



Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

DICTAMEN ALG N° **206/20** .-

Señor Ministro de Salud:

Las presentes actuaciones administrativas han sido sometidas a consideración de este Órgano Asesor a los efectos de analizar el recurso jerárquico interpuesto subsidiariamente al de reconsideración, obrante a fojas 49/52, contra la Resolución N° 4331/19 del Ministerio a su cargo, glosada a fojas 41/42.

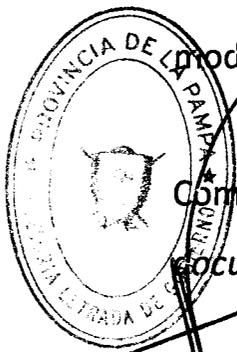
I – ANTECEDENTES:

Estos actuados se iniciaron a fojas 2 con el objeto de “...la aplicación de la sanción establecida por el Artículo 93 del Decreto Reglamentario 470/73 a la firma Juan Carlos Russo”.

A fojas 6, 8 y 14, rolan notas con fechas de entrada 3 de septiembre de 2018 suscriptas por el titular de la firma EXVECA, en las que puso de manifiesto su imposibilidad de mantener las ofertas de las Licitaciones Públicas N° 48/18, 50/18 –de algunos ítems- y 45/18, “...ya que, los precios ofertados, con la suba del dólar, han quedado por debajo del costo actual de los productos”.

Por otra parte, a fojas 20, consta informe de la Dirección de Administración Sanitaria de la Subsecretaría de Administración del Ministerio de Salud con el cálculo de la penalidad por baja de la oferta determinada por el artículo 93 del Decreto Reglamentario N° 470/73 y sus modificatorios.

A continuación, se requirió al Departamento de Compras y Suministros de la Contaduría General que incorpore “...los documentos presentados en carácter de garantía de oferta por la firma JUAN





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

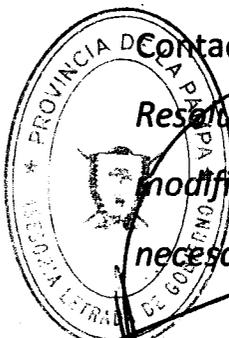
EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

DICTAMEN ALG N° 206/20

CARLOS RUSSO..." (fojas 27), sin embargo, en respuesta, a fojas 28, el Jefe de dicha dependencia expresó que *"...las garantías de oferta son devueltas a los oferentes una vez decidida la contratación. Las que no son reclamadas en el lapso establecido en el artículo 45 del Reglamento de Contrataciones, se destruyen luego de cumplido dicho plazo",* y que como en los procesos licitatorios *"...no hubo un pedido expreso de ese Ministerio de resguardo de las garantías presentadas por los proveedores (...) los documentos fueron devueltos a la firma (...) con posterioridad a las adjudicaciones"*.

De la misma manera, a fojas 33, desde la Contaduría General se informó que *"...no se registra la devolución de los pagarés dados en garantía de oferta como tampoco de los que se destruyen luego de transcurrido el plazo estipulado en el artículo 45 del Reglamento de Contrataciones"* y que, sin perjuicio de ello, *"...no advierte la importancia que posee contar con el pagaré o con un recibo de entrega del mismo para posibilitar que ese Ministerio dicte la resolución (...) declarando la pérdida de la garantía de oferta por desistimiento de ésta antes del vencimiento del plazo de mantenimiento. La falta de esa documentación no hace perder ni el derecho ni la acción para perseguir el cobro de esa garantía"*.

A fojas 37/39, la Asesora Letrada Delegada actuante en el Ministerio de Salud se apartó de lo manifestado por la Contaduría General *"...coincidiendo en lo que atañe al dictado de la Resolución correspondiente pero no sin antes haber introducido las modificaciones que permitan sanear la falta de los instrumentos necesarios..."*.





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ORGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

DICTAMEN ALG N° 206/20 .-

Seguidamente, con fundamento legal en lo normado por los artículos 93 y 38 del Decreto Acuerdo N° 470/73 – Reglamento de Contrataciones- y teniendo en cuenta el informe de fojas 20, mediante la Resolución N° 4331/19, de fojas 41/42, el titular de dicha Cartera declaró “...la pérdida de la garantía de oferta correspondiente a la firma JUAN CARLOS RUSSO como consecuencia del desistimiento de la oferta antes del vencimiento del plazo de mantenimiento de la misma, respecto de las Licitaciones Públicas N° 45/18, 48/18 y 50/18...” y determinó “...en la suma de PESOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS VEINTISEIS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS (\$87.526,76) la penalidad impuesta en concepto de pérdida de garantía de oferta” (arts. 1° y 2°). El acto administrativo fue notificado a la firma con fecha 13/12/2019 (véase fs. 48).

Luego, con fecha de presentación que data del día 26 de diciembre de 2019, a fojas 49/52, el apoderado de la firma EXVECA interpuso el recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio contra la citada resolución.

El impugnante fundó sustancialmente su recurso en el precepto normativo contenido en el artículo 98 del Decreto Acuerdo N° 470/73 que reza: “Las penalidades establecidas en este Reglamento, no serán aplicadas cuando el incumplimiento de la obligación provenga de caso fortuito o de fuerza mayor debidamente documentado por el oferente o adjudicatario y aceptado por el organismo licitante”.

A párrafo seguido, indicó que el “...Acto Administrativo impugnado se encuentra viciado en su Causa o Motivo, ya que





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACIÓN.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

DICTAMEN ALG N° **206/20**

en su fundamentación omite considerar las circunstancias de hecho verificadas en nuestro país, que son de notorio y público conocimiento”.

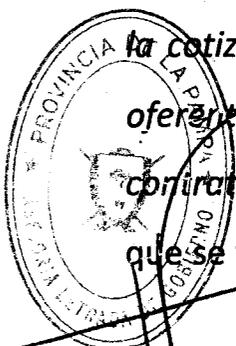
Hizo hincapié, en que “...a partir del mes de Agosto del año 2018, comenzó un proceso de devaluación de la moneda nacional que resultó a todas luces imprevisible para esta parte...”

Señaló, que “...se intentó por todos los medios posibles (...) entregar los insumos ofertados...” pero “...las consecuencias ya probadas de esta devaluación imprevisible, tornaron extremadamente gravosas las pérdidas económicas para el caso de que se mantuviera la oferta económica”..

Prosiguió arguyendo, que “...No caben dudas que los hechos descriptos (...) fueron extraordinarios e imprevisibles. Es decir, que escaparon al acontecer común y ordinario, y su ocurrencia no pudo ser anticipada, para sí cubrirse de sus consecuencias dañosas”.

A continuación, se refirió al “riesgo imprevisible” y, en ese sentido, a que “No hay imposibilidad, al menos material, sino carga excesiva, en este caso del administrado”. Admitió “...el denominado ‘riesgo empresario’...” pero precisó que el mismo “...cede ante la notoria e irrefutable situación fortuita e imprevisible”.

Por último, manifestó que de “...haberse permitido la cotización de la oferta en moneda extranjera, se hubiese permitido a los oferentes y en particular a esta parte, mantener la ecuación económica de la contratación que se perseguía realizar” y, por todo lo expuesto, peticionó que se tenga por presentado en tiempo y forma el recurso y que se “Deje sin





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACIÓN.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

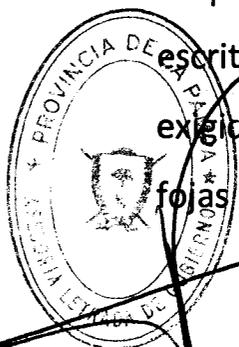
DICTAMEN ALG N° 206/20 .-

efecto...” la Resolución N° 4331/19 “...eximiendo a *RUSSO JUAN CARLOS* de abonar la garantía de la oferta oportunamente propuesta”.

A fojas 55/69, se pronunció nuevamente la Asesora Letrada Delegada actuante en el Ministerio de Salud, quien concluyó que debía “...rechazarse el recurso de reconsideración interpuesto” con sustento jurídico en doctrina, jurisprudencia y normativa vigente referida a la plena aplicabilidad de la penalidad al proveedor ante el incumplimiento del mantenimiento de la oferta en el plazo fijado, a la inadmisibilidad de la teoría de la imprevisión, caso fortuito o de fuerza mayor en el caso de marras y a la procedencia del principio del riesgo empresario, entre otras.

Compartiendo lo precitado, a fojas 81/88, a través de la Resolución N° 541/20, el Ministro de Salud decidió “Rechazar el Recurso de Reconsideración interpuesto por la firma “*JUAN CARLOS RUSSO*” contra la Resolución N.° 4331/19...” y ordenó, oportunamente, elevar “...las actuaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 99 del Decreto Reglamentario N.° 1684/79” (arts. 1° y 2°). Dicho acto administrativo fue notificado a la empresa en cuestión con fecha 12 de marzo de 2020 (véase fs. 106).

A fojas 112/114, obra copia simple de Poder Amplio de Representación y Administración a favor de quien suscribió el escrito recursivo en calidad de apoderado, dándose cumplimiento a lo exigido mediante la Providencia emanada de este Organismo y anejada a fojas 109/110.





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

DICTAMEN ALG N° 206/20 .-

Traídas las presentes y habiendo tenido a la vista los expedientes donde tramitaron las Licitaciones Públicas N° 48/18, 50/18 y 45/18, se procedió a agregar documentación referida a las mismas.

II – ANÁLISIS FÁCTICO Y JURÍDICO:

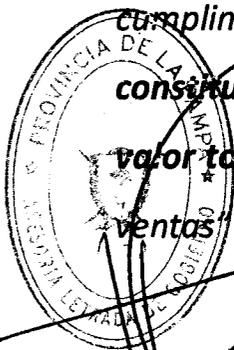
II - A) Aspecto formal

Rechazado el recurso de reconsideración, elevado al superior y transcurrido el plazo de cinco (5) días para que el interesado mejore o amplíe sus fundamentos, corresponde proceder al análisis sustancial del recurso jerárquico interpuesto en subsidio (conf. art. 99, siguientes y concordantes, del Decreto N° 1684/79 Reglamentario de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 951).

II – B) Aspecto sustancial

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, como ya se narró, la empresa de autos constituyó garantía de oferta en las Licitaciones Públicas N° 48/18, 50/18 y 45/18 a través de diversos pagarés en cumplimiento de lo prescripto por el **Decreto Acuerdo N° 470/73**, que regula las contrataciones del Estado Provincial y los **Pliegos de Cláusulas Particulares** oportunamente suscriptos.

Textualmente, el Reglamento de Contrataciones en su **artículo 38**, entre otras cosas, prescribe que: *“Para afianzar el cumplimiento de todas sus obligaciones, los proponentes (...) deberán constituir las siguientes garantías: I - De la oferta: el uno por ciento (1%) del valor total de la oferta, en los casos de suministros, servicios, concesiones o ventas”* (la negrilla es de mi propiedad), mientras que las **cláusulas decimas**





DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

DICTAMEN ALG N° 206/20 .-

quintas de los Pliegos de Cláusulas Particulares de las Licitaciones Públicas N° 48/18, 50/18 y 45/18 (véanse fojas 117/120, 129/132 y 137/140), determinan: **“CONSTITUCION DE GARANTIAS: Las garantías de oferta (1%) (...) deberán constituirse a la orden de la Tesorería General de la Provincia de La Pampa, en alguna de las formas previstas en el Artículo 39 del Reglamento de Contrataciones (...) Los oferentes deberán constituir garantía de oferta por el UNO POR CIENTO (1%) del monto total cotizado, en alguna de las formas establecidas en el Artículo 39 del Reglamento de Contrataciones, a excepción del pagaré a la vista que solo puede ser usado (...) por las firmas inscriptas en el Registro de Proveedores de la Provincia. No podrá integrarse la Garantía con Pagaré a la vista sin protesto, cuando el importe de la misma supere la suma de PESOS DOSCIENTOS DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS CUARENTA (\$ 219.240,00)”**.

Como surge de las actas pertinentes (véanse fojas 121/123, 125/128 y 134/136), las aperturas de sobres en las Licitaciones Públicas N° 48/18, N° 50/18 y N° 45/18 se llevaron a cabo, respectivamente, los días 6 de agosto, 26 de julio y 1 de agosto de 2018, mientras que la firma desistió de las ofertas -en todas ellas- con fecha 3 de septiembre de 2018 (véanse fojas 6, 8 y 14).

A su respecto, el artículo 34 del Decreto Acuerdo N° 470/73 establece que: **“Los proponentes deberán mantener sus ofertas por el término que se establezca en las cláusulas particulares. Dicho plazo se contará desde la fecha del acto de apertura”** (!a negrilla es de mi autoría), en tanto las cláusulas cuartas de cada uno de los Pliegos de Cláusulas





Provincia de La Pampa
 Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
 ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
 TAMBIÉN ES
 PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

20 6 / 20

DICTAMEN ALG N°

Particulares -que oportunamente suscribió el oferente- rezan:
“MANTENIMIENTO DE LA OFERTA: *Las propuestas deberán ser mantenidas por el término de sesenta (60) días hábiles, computables a partir de la fecha del acto de apertura. Toda notificación del desistimiento de oferta, total o parcial, deberá hacerse indefectiblemente hasta los dos (2) días hábiles posteriores a la fecha de inicio de publicación de la pre-adjudicación, vencido este plazo, no se aceptaran dichas comunicaciones”.*

Dichas previsiones normativas y contractuales fueron desatendidas por la firma EXVECA, pues la oferta no fue mantenida por el plazo legal determinado.

La violación antes dicha encuadró perfectamente en lo dispuesto por el artículo 93 del Decreto Acuerdo N° 470/73, resultándole -entonces- plenamente aplicable la penalidad que allí se contempla. El precepto reza: **“El desistimiento de la oferta antes del vencimiento del plazo de validez establecido respecto de la misma, acarreará la pérdida de la garantía de oferta. En caso de desistimiento parcial, esa garantía se perderá en forma proporcional”** (lo resaltado y subrayado es de mi propiedad).

En cuanto a la pérdida de la garantía, la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que ***“...constituye una cláusula penal que importa una forma de indemnizar a la Administración a tanto alzado y mediante una cuantificación objetiva y apriorística del daño derivado del desistimiento...”*** (Dictamen PTN N° 395/12).





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

DICTAMEN ALG N° 206/20 .-

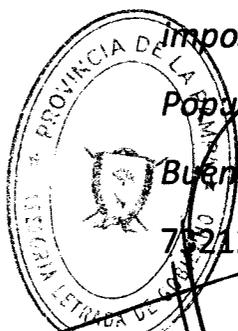
Aclarado lo que antecede, deviene oportuno ingresar, en lo siguiente, en el análisis de los fundamentos que esgrimió el quejoso para justificar su incumplimiento y procurar así ser eximido de reintegrar la garantía oportunamente constituida y de las demás sanciones que en, su caso, correspondan.

II B) 1 - Caso fortuito o hecho de fuerza mayor:

En primer término, basado en lo normado por el artículo 98 del Decreto Acuerdo N° 470/73, el recurrente alegó la producción de caso fortuito o fuerza mayor para excusarse de cumplir con su obligación de mantenimiento de la oferta por el plazo fijado y, de ese modo, lograr que la penalidad consistente en la pérdida de la garantía no se le aplique.

Al respecto, resulta necesario remarcar que el artículo 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación, que emplea ambos términos como sinónimos, “...considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado” y que “...exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

En la misma línea, la jurisprudencia es concordante en conceptualizar al caso fortuito como “...el acontecimiento sobreviniente, no imputable al deudor, imprevisible o previsible pero inevitable, que imposibilita el cumplimiento de la obligación a su cargo” (C.S.J.N, “Usina Popular y Municipal de Tandil Sociedad de Economía Mixta c/ Provincia de Buenos Aires (O.C.E.B.A.) s/demanda contencioso administrativa”, MJ-JU-M-76212-AR - MJJ73212).





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACIÓN.-

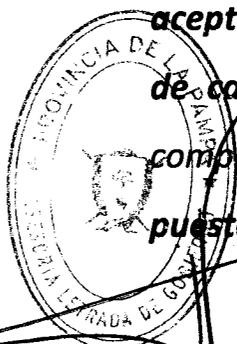
EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

206/20

DICTAMEN ALG N° .-

Asimismo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que las características para que se configure el caso fortuito o de fuerza mayor son: ***“a) que el hecho sea de carácter natural; b) que se trate de un hecho imprevisible, es decir que el hecho obstativo supera la aptitud normal de previsión; c) que sea irresistible; es decir, que no pudo evitarse obrando de modo diligente, según las circunstancias personales y del caso; d) que sea externo a las partes; e) que se produzca con posterioridad a la celebración del contrato, salvo que fuese previo e imposible de ser conocido –en términos razonables y diligentes– por las partes; y f) que haga imposible el cumplimiento contractual. Además, si bien no constituye una característica inherente al instituto bajo análisis, se exige que sea puesto en conocimiento de la autoridad contratante dentro del plazo establecido reglamentariamente”*** (P.T.N. Dictámenes 301:111, entre otros) (la negrilla me es propia).

Por su parte, el Decreto Acuerdo N° 470/73, aplicable al caso de marras (conf. cláusulas vigésimas primeras de los Pliegos de Cláusulas Particulares), en su artículo 98 estatuye que: ***“Las penalidades establecidas en este Reglamento, no serán aplicadas cuando el incumplimiento de la obligación provenga de caso fortuito o de fuerza mayor debidamente documentado por el oferente o adjudicatario y aceptado por el organismo licitante”,*** y en el artículo 99 que: ***“La existencia de caso fortuito o de fuerza mayor que impida el cumplimiento de los compromisos contraídos por los oferentes o adjudicatarios, deberá ser puesta, sin excepción alguna, en conocimiento del organismo licitante***





Provincia de La Pampa
 Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
 ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
 TAMBIÉN ES
 PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

206/20

DICTAMEN ALG N°

dentro de los cinco (5) días de producida (la negrilla y el subrayado me son propios).

A mayor abundamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que "**...la prueba dei caso fortuito está a cargo de quien la invoca y requiere la comprobación fehaciente del carácter imprevisible e inevitable del hecho al que se adjudica la condición de causal exonerante**" (C.S.J.N., Fallos: 321:1117, M.211.XXIII, "Martínez" del 28-IV-1998) (el subrayado y resaltado me pertenecen).

Detallado el contexto normativo y jurisprudencia imperantes en la materia, se advierte que en el caso de marras **la firma EXVECA no aportó prueba alguna ni acreditó en estos obrados los extremos necesarios que configuran un caso fortuito o de fuerza mayor.**

Es decir, no proporcionó documento o prueba alguna de carácter natural, imprevisible, irresistible e inevitable, externo a las partes, posterior a la celebración del contrato y de imposible cumplimiento, y además **ello no fue aceptado ni puesto en conocimiento del organismo licitante (Ministerio de Salud) dentro del plazo de cinco (5) días de producido tal como se exige legalmente, consecuentemente, NO corresponde eximir a dicha empresa de la penalidad determinada en el acto administrativo puesto en crisis ni de las demás sanciones que en su caso correspondan, con sustento en lo normado por el artículo 98 del Decreto**

Acuerdo N° 470/73.

B) 2 - Riesgo imprevisible:





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

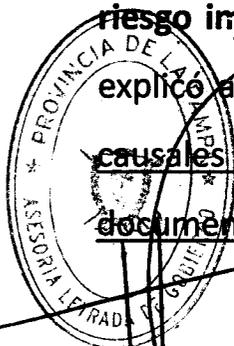
206/20

DICTAMEN ALG N°

En segundo término, como ya fuera señalado, el quejoso se refirió al riesgo imprevisible, instituto también denominado “teoría de la imprevisión”, con el fin de ser relevado de abonar suma alguna en concepto de pérdida de la garantía de oferta por incumplimiento del mantenimiento de la misma en el plazo legal exigido.

En este punto, en primer lugar, cabe remarcar que los Pliegos de Cláusulas Particulares (véanse fs. 117/120, 129/132 y 137/140), que en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son la “...ley de la licitación (...) donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario” (CSJN Fallo 316:382, “Vicente Robles SAMCICIF c/ Estado Nacional (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s/ nulidad de resoluciones”, 30/03/1993), en sus cláusulas vigésimas primeras consignan que: “**Todo cuanto no esté previsto en el presente pliego (...) se regirá por las disposiciones del Reglamento de Contrataciones de la Provincia aprobado por Decreto-Acuerto N° 470/73 y sus modificatorios**”.

Pues bien, ni en los referidos pliegos ni en el Decreto Acuerdo N° 470/73 se prevé la posibilidad de dispensar de la aplicación de las penalidades -que en dicho reglamento se establecen- al oferente que demuestre que su incumplimiento se originó a partir del riesgo imprevisible o teoría de la imprevisión habida cuenta que -como se explicó anteriormente- el artículo 98 de dicha norma sólo contempla como causales eximentes al caso fortuito o de fuerza mayor debidamente documentado.





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

DICTAMEN ALG N° 206/20 .-

Sentado ello, luce oportuno destacar que el instituto en cuestión se encuentra regulado en el artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación, que reza: *“Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación”* (el resaltado me corresponde).

Como bien surge de la letra de la norma transcrita, el derecho a peticionar la resolución del contrato con sustento en el riesgo imprevisible se encuentra condicionado y fenece ante el “riesgo empresario” que resulta plenamente aplicable al presente caso y que la propia firma EXVECA en su escrito recursivo reconoció.

En relación al tema, la Procuración del Tesoro de la Nación ha opinado que: *“...en materia de contrataciones del Estado el principio rector es el de riesgo y ventura del empresario y su responsabilidad...”* (Dictamen PTN N° 173/16) (la negrilla es de mi autoría) y que: *“...no puede soslayarse que quien contrata con el Estado tiene cierta capacidad y experiencia para los negocios y por tanto, goza de ciertos conocimientos respecto de la evolución del mercado que necesariamente considerará al presentar la oferta. Quiere decir, entonces, que al presentar su propuesta, el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario*





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACIÓN.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

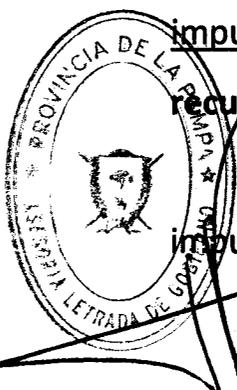
DICTAMEN ALG N° 206/20 .-

que eventualmente deberá soportar como contratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito, etc.” (Dictamen PTN N° 134/2011) (lo subrayado y resaltado es de mi propiedad).

También, dicho Organismo Nacional ha sostenido que: *“Cabe recordar, que ...el mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra (...) dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia del postulante que excede la común, al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación (Dictámenes 90:156, 163:477 y 213:147, entre otros” (Dictamen PTN N° 08/15).*

Así entonces, **teniendo en cuenta que el instituto del riesgo imprevisible -o teoría de la imprevisión- no está previsto en la normativa que rige las Licitaciones Públicas N° 48/18, 50/18 y 45/18 (conf. Pliegos de Cláusulas Particulares y Decreto Acuerdo N° 470/73) como causal eximente de las penalidades impuestas ante el incumplimiento del mantenimiento de la oferta en el plazo determinado e, igualmente, que el mismo cede ante el “riesgo empresarial”, principio que prima en la materia, que resulta aplicable al caso y que la propia firma reconoció en su impugnación, tampoco encuentra asidero el fundamento esgrimido por la recurrente apoyado en ello.**

II B) 3 - En suma, los planteos esgrimidos por la impugnante dirigidos a que se la exima de responsabilidad con basamento





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACIÓN.-
EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO
REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

DICTAMEN ALG N° 206/20

en el caso fortuito o fuerza mayor y riesgo imprevisible o teoría de la imprevisión, atento a lo minuciosamente explicado, no resultan procedentes, con lo cual, corresponde rechazar el recurso jerárquico intentado en todos sus términos.

III - TRÁMITE EN LA ALZADA:

Determinado que resulta pertinente rechazar en esta instancia el recurso jerárquico deducido por la empresa EXVECA, dado que aún no se la intimó a que integre el importe garantizado ni se le impusieron las multas que paralelamente le cabrían en el marco de lo dispuesto por el artículo 101 del Decreto Acuerdo N° 470/73, con motivo de adecuar a derecho el trámite de autos, este Órgano Consultivo considera que desde ese Ministerio debería procederse del modo que a continuación se detalla.

Concretamente, debería ordenarse que se **SANCIONE** a la referida empresa con apercibimiento y se la **INTIME** a que en el plazo perentorio e improrrogable de cinco (5) días integre las sumas garantizadas a través de los pagarés presentados –en su caso en forma proporcional- *so pena* de ser suspendida del Registro de Proveedores por un plazo de dos (2) a cuatro (4) años y de dar intervención a la Fiscalía de Estado a fin de que inicie las acciones que estime corresponder, comunicándole que de evidenciar más de dos (2) suspensiones será eliminada de dicho registro –de conformidad como se regula en la norma-.

Las sanciones de apercibimiento, suspensión y eliminación del Registro de Proveedores, precedentemente apuntadas,





DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

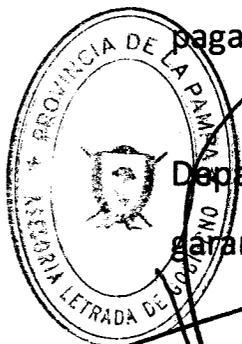
DICTAMEN ALG N° 206/20

surgen de lo dispuesto por el artículo 101 del Decreto Acuerdo N° 470/73 que reza: *“Sin perjuicio de las multas, pérdidas de garantías, etc., que corresponda aplicar, los oferentes o adjudicatarios se harán pasibles de las siguientes sanciones por las transgresiones en que incurran: a) **Apercibimiento:** 1.- Comisión de incorrecciones que no lleguen a constituir hechos dolosos. 2.- Incumplimiento reiterado de compromisos por causas debidas a su culpa. b) **Suspensión del registro:** 1.- De uno (1) a tres (3) años a la firma que se hiciera pasible de un segundo apercibimiento dentro del período de un (1) año. 2.- De dos (2) a cuatro (4) años, cuando no se cumpliera oportunamente la intimación de hacer efectiva la garantía o la obligación que la sustituya. 3.- De cinco (5) años, a la firma suspendida con anterioridad, que incurriere en hechos que la hicieran pasible de nueva suspensión. c) **Eliminación del Registro** “1.- Cuando se comprobare la comisión de hechos dolosos. 2.- Cuando en un período de dos (2) años no hubiere contestado nunca las invitaciones a cotizar. 3.- Cuando hubiera tenido más de dos (2) suspensiones”.*

IV - CONSIDERACIONES SOBRE EL RESGUARDO DE LOS PAGARÉS PRESENTADOS COMO GARANTÍA DE OFERTA:

Tal como se desprende de los antecedentes, en el trámite de estos obrados se generó una discrepancia en relación a los pagarés presentados en carácter de garantía de oferta por la firma EXVECA.

Concretamente, tras serles requeridos éstos al Departamento de Compras y Suministros, su titular manifestó que las garantías de oferta son devueltas a los oferentes una vez decidida la





DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACIÓN.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

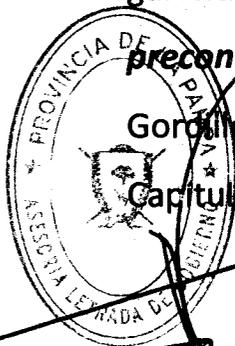
DICTAMEN ALG N° 206/20 .-

contratación y que las que no son reclamadas en el lapso establecido en el artículo 45 del Reglamento de Contrataciones se destruyen luego de cumplido dicho plazo –un (1) año-, y que como en los procesos licitatorios relacionados no hubo un pedido expreso de ese Ministerio de resguardo de las garantías presentadas los documentos fueron devueltos a la firma con posterioridad a las adjudicaciones (véase fs. 28).

Atado a ello, la Contaduría General de la Provincia informó que no se registra la devolución de los pagarés dados en garantía de oferta como tampoco de los que se destruyen luego de transcurrido el plazo estipulado en el mencionado precepto y que, sin perjuicio de ello, no reviste importancia contar con el pagaré o con un recibo de entrega del mismo, en tanto la falta de esa documentación no hace perder ni el derecho ni la acción para perseguir el cobro de esa garantía (véase fs. 33).

Por su parte, la Asesora Letrada Delegada actuante en el Ministerio de Salud se apartó de lo apuntado por la Contaduría General considerando que tales instrumentos son absolutamente necesarios (véase fs. 37/39).

Al respecto, cabe remarcar –preliminarmente- que la doctrina es conteste en sostener que los documentos otorgados en garantía de mantenimiento de la oferta “...se asemeja[n] a una **seña precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato...**” (Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo 2, Capítulo XII, Pág. 506) (la negrilla me corresponde).





DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

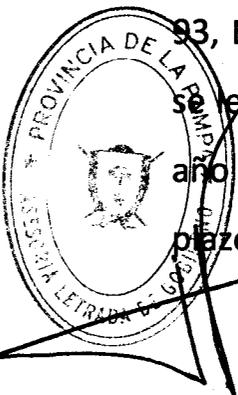
EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

206/20

DICTAMEN ALG N°

En tal sentido, como ya se puntualizó, la obligación de los proponentes de constituir garantía de mantenimiento de la oferta –del uno por ciento (1%) del valor total de la misma-, en los casos de suministros, servicios, concesiones o ventas, se halla consagrada en el artículo 38 del Decreto Acuerdo N° 470/73, mientras que el artículo 45 determina que: ***“Serán devueltas de oficio: a) Las garantías de ofertas, en su caso, a los oferentes que no resulten adjudicatarios, una vez decidida la contratación (...) En los casos en que, luego de notificados en el domicilio constituido, los oferentes o adjudicatarios no retirasen la garantía, podrá reclamar su devolución dentro del plazo de un (1) año, a contar de la fecha de la notificación. La falta de presentación dentro del plazo señalado, por parte del titular del derecho, implicará la renuncia tácita del mismo a favor del Estado y será aceptada por la autoridad competente al ordenar el ingreso patrimonial de lo que constituyere garantía. Cuando la garantía haya sido constituida mediante pagaré, éste se destruirá al término de dicho plazo”.***

Entonces bien, lo establecido en esta última previsión normativa deviene aplicable en aquellos supuestos en que los oferentes cumplen con la carga del mantenimiento de la oferta en el plazo fijado (conf. art. 34, Decreto Acuerdo N° 470/73) y por tanto no resultan pasibles de la penalidad consistente en la pérdida de la garantía (conf. art. 93, Decreto Acuerdo N° 470/73), a quienes entonces, en el caso del pagaré, se les devuelve una vez decidida la contratación o dentro del plazo de un (1) año de notificados de ello si así lo solicitaren, y de no ser reclamado en dicho plazo se destruye.





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-
EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO
REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

206/20

DICTAMEN ALG N°

A *contrario sensu*, lógicamente la **devolución o destrucción del pagaré no luce procedente en los casos como el que nos ocupa en que el oferente desistió de sus ofertas antes del plazo de mantenimiento exigido normativamente y, por ende, resultó alcanzado por la penalidad consistente en la pérdida de la garantía de oferta –total y/o parcial-, pues justamente a través de dicho documento crediticio la Administración se asegura el cobro del importe originado por el incumplimiento de la empresa a través de una vía simple y expedita, he aquí su razón de ser y finalidad.**

En estos supuestos el **pagaré** dado en garantía adquiere vital importancia y **debe ser resguardado** por el organismo de la Administración pertinente **en pos de que, vulnerada la obligación de mantenimiento de la oferta por el proveedor e intimado a que integre la suma garantizada sin cumplir con ello en el plazo determinado, el instrumento se presente al cobro y, ante la oposición o falta de pago, se utilice para ejercer la acción ejecutiva.**

De este modo, en el presente caso, **dado que los pagarés otorgados por EXVECA en carácter de garantía de oferta no fueron preservados por el Departamento Compras y Suministros de la Contaduría General sino devueltos a dicha firma (véase fs. 28), sin siquiera dejar constancia ni registro de ello (véase fs. 33), cabría valorar la posibilidad de iniciar las actuaciones administrativas pertinentes a fin de deslindar responsabilidades en relación a esa situación irregular.**

V – COLOFÓN:





Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO



EXPEDIENTE N°: 8822/2019.-

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD – SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.-

EXTRACTO: S/SANCIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA JUAN CARLOS RUSSO.-

20 6 / 20

DICTAMEN ALG N°

Por todo lo expuesto, en virtud de las atribuciones conferidas por la Ley N° 507, esta Asesoría Letrada de Gobierno entiende que el trámite de autos debería proseguir de la siguiente manera:

- **RECHAZAR EL RECURSO JERÁRQUICO** interpuesto subsidiariamente al de reconsideración por la firma EXVECA a fojas 49/52.

- **SANCIONAR** a la referida empresa con **apercibimiento** e **INTIMARLA** a que en el plazo perentorio e improrrogable de cinco (5) días **integre** las sumas garantizadas en los pagarés –en su caso en la proporción pertinente- *so pena* de ser suspendida del Registro de Proveedores por un plazo de dos (2) a cuatro (4) años y de dar intervención a la Fiscalía de Estado a fin de que inicie las acciones que estime corresponder, dándole aviso que de comprobarse más de dos (2) suspensiones será eliminada de dicho registro.

- **EVALUAR** la iniciación de actuaciones administrativas pertinentes a fin de deslindar responsabilidades en relación a la falta de resguardo de los pagarés presentados por el oferente en carácter de garantía de la oferta.

Con ello, se da por evacuada la consulta.

ASESORÍA LETRADA DE GOBIERNO - Santa Rosa, ~ 4 AGO 2020



Dr. Alejandro Fabián GIGENA
ABOGADO
Asesor Letrado de Gobierno
Provincia de La Pampa