su separabilidad, dichos actos no pueden ser considerados en forma aislada, con abstracción del acto final de adjudicación.----------

///--- Por otra parte, traeré a colación que tradicionalmente se ha considerado que la preadjudicación es una opinión o un dictamen de organismos con competencia técnica específica para entender en el procedimiento licitatorio, con el carácter de servicios administrativos técnicos de asesoramiento, fueran permanentes o constituido para una selección determinada. Esta competencia técnico consultiva se pone de manifiesto con lo que se conoce como *preadjudicación* o "*proyecto de adjudicación"*, que es una propuesta o asesoramiento al órgano administrativo que debe adjudicar y que, aun cuando sea un dictamen, es susceptible de impugnación, con sustento en la "coligación" antes prevenida. Pero en definitiva, se trata de un acto interorgánico, de consulta, preparatorio, que no resulta vinculante para el órgano decisor de la adjudicación a quien va dirigido. De allí, que no es un "acto administrativo típico", ya que no contiene una declaración apta para constituir o producir efectos jurídicos directos sobre terceros. El acto administrativo sólo se configura al disponerse la adjudicación definitiva, que confiera suficiencia jurídica sustancial a la preadjudicación, ya que ésta, en sí, no importa una declaración de voluntad propia y autónoma ni reúne los elementos necesarios para la existencia del acto administrativo complejo o de voluntad concurrente. (Conc. Laura MONTI "Las categorías jurídicas de la preadjudicación y la precalificación en el ámbito de la licitación pública" en LL 2000-C, 112).----------

------ En la Licitación Pública N° 1/08 contenida en el expediente administrativo que estoy analizando, se había previsto en el PByC la ///posibilidad de que el *oferente* impugnara la *opinión* emitida por la Comisión de Preadjudicación aún cuando se trata de un dictamen, de carácter *informativo*, como paso previo a la adjudicación de los Permisos. Y así lo hizo quien hoy acciona.----------

------ El Subsecretario entonces -como máxima autoridad del procedimiento- atendiendo al informe enviado por Personas Jurídicas que daba cuenta de una prórroga por 50 años del contrato social registrada en 2006, hizo lugar al recurso deducido por la accionante contra el informe de la Comisión de Preadjudicación; y -como bien lo marcan mis predecesores; la propia Disposición N° 23/08 aclaró acabadamente que su intervención no *"limitaba"* la posibilidad de realizar posteriormente la verificación de los recaudos de admisibilidad de esta propuesta.----------

------ Así, por la misma autoridad, o por el Poder Ejecutivo, como claro surge del art. 15 PByC.- De allí, que el hecho de que luego la misma autoridad resolviera rechazar la propuesta –aunque parece contradictorio- no lo es tanto frente a la advertencia.- Mucho menos lo es que una autoridad superior –el Poder Ejecutivo (autoridad competente para decidir a quién correspondía adjudicar los Permisos)- así lo decidiera.-Ergo, no es ésta una situación que pueda ser considerada como irrazonable ó contraria a derecho.-
----

------ Máxime así si - como señalé antes- tanto el dictamen de la Comisión de Preadjudicación como el pronunciamiento del Sr. Subsecretario vertidos

en el trámite de selección del contratista estatal revisten la naturaleza de *actos preparatorios* tendientes a formar la ///voluntad estatal, que es la que en definitiva se expondrá en el acto final ó de adjudicación de los permisos. No advierto en el procedimiento licitatorio, que se hubiese vulnerado el derecho de la entonces Sociedad oferente, quien tuvo la posibilidad de ofrecer descargos, acompañar pruebas, tomar vistas de las actuaciones, recurrir y obtener un pronunciamiento de la Administración. Es decir, el trámite demuestra que se ha desarrollado atendiendo los principios propios del procedimiento administrativo –que le son aplicables- y los específicos del efectuado para la "*selección del cocontratista estatal"*.----------

------ F.- Asimismo, la calificación de "arbitrario" que efectúa la accionante del Decreto N° 408/09, no puede aceptarse.----------

------ Ya me he pronunciado en el sentido de que "La arbitrariedad, constituye un vicio de la voluntad porque el administrador prescinde de la sujeción a la ley o a la prueba, o razona falsamente, con lo cual el acto se funda en su propia voluntad, en su capricho o veleidad personal. Aún dentro del marco de discrecionalidad el Poder Administrador debe decidir las cuestiones propuestas, ateniéndose a los hechos acreditados en las actuaciones... y tener una fundamentación normativa seria. De lo contrario, se aparta de lo objetivamente determinado por la razón y el derecho, al no expresar fundamentos serios que expliciten adecuadamente los motivos de la decisión. El acto que prescinde de "fundamentación subjetiva seria", y se encuentra en discordancia con el ordenamiento jurídico que le sirve de sustento, es ilegítimo y expone una ///falacia de conclusión inatingente

(GORDILLO - Tratado de Der. Adm. Tº III, pág. IX-29, 33, 34, 36) lo cual conduce a su nulidad". Y había dicho en SD 36/91 "Es un elemento del acto administrativo llamado "razonabilidad" que éste repose sobre una justificación que lo fundamente racionalmente: cuando él desconoce racionalmente la situación existente, o pretende fundarse en una situación que no existe, es nulo.- (GORDILLO - Tratado...II - IX, pág. 33 - SC Mza - LL 129-1070)(mi voto en S.D. N° 17/SCA/97 “Pichiñán…” y N° 1/SCA/03 “Bork…”, entre otras).----------

------ El acto administrativo cuestionado reprocha a la accionante haber incumplido la obligación impuesta en el Pliego de Bases y Condiciones que, específicamente en relación a las Personas Jurídicas requería (entre otras cosas) la presentación conjuntamente con la Oferta del *Contrato Social actualizado y debidamente inscripto*, como así también *la documentación que acredite personería y habilidad para comprometer a la entidad*. Y quien presenta una Oferta –sigo a Ismael FARRANDO- atiende a la invitación que ha hecho la Administración, formulando “*una manifestación de voluntad dirigida a otro sujeto de querer concluir con él un contrato, mediante una sola aceptación*”. Con SAYAGUÉS LASO, explica el autor que “los interesados en presentarse a una licitación deben examinar cuidadosamente el pliego de condiciones, porque las propuestas tienen que ajustarse estrictamente al mismo. De lo contrario sus propuestas, no podrían se aceptadas. Y agrega, se admite el “*apartamiento del pliego sólo en cuestiones de detalle”*, sin trascendencia, respetándose el pliego en las prescripciones fundamentales. (Ob. Cit. págs. 285, 300 y 302).----------
---

///--- A esta altura de mi análisis, recordando el minucioso detalle que han efectuado los prevotantes, puedo aseverar sin hesitación, que lo que se reprocha a M. D. SRL en autos no es *un simple detalle* ni una cuestión menor involucrada en el PByC.----------

------ Porque las constancias de la causa evidencian con facilidad la omisión puesta de manifiesto en el Decreto en crisis.----------

------ En efecto, lo que se reclama a la accionante es no haber acompañado conjuntamente con su *postulación* los instrumentos legales con que toda Sociedad de Responsabilidad Limitada acredita su existencia. Principal y fundamentalmente el Estatuto Social actualizado y debidamente inscripto. Y no es sólo eso, sino que además, exigía el Pliego que el firmante de la Oferta tuviera potestad suficiente para comprometer la voluntad del ente. Y ello, considerando el tipo societario mencionado, implicaba que el suscriptor hubiese sido previamente designado Socio Gerente de la Sociedad presentante.----------

------ Según ya señalé el Contrato Social acompañado por M. D. SRL a su Oferta estaba vencido, y esta circunstancia fáctica no puede ser suplida luego con el informe de la IGJ certificando que la nombrada había gestionado e inscripto la prórroga respectiva. De ser así, se violentaría el principio de igualdad de los demás oferentes, que asumieron la obligación de exhibirlos -tal como prescribía el PByC- al momento de presentar su Oferta.-
----

///--- A ello debe agregarse que, los socios individualizados en el Estatuto –vencido- que se anexó no eran los mismos que designaron a M. como titular

del órgano de administración de la empresa, en la Cesión de Cuotas, ni surge en qué momento estos se incorporaron a la Sociedad. No es que interese demasiado reconstruir la conformación social que –es evidente- fue cambiando en el tiempo.- Pero sí, la vigencia del contrato, y la actual conformación fueron imprescindibles de presentar en legal forma; la Administración debe conocer con quien contratará y los terceros proponentes, con quien entran en competencia.----------

------ Y no acaba allí.- La Socia gerente, firmante de la Oferta presentada por M. D. SRL, había sido designada por dos socios que venden su participación y por ende ya no son integrantes del Capital Social (D. y C.) –al menos según el contrato de cesión de cuotas acompañado (copia a fs. 125/126 de autos de mayo de 2008)- ni la sumatoria de los porcentuales de Capital Social de cada uno, reunía el 100% de ése, pues T. G. -titular del 25%- no intervino, derivando de ello que la designación fue *ilegal*. Así, en tanto en una SRL, para designar un Gerente, en caso de reunir algún socio la mayoría del acervo social, necesariamente requiere la comparencia del voto de otro socio porque así lo fija el art. 160° de la LSC, texto que además se encuentra contenido en el Estatuto Social de M. D. SRL (Cláusula Novena) que en el punto -la misma firma lo indica y surge del informe de la IPJ- no fue modificado.----------

------ Recién en una de sus reclamaciones, la actora presenta un Acta de Reunión de Socios del 19 de Mayo de 2007 (copia a fs. 129/130 de ///autos), anterior a la adquisición de la mayoría de cuotas, en la que habría sido designada gerente en esa fecha.----------

------ A más de lo dicho, véase que la Cesión de cuotas sociales fue realizada el 19 de mayo de 2008, pero no fue registrada ni publicada -como procede por imperio legal- sino hasta el 14 de octubre de ese año, es decir, unos días después de producida la apertura de las Ofertas.--------

------ Y como apropiadamente lo subrayaron mis Colegas "…las modificaciones no inscriptas son inoponibles a los terceros, no obstante, éstos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios…. Entonces, las modificaciones no inscriptas, no pueden oponerse, en principio, a los terceros de buena fe que contratan con la sociedad. Las modificaciones que pueden afectar en sí a los terceros pueden ser por ejemplo: designación de representantes sociales, modificaciones respecto a la responsabilidad de los socios, etc. Así, porque la inscripción se asocia con la publicidad y por ende se entiende que los terceros no conocen la variación hasta tanto se inscribe y publica. En conclusión, los terceros de buena fe son aquéllos que por error, ignorancia de hecho y no culpable no conocieron la modificación no registrada y son los únicos a los cuales resulta inoponibles las modificaciones no inscriptas" (Conc.: Angel CERAVOLO – Fernando VARELA – "Las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes, a los no otorgantes y a la sociedad- Esquema para una futura modificación legislativa del artículo 12 de la Ley 19550" – en LL1996-C, 1446). "La inscripción del cambio ///de gerente de una S.R.L. tiene la misma importancia que la inscripción en el Registro Público de Comercio de las renuncias y elección de un director de una sociedad anónima. La primordial necesidad de registrar el cambio de gerente obedece a la razón de saber si sus actos obligan o no a la sociedad. Los gerentes tienen la misma responsabilidad frente a los socios y frente a terceros que los

directores de una sociedad anónima. …La cesión de cuota de una sociedad de responsabilidad limitada sólo es oponible a terceros luego de su inscripción en el Registro Público de Comercio. La sola cesión de cuotas no es suficiente para excluir al socio de su responsabilidad como administrador….la ley de sociedades exige la registración como único modo de liberarse -frente a terceros- de las responsabilidades que importa la dirección societaria. (Conc.: Conrado ECHEBARNE BULLRUCH "Subsistencia de responsabilidad hasta la registración en el Registro Público de Comercio" en LL 1992-A, 221).---

------ G.- En definitiva, la Oferta de M. D. SRL resultaba *inadmisible* porque no reunía *ab initio* las exigencias mínimas requeridas por el Pliego de Bases y Condiciones elaborados por la Provincia licitante. Razones de economía y celeridad hubieran requerido que su Oferta "…quede marginada en un estadio previo, por adolecer de …los requisitos reglados (ya sean subjetivos, objetivos o formales), de la etapa procedimental en la que el licitante deberá ponderar, estimar, valorar y a la postre adjudicar –entre las propuestas que hayan superado el umbral de legalidad impuesto en el PBC- aquella que resulte más conveniente al interés público" (Cám. Apel. en lo Contencioso Administrativo de La Plata (Buenos Aires), "Sucesores de Guillermo Ramón Saa…"Sent. 10.08.2010 en elDial.com –AA6278).----------

///--- No sucedió así en autos. Aunque tampoco es factible controvertir el *acto administrativo final*, cuando la Sociedad accionante, puede decirse sin ninguna duda, no se hizo cargo fundamentalmente del rol que como *participante/administrado* debió asumir en la Licitación Pública. "…es exigible a quien contrata con la Administración un comportamiento

oportuno, diligente y activo …(Fallos:311:2831), no pudiendo el oferente o contratista invocar errores o defectos cuya inadvertencia provenga de su propia incuria, desatención o negligencia (Fallos: 322:1546)… El solo hecho de presentar una oferta presupone la diligencia del postulante…" (CNACAF, Sala II – in re "Valitutto, Carmelo…" Sent. 03/08/2010 en elDial.com – AA62BB).----------

------ Por lo tanto, tengo para mí que la actuación de la Provincia demandada se ajustó a las normas establecidas en el Pliego de bases y Condiciones y el Decreto N° 408/09 de ningún modo refleja las hipótesis esbozadas en la definición de "arbitrariedad" que expuse antes.----------

------ Por todo ello, concuerdo en el rechazo de la demanda.----------

------ A la segunda cuestión dijo el Dr. CANEO: ----------

------ Según he votado la primera me pronuncio por 1) RECHAZAR la demanda instaurada por M. D. Sociedad de Responsabilidad Limitada contra la Provincia del Chubut; 2) Las costas de la acción deben imponerse a la parte actora (art. 69° Ley N° XIII-5); 3) En tanto el ///proceso carece de contenido económico, propicio regular los honorarios del ex Fiscal de Estado -Dr. Diego CARMONA- en VEINTICUATRO (24) Jus al valor de la fecha de este pronunciamiento (cada Jus: $250,31 - Res. Adm. N° 8032/12 D-A) por las dos etapas cumplidas, y a sus Apoderados Dres. Fernando PERALTA, David FIGUEROA y Alfredo Luis PERROZZI en el 30% de la regulación a su patrocinante. Y, a los Apoderados de la actora -Dres. J. P. R. y D. P. R.- en forma conjunta, por tres etapas e incluida la labor

procuratoria, en VEINTIDÓS (22) Jus.- Valorados los trabajos profesionales según las pautas de los arts. 5° inc. b) a f) de la Ley XIII N° 4, de conformidad con los arts. 6°, 7°, 8º, 37° y 46 de la misma Ley con las reformas de la XIII Nº 15°. Todo, con más IVA si correspondiere.----------

---

------ A idéntica cuestión el Dr. PASUTTI dijo: ----------

------ Atento como he votado la primera, comparto la solución que propone el Dr. CANEO.----------

------ A idéntica cuestión el Dr. ROYER dijo: ----------

------ Comparto los votos dados por los Dres. CANEO y PASUTTI.-------

------ Con lo que se da por finalizado el acto quedando acordar la siguiente:--

---

---------- **S E N T E N C I A:** ----------

///--- **1º) RECHAZAR** la demanda instada por M. D. Sociedad de Responsabilidad Limitada contra la Provincia del Chubut.----------

------ **2º) COSTAS** a la parte actora (art. 69 Ley N° XIII-5).----------

------ **3º) REGULAR** los honorarios del ex Fiscal de Estado -Dr. Diego CARMONA- en VEINTICUATRO (24) Jus por las dos etapas cumplidas, y a sus Apoderados, Dres. Fernando PERALTA, David FIGUEROA y Alfredo

Luis PERROZZI, conjuntamente, en el 30% de la regulación de su patrocinante. A los Apoderados de la parte actora -Dres. J. P. R. y D. P. R.- en forma conjunta, por tres etapas e incluida la labor procuratoria, en VEINTIDÓS (22) Jus, valorados los trabajos profesionales según las pautas de los arts. 5° inc. b) a f) de la Ley XIII N° 4, de conformidad con los arts. 6°, 7°, 8º, 37° y 46 de la misma Ley con las reformas de la XIII Nº 15°. Todo, con más IVA si correspondiere.----------

------ **4º) REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

Fdo. Dres. Fernando S.L Royer, José Luis Pasutti y Daniel Luis Caneo.---

RECIBIDA EN SECRETARIA EL 14 DE NOVIEMBRE DE 2012 Y REGISTRADA BAJO EL NRO. 16/SCA/2012.----------