

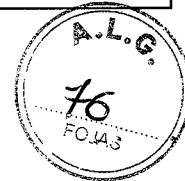
NO A PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°:6029/2020.

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD. SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.

EXTRACTO: S/SANCION ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA SUIZO ARGENTINA S.A.-

DICTAMEN ALG N°

73/211

Señor Ministro de Salud:

Las presentes actuaciones han sido traídas a consideración de esta Asesoría Letrada de Gobierno con motivo del Recurso Jerárquico interpuesto subsidiariamente al Recurso de Reconsideración por la firma Suizo Argentina S.A (fs. 26) contra la Resolución N° 3084/2020 (fs. 24) del Ministerio de Salud.

I. Antecedentes: A fojas 3 la ahora recurrente, presenta el desistimiento de oferta en el marco de la Licitación Pública N° 62/2019, la que tramitó por expediente N° 5483/19, bajo el argumento de *"la incertidumbre en las condiciones económicas y financieras que atraviesa nuestro país, que resultan de público conocimiento..."*

En razón del retiro de oferta presentada, el Director de Administración Sanitaria a fs. 15 detalla las multas que correspondería aplicar a la firma Suizo Argentina S.A, las que ascienden a la suma de \$264.008,38.

Más adelante, el Jefe de Departamento de Compras y Suministros de la Contaduría General, informa a fs. 17 que *"la firma SUIZO ARGENTINA S.A, ha constituido la garantía de oferta de la Licitación Pública N° 62/19, mediante póliza de seguro de caución N° 869761 de Alba Compañía Argentina de Seguros S.A, la cual fue remitida oportunamente a Tesorería General de la Provincia para su resguardo"*

A continuación, el Ministerio de Salud mediante Resolución N° 3084/20 (fs.24) declara la pérdida de Garantía de oferta correspondiente a la firma SUIZO ARGENTINA SA, como consecuencia del



NO A PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°:6029/2020.

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD. SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.

EXTRACTO: S/SANCION ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA SUIZO ARGENTINA S.A.-

DICTAMEN ALG N°

73/21

desistimiento de la oferta antes del vencimiento del plazo de mantenimiento de la misma, respecto a la Licitación Públicas N° 62/19 y, en consecuencia, determina la penalidad impuesta en concepto de pérdida de la garantía de la oferta en la suma de PESOS DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHO CON TREINTA Y OCHO CENTAVOS (\$ 264.008,38).

Frente a dicho acto, la contratista interpuso Recurso de Reconsideración, el cual fue rechazado mediante Resolución N° 4749/20 del Ministerio de Salud (fs.61/66), lo que motivó la presente instancia jerárquica.

II. Análisis del Recurso de Reconsideración con Jerárquico en subsidio. En el recurso obrante a fs. 26 la recurrente plantea dos argumentos defensivos; primeramente sostiene que el desistimiento tuvo lugar previo al cumplimiento del plazo previsto en el segundo párrafo de la cláusula cuarta del Pliego de Cláusulas Particulares de la licitación en cuestión, y, en segundo término, que el mismo se dio en el marco de acontecimientos que tornaban aplicable lo dispuesto por el art. 98 del Decreto Reglamentario 470/73 dada la *"... extraordinaria y sustancial volatilidad cambiaria, lo que tornó ilusoria la prestación, configurándose un elocuente ejemplo de caso fortuito – cfr. Art. 1770 CCyC"*.

Respecto al primero de los agravios esgrimidos por la recurrente, cabe decir que 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..."*.



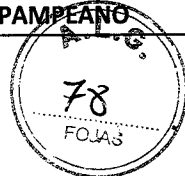
NO A PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°:6029/2020.

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD. SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.

EXTRACTO: S/SANCION ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA SUIZO ARGENTINA S.A.-

DICTAMEN ALG N° 73/211.-

Entonces, cabe atenernos a la literalidad de la letra del Pliego de Cláusulas Particulares que en palabras de J. Dromi resulta ser "la ley de la licitación" y en consecuencia "la ley del contrato", toda vez que en él se especifica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y luego los del estado y su co-contratante o adjudicatario de aquella.

En efecto, dicho pliego luce a fojas 10 y en su cláusula cuarta reza: "MANTENIMIENTO DE 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 de desistimiento de oferta, total o parcial, deberá hacerse indefectiblemente hasta los dos (2) días hábiles posteriores a la fecha de publicación de la pre-adjudicación, vencido este plazo, no se aceptarán dichas comunicaciones..."

El segundo párrafo de la cláusula cuarta, al que alude la recurrente en su recurso, no debe interpretarse de manera aislada, sino teniendo en cuenta lo que establece el primer párrafo, que claramente estipula que durante el plazo de 60 días hábiles a contar desde el acto de apertura, las ofertas deben ser mantenidas. Este plazo es el que incumplió la recurrente, puesto que el acto de apertura tuvo lugar en fecha 29 de julio de 2019, en tanto el desistimiento de la oferta fue presentado en fecha 20 de agosto del 2019.

El hecho de presentarse a una licitación engendra un vínculo entre el oferente y la Administración (supeditado a una eventual adjudicación) que presupone el cumplimiento de determinadas reglas en ese



NO A PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°:6029/2020.

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD. SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.

EXTRACTO: S/SANCION ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA SUIZO ARGENTINA S.A.-

DICTAMEN ALG N°

73/211.-

marco precontractual, entre las que se encuentra el mantenimiento de la oferta. Por ende, el incumplimiento de una de ellas, en el caso, el retiro de la oferta antes del plazo indicado por la norma, acarrea la consiguiente penalidad, que justamente es la que establece el artículo 93 del Decreto 470/73 en los siguientes términos: "... 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...".

A raíz del obrar de la firma recurrente y a tenor de lo estipulado en el reglamento referenciado, el Ministerio de Salud procedió a dictar el acto administrativo que aplica la penalidad establecida en el artículo 93, ésta es, la pérdida de la garantía de oferta consistente en el 1% del valor total de la oferta.

En consecuencia, luce acertada la interpretación de los hechos y la aplicación del derecho realizada por la Administración Pública Provincial en la Resolución N° 3084/20 a diferencia de la interpretación normativa realizada por el recurrente en su impugnación. En tal sentido, el primero de los argumentos planteados por la recurrente debe desestimarse.

Por otro lado, respecto a la pretensión de la recurrente de ampararse en lo estatuido en el artículo 98 del Decreto 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..."*, cabe decir que yace huérfana de toda la fundamentación y prueba jurídica atendible.



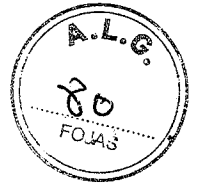
NO A PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°:6029/2020.

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD. SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.

EXTRACTO: S/SANCION ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA SUIZO ARGENTINA S.A.-

DICTAMEN ALG N°

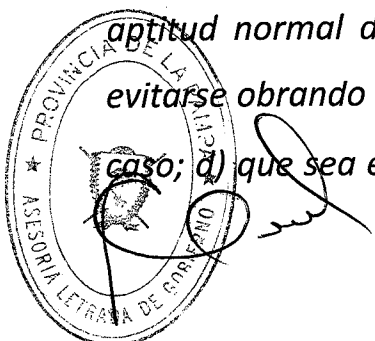
73/211

Para analizar dicha objeción, primero debemos partir de la premisa jurídica que todo aquel que alega un hecho en base al cual funda un derecho debe necesariamente probarlo, y en segundo lugar, conceptualizar el caso fortuito y fuerza mayor.

En el derecho argentino las expresiones caso fortuito y fuerza mayor son expresiones equivalentes. Si nos atenemos a lo señalado en el Código Civil y Comercial de la Nación, que considera ambos términos como sinónimos, de acuerdo al artículo 1730 se trata de "... hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado...".

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" (CSJN, "Usina Popular y Municipalidad de Tandil Sociedad de Economía Mixta c/ Provincia de Buenos Aires (OCEBA) s/ demanda contencioso administrativa", MJ-JU-M-73212-AR-MJJ73212).

De igual manera, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que las características para que se configure el caso fortuito o 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



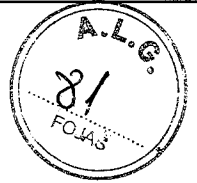
NO A PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°:6029/2020.

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD. SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.

EXTRACTO: S/SANCION ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA SUIZO ARGENTINA S.A.-

DICTAMEN ALG N°

73/211.-

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).

A mayor abundamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que “... *la prueba del 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 causal exonerante*” (C.S.J.N, Fallos: 321:1117, M-.211.XXIII, “Martinez” del 28-IV-1998).

En el ámbito público, los requisitos enunciados, se entienden como “*o bien una imposibilidad absoluta para el cumplimiento del contrato; o bien, como una aguda onerosidad sobreviviente, sin que ello implique perder su unidad sistemática. Si nos paramos en la primera de las definiciones, estaremos ante la "fuerza mayor" como causal de extinción del contrato, ello por cuanto se ha tornado de imposible cumplimiento las prestaciones asumidas. Por el otro lado, si el contrato puede continuar existiendo, pero su cumplimiento puede llevar a una situación de desventaja patrimonial profunda a una de las partes; estaremos ante la aplicación de la teoría de la imprevisión*” (Krieger, W, La Ley Cita Online:AR/DOC/5749/2010).

La variación del tipo de cambio durante el segundo cuatrimestre del año 2019 alegada por el recurrente, no resulta entonces una



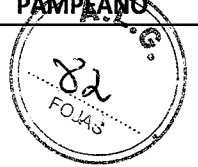
NO A PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°:6029/2020.

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD. SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.

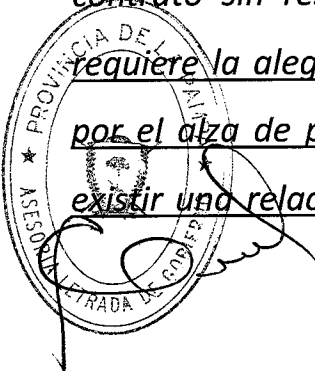
EXTRACTO: S/SANCION ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA SUIZO ARGENTINA S.A.-

DICTAMEN ALG N° 73/21

causa de fuerza mayor o caso fortuito, sino un caso de aguda onerosidad sobreviniente donde "el contrato puede continuar existiendo, pero su cumplimiento puede llevar a una situación de desventaja patrimonial profunda a una de las partes" (Krieger, W, La Ley Cita Online:AR/DOC/5749/2010).

La aguda onerosidad sobreviniente aludida precedentemente se encuentra regulada en el artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación y su aplicación a los contratos administrativos es receptada jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fundamentos en los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional. (Véase causa, "J. J. Chediak SA v. Estado nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/nulidad de resolución").

Del mismo modo que el Máximo Tribunal, y en relación a la prueba de la imprevisibilidad de la onerosidad, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en causa Hormigovial S.A. v. Municipalidad de la Plata del 27-06-2007, ha dicho " ...La determinación de una mayor onerosidad sobreviniente en la ejecución de un contrato administrativo puede ser juzgada con auxilio de la teoría de la imprevisión, incorporándola al derecho administrativo, limitando las facultades del particular contratista a la posibilidad de gestionar una compensación que le permita continuar el contrato sin rescisión..."; "...La aplicación de la teoría de la imprevisión requiere la alegación y prueba de que el quebranto o trastorno ocasionado por el alza de precios haya superado el álea normal del negocio, debiendo existir una relación directa, entre el hecho alegado y el trastorno producido



NO A PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°:6029/2020.

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD. SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.

EXTRACTO: S/SANCION ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA SUIZO ARGENTINA S.A.-

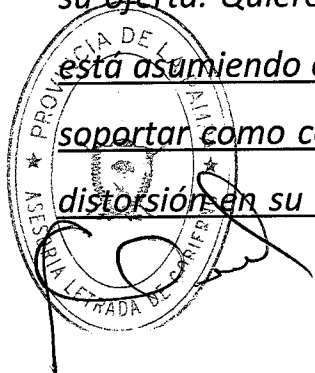
DICTAMEN ALG N°

73/211.-

en la ejecución del contrato, estando a cargo del cocontratante la prueba de esa relación; se exige un grave desequilibrio de las contraprestaciones pues el Estado no puede convertirse en garante del nivel de renta del contratista...".

Por otra parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial tiene dicho que: "Si bien el instituto de la imprevisión funciona en el área del derecho comercial, debe aplicarse teniendo en cuenta la profesionalidad del comerciante en quien hay que suponer ciertas capacidades mínimas en el manejo y administración de sus negocios" (C. Nac. Civ., Sala C., 01.09.05, Inversora Azucarera S.A. c. Cía. Swift de La Plata S.A.F. y otros).

Considerando la naturaleza ius publicista del caso, resulta menester reparar en el contratista y en consecuencia, traer a colación la opinión de la Procuración del Tesoro de la Nación, que en el dictamen ya citado expresó: "...En materia de contrataciones del Estado el principio rector es el de riesgo y ventura del empresario, y su responsabilidad, con ciertos matices, como ser desequilibrios causados por los hechos ajenos e imprevisibles y por los hechos del propio Estado – contratante o no contratante..."; "...Quien contrata con el Estado tiene cierta capacidad y experiencia para los negocios y por tanto, goza de ciertos conocimientos respecto de los bienes cotizados que necesariamente considerará al presentar su oferta. Quiere decir, entonces, que al presentar su propuesta, el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que eventualmente deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan



NO A PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°:6029/2020.

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD. SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.

EXTRACTO: S/SANCION ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA SUIZO ARGENTINA S.A.-

DICTAMEN ALG N°

73/211.-

lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito, etc...".

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 lo 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).

Detallado el contexto normativo, la doctrina y jurisprudencia imperante en la materia, se puede concluir que en el caso de marras la firma SUIZO ARGENTINA S.A. no acreditó a través de la presentación de prueba alguna los extremos necesarios que configuran un caso fortuito o de fuerza mayor como tampoco cumplió con la forma prevista en el artículo 99 del Reglamento de Contrataciones para la articulación de dichas causales. Asimismo, de pretender ampararse en la teoría de la imprevisión, la quejosa no demostró la real incidencia que la devaluación de la moneda nacional tuvo en el costo de los medicamentos comprometidos a entregar a través de la presentación de la oferta, cabiéndole al contratista la aplicación del principio rector en materia de contrataciones "de riesgo y ventura del empresario".

IV- Consideración Final:

Por todo lo expuesto, en el marco de las atribuciones otorgadas a este Órgano Asesor -Ley N° 507-, ésta Asesoría



NO A PORTEZUELO
EN MANOS DE
MENDOZA



DONAR ÓRGANOS
ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL
TAMBIÉN ES
PAMPEANO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno



EXPEDIENTE N°:6029/2020.

INICIADOR: MINISTERIO DE SALUD. SUBSECRETARIA DE ADMINISTRACION.

EXTRACTO: S/SANCION ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 93 DEL DECRETO REGLAMENTARIO 470/73 A SER APLICADA A LA FIRMA SUIZO ARGENTINA S.A.-

DICTAMEN ALG N° 73/211.-

Letrada de Gobierno, recomienda el rechazo del Recurso Jerárquico interpuesto en subsidio en base a los fundamentos expuestos.

ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO - Santa Rosa, 6 ABR 2021



Griselda OSTERTAG
Griselda OSTERTAG
ABOGADA
Asesora Letrada de Gobierno
Provincia de La Pampa