



## MINISTERIO DE SALUD

### Resolución 1039/2021

#### RESOL-2021-1039-APN-MS

Ciudad de Buenos Aires, 16/04/2021

VISTO el expediente EX-2020-39009686-APN-SSGA#MS y sus vinculados EX-2018-52852919-APN-DD#MSYDS, EX-2020-40706856-APN-SSGA#MS y EX-2019-76773232-APN-DD#MSYDS, los Decretos N° 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 y, N° 1030 del 15 de septiembre de 2016, las Resoluciones de la entonces SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° 1035 de fecha 28 de junio de 2019 y N° 2753 de fecha 25 de octubre de 2019, y

#### CONSIDERANDO:

Que mediante la Decisión Administrativa N° 1075 de fecha 22 de mayo de 2018 se aprobó y adjudicó la Licitación Pública N° 25/17 (80-0025-LPU17) del MINISTERIO DE SALUD, llevada a cabo para la adquisición de anticonceptivos.

Que en la citada Licitación Pública resultó adjudicataria, entre otras, la firma MR PHARMA S.A. respecto del renglón 3, emitiéndose en consecuencia la Orden de Compra 80-1089-OC18 por la suma de PESOS SETENTA MILLONES (\$ 70.000.000) quedando perfeccionado el contrato el 4 de junio de 2018.

Que con fecha 19 de octubre de 2018 la mencionada firma presentó ante la titular del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL una solicitud de recomposición de contrato, con fundamento en la aplicación del artículo 13 del Decreto N° 1023/01 y del artículo 96 del Decreto Reglamentario N° 1030/16.

Que en su presentación MR PHARMA S.A. sostuvo que entre la fecha de apertura de ofertas -11/01/2018- y la fecha de ejecución de la orden de compra, habían acontecido circunstancias en la política económica que repercutieron en forma contundente en los costos de la prestación requerida y agregó que la realidad económica había afectado de manera directa su ecuación económica financiera en la prestación de la orden de compra en cuestión.

Que la citada firma acompañó un cuadro denominado "Estructura de costos" sobre el que fundó un presunto aumento de sus costos de un 87.40 % desde diciembre de 2017 a octubre de 2018.

Que con fecha 26 de octubre de 2018 la entonces DIRECCIÓN DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA informó que, "...a la fecha este Ministerio tendría que haber recibido el 100% de lo adjudicado y solo recepcionó el 35%" y sugirió la remisión de las actuaciones a la DIRECCIÓN DE ECONOMÍA DE LA SALUD.



Que esta última Dirección, en fecha 27 de noviembre de 2018, adjuntó el denominado “Informe de Razonabilidad de precios”, en el que analizó el nuevo precio requerido por el proveedor en relación con la evolución de distintas variables económicas en el periodo diciembre/2017 - septiembre/2018, considerando de esta manera 6 meses anteriores al perfeccionamiento del contrato, el cual operara el 4 de junio de 2018.

Que en el informe referido se presentó un rango de precios para la eventual actualización, con un límite inferior de 15,1 % y uno superior el 35,3 %, por encima del precio adjudicado.

Que posteriormente la entonces DIRECCIÓN DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA brindó su conformidad “a la decisión tomada respecto al pedido de renegociación de la firma MR. PHARMA”, indicando asimismo que “Respecto al monto aceptado para readecuar el precio original de la firma antes mencionada en la Licitación Pública N° 80-0025-LPU17, Orden de Compra 80-1089-OC18, brindamos conformidad a que dicho monto sea del 30 % por encima del valor adjudicado”.

Que manifestó tomar tal decisión en base a los parámetros sugeridos en el Informe de Razonabilidad de precios, expresando asimismo haber tomado en cuenta las “...posibilidades presupuestarias de esta Dirección para responder al pedido de readecuación de precio”.

Que finalmente indicó que el aumento se aplicaría sobre un total de 1.042.400 ampollas (65 % de la orden de compra), las que al momento del pedido de renegociación por parte del proveedor se encontraban pendientes de entrega a pesar de estar vencidos los plazos establecidos en el pliego que rigió la contratación.

Que las entonces SUBSECRETARÍA DE PROMOCIÓN DE LA SALUD Y PREVENCIÓN DE LA ENFERMEDAD y SECRETARÍA DE PROMOCIÓN DE LA SALUD, PREVENCIÓN Y CONTROL DE RIESGOS prestaron conformidad al aumento del precio en un 30 % de los insumos referidos.

Que mediante Resolución de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° 1035 de fecha 28 de junio de 2019 se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma MR PHARMA S.A., en el marco de la Licitación Pública N° 25/17, para la Orden de Compra 80-1089-OC18, por la suma total de PESOS TRECE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS (\$ 13.681.500,00).

Que mientras tramitaba el pedido de renegociación, mediante la Resolución Secretarial N° 724 de fecha 26 de abril de 2019 se amplió en un VEINTE POR CIENTO (20 %) el suministro contratado oportunamente con la firma MR PHARMA S.A. emitiéndose la Orden de Compra ampliatoria 80-1065-OC19 por la suma total de PESOS CATORCE MILLONES (\$ 14.000.000).

Que con fecha 26 de agosto de 2019 MR PHARMA S.A. efectuó una nueva presentación requiriendo que la renegociación otorgada sobre la orden de compra original se aplique también a la orden de compra ampliatoria.

Que adoptando el porcentaje de actualización otorgado para la Orden de Compra 80-1089-OC18, mediante la Resolución de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD N° 2753 de fecha 25 de octubre de 2019 se aprobó la renegociación de precios para la Orden de Compra ampliatoria 80-1065-OC19, por la suma total de PESOS



CUATRO MILLONES DOSCIENTOS MIL (\$ 4.200.000).

Que las renegociaciones otorgadas se justificaron en el artículo 96 del reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/2016, expresándose en los considerandos de ambas resoluciones que “el pedido que aquí se analiza versa sobre reclamos de renegociación de precios adjudicados a causa de desequilibrios sobrevinientes, motivo por el cual no se trata de una situación vedada por la norma”.

Que el citado artículo 96 exige, para la procedencia de la renegociación de precios, la configuración de los siguientes supuestos: 1) se debe tratar de un contrato de suministro de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios, 2) deben existir circunstancias externas y sobrevinientes a la celebración del contrato, y 3) dichas circunstancias deben afectar de modo decisivo el equilibrio contractual.

Que, en tal sentido, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES se ha pronunciado reiteradamente acerca de las condiciones que deben verificarse a fin de hacer lugar a una renegociación de precios, expresando en su Dictamen identificado como IF-2016-03065258-APN-ONC#MM: “el proveedor deberá acreditar, en el marco de un contrato vigente -ya sea de suministro de ejecución diferida o de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios- el acaecimiento de circunstancias externas e imprevisibles, sobrevinientes a la celebración del contrato, que hayan alterado de modo decisivo el equilibrio contractual, tornando excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo. A tal fin deberá acompañar la documentación pertinente y/u ofrecer los demás medios de prueba que a tal fin considere necesarios, junto a una explicación circunstanciada de la afectación que las mismas pudieron haber tenido sobre las obligaciones que sobre él recaen”.

Que siendo condición sine qua non que las circunstancias externas hayan acaecido en forma sobreviniente a la celebración del contrato, aquellas indefectiblemente debían ocurrir con posterioridad a la notificación de la pertinente orden de compra.

Que la Orden de Compra 80-1089-OC18 fue notificada el 4 de junio de 2018, no obstante se consideró la evolución de variables desde seis meses anteriores para determinar el nuevo precio.

Que la renegociación fue aprobada sin constatar, mediante elementos convictivos suficientes, la existencia de circunstancias sobrevinientes acaecidas entre el perfeccionamiento del contrato y la solicitud de renegociación, ni que las mismas afectaran de modo decisivo el equilibrio contractual.

Que sumado a ello, la renegociación recayó sobre productos cuya entrega se hallaba en mora, otorgándosele al proveedor un beneficio por su incumplimiento contractual.

Que la renegociación no es un instrumento previsto en la legislación para garantizar las utilidades de los proveedores excluyendo el riesgo empresario y el alea natural de todo contrato, sino por el contrario es un mecanismo de aplicación restrictiva cuya utilización debe encontrarse sumamente justificada, toda vez que altera las condiciones del contrato, asumiendo el Estado la obligación de pagar sumas adicionales a las pactadas originalmente.



Que MR PHARMA S.A., como otras firmas experimentadas y habituadas a cotizar en licitaciones, no ignora los tiempos de tramitación e incluye en el valor de sus propuestas la proyección de sus costos, con el objeto de asegurar la rentabilidad de la contratación.

Que durante el transcurso del procedimiento de contratación hasta el perfeccionamiento del contrato, si el oferente estima que no le resulta conveniente mantener su oferta tiene la posibilidad de no renovarla o retirar la misma.

Que la renegociación concedida no sólo resulta de ilegalidad manifiesta, sino que además atenta contra el principio de igualdad y concurrencia de los interesados y oferentes, toda vez que fueron alteradas las reglas de la contratación con posterioridad a la apertura de ofertas.

Que asimismo el procedimiento llevado a cabo para otorgar la actualización de precios violentó otro principio fundamental de las contrataciones que es el de transparencia, toda vez que la renegociación fue aprobada sin atribuciones y omitiendo su publicación en el Boletín Oficial y en el portal de compras públicas.

Que la adjudicación a favor de MR PHARMA S.A. fue realizada por la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, por lo que la renegociación era una facultad exclusiva de su titular, cuyo trámite hubiera requerido tanto la intervención previa como el refrendo del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL, de donde dependía la ex SECRETARIA DE GOBIERNO DE SALUD.

Que así entonces, la renegociación fue concedida por la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD eludiendo la obligatoria intervención del Jefe de Gabinete de Ministros y de la entonces Ministra de Salud y Desarrollo Social, en violación de las normas vigentes, atentando contra los principios que rigen las contrataciones públicas y obligando al Estado al pago de \$ 17.881.500 adicionales a las sumas aprobadas originalmente.

Que, por otra parte, debe considerarse asimismo descartada la aplicación de la teoría de la imprevisión, prevista actualmente en el artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación y receptada en el ámbito del derecho público.

Que respecto a esta teoría la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES en su Dictamen N° 205/2013 ha dicho: "la aplicación del artículo 1198 del Código Civil exige que la prestación a cargo de una de las partes se haya tornado excesivamente onerosa por acontecimientos imprevisibles, tornándose necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente y que permita apreciar si se produjo o no un desequilibrio en la ecuación económico financiera (Cfr. Dictámenes PTN 259:222)...".

Que la improcedencia de su aplicación al caso se motiva en que los hechos alegados para fundamentar el presunto desequilibrio del contrato fueron anteriores a su perfeccionamiento, lo cual impide reputarlos como sobrevinientes y menos imprevisibles, sin perjuicio de que, más allá de la ausencia de estos presupuestos esenciales, no se haya acreditado desequilibrio alguno.

Que asimismo al momento de efectuar la solicitud de renegociación de precios la firma MR PHARMA S.A. se encontraba en mora en la entrega.





Que al respecto la PROCURACION DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que "...para que resulte procedente una reclamación a título de aplicación de la teoría de la imprevisión, deben acreditarse... que no haya mora ni culpa del contratista" (Dictámenes PTN 259:222, 261:367).

Que en otro orden, conforme el régimen jurídico establecido mediante la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549, el acto administrativo debe cumplir con todos los requisitos enumerados en su artículo 7° para ser considerado regular y así producir los efectos jurídicos para los cuales ha sido dictado.

Que de acuerdo con lo prescripto en su artículo 14, la ausencia o un vicio grave en alguno de tales requisitos esenciales tienen como consecuencia la nulidad absoluta e insanable del acto en cuestión.

Que en lo que concierne a la causa como elemento del acto, la doctrina sostiene que "...de la norma surge que el acto administrativo debe sustentarse en hechos y antecedentes y en el derecho aplicable, lo que significa que aquél debe contar con el debido respaldo fáctico y jurídico (Pozo Gowland)...". (Conf. Régimen de Procedimientos Administrativos, Ley 19.549, Texto Revisado, ordenado y comentado por Tomás Hutchinson).

Que en virtud de lo expuesto, la Resolución N° 1035/19 de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD de fecha 28 de junio de 2019 se encuentra afectada de nulidad absoluta por vicios en la causa, lo que se verifica cuando, analizando la razón que justificó su emisión, los antecedentes de hecho y de derecho invocados no se corresponden con la realidad objetiva (Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal, Sala V, 2/5/96, "Encotel", JA, 2000-IV-49, secc. Índice, sum. 5. Hutchinson, Tomás, Régimen de Procedimientos Administrativos, 8° edición actualizada y ampliada, pág. 134).

Que, asimismo, teniendo en consideración que el objeto de todo acto administrativo tiene que reunir los caracteres de licitud, certeza y posibilidad física y jurídica, debiendo la Administración verificar que los hechos se subsuman en el antecedente fáctico establecido por la norma, la renegociación de precios, que constituye el objeto de la Resolución Secretarial cuestionada, fue aprobada en contradicción con la normativa que rige en la materia al no encontrarse configurados los supuestos contemplados en el artículo 96 del Decreto N° 1030/2016.

Que la citada Resolución también adolece de un vicio en la competencia, atento a que el entonces Secretario de Gobierno de Salud no se encontraba facultado para proceder a la renegociación de los precios oportunamente adjudicados en el marco de la Licitación Pública N° 25/17 aprobada mediante Decisión Administrativa N° 1075/2018.

Que la atribución para aprobar la renegociación correspondía exclusivamente al Jefe de Gabinete de Ministros, en tanto implicaba la modificación de los términos de la adjudicación por él aprobada.

Que ante la existencia de un acto administrativo viciado en sus elementos esenciales, el principio de legitimidad que debe ostentar la actividad de la administración pública prima sobre el principio de estabilidad de los actos administrativos, impidiendo así que pueda tolerarse la existencia de dichos actos cuando los mismos contrarían el ordenamiento jurídico.



Que de ningún modo puede ampararse la subsistencia de un acto irregular, máxime cuando el mismo genera a favor de un tercero un derecho subjetivo que se traduce en un perjuicio económico para el Estado, toda vez que le impone al mismo la obligación de pagar una suma de dinero.

Que en ese entendimiento, la solución que brinda la citada Ley de Procedimiento Administrativo está contenida en la segunda parte de su artículo 17, el cual dispone que: “El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”.

Que, en tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “AFIP –DGI s/ solicita revocación de acto administrativo – acción de lesividad contencioso administrativo” (Sentencia del 17 de diciembre de 2013, A. 212. XLVII) ha sostenido: “...la acción de lesividad prevista en el art. 17 in fine de la ley de procedimientos administrativos tiene por objeto esencial el establecimiento del imperio de la juridicidad vulnerada por un acto viciado de nulidad absoluta pero que, por haber generado prestaciones que están en vías de cumplimiento, su subsistencia y efectos sólo pueden enervarse mediante una declaración judicial en tal sentido (Fallos: 314:322, entre otros)”.

Que atento que la Resolución N° 1035/2019 de la entonces SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD, afectada de nulidad absoluta por las irregulares señaladas, se encuentra firme y consentida y que además generó derechos subjetivos cumplidos, de conformidad con el informe de la DIRECCIÓN DE TESORERÍA Y CONTABILIDAD -el que da cuenta de la cancelación total efectuada en concepto de renegociación de precios aplicables a la Orden de Compra 80-1089-OC18, corresponde que su declaración de nulidad se efectúe en sede judicial.

Que conforme lo ha manifestado reiteradamente la Oficina Nacional de Contrataciones, “...la ampliación de un contrato no configura un nuevo vínculo contractual sino que debe considerarse parte del mismo ya que se trata de una circunstancia accidental en su ejecución...” (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 137/06, 205/13, 14/15 y 81/15, entre otros).

Que de acuerdo a lo informado por la DIRECCIÓN DE TESORERÍA Y CONTABILIDAD también se efectuó la cancelación total en concepto de renegociación de precios respecto de la Orden de Compra 80-1065-OC19.

Que en atención a lo expuesto, corresponde asimismo la declaración de nulidad en sede judicial de la Resolución Secretarial N° 2753/2019.

Que, en consecuencia, corresponde ordenar a la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JUDICIALES de este Ministerio la promoción de la respectiva acción de lesividad, de la denuncia penal por la posible comisión de delito en perjuicio de la Administración Pública y de las acciones judiciales tendientes al recupero de las sumas abonadas en concepto de las renegociaciones aprobadas mediante los actos administrativos cuya nulidad deberá ser declarada en sede judicial.

Que, asimismo, se dispone la instrucción de un sumario administrativo y las debidas comunicaciones a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y a la PROCURADURÍA DE



INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Que han tomado la intervención de su competencia la SUBSECRETARÍA DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA y la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por la Ley de Ministerios, sus complementarias y modificatorias y por el artículo 17 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549.

Por ello,

LA MINISTRA DE SALUD

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Instrúyase a la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JUDICIALES para que inicie acción de lesividad respecto de la Resolución de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° 1035 de fecha 28 de junio de 2019, por la cual se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma MR PHARMA S.A. en el marco de la Licitación Pública 80-0025-LPU17, respecto a la Orden de Compra 80-1089-OC18, por la suma total de PESOS TRECE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS (\$ 13.681.500), por hallarse viciada de nulidad absoluta de conformidad con los fundamentos expuestos en los considerandos de esta Resolución.

ARTÍCULO 2º.- Instrúyase a la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JUDICIALES para que inicie acción de lesividad respecto de la Resolución de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° 2753 de fecha 25 de octubre de 2019, por la cual se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma MR PHARMA S.A. en el marco de la ampliación de la Licitación Pública 80-0025-LPU17, respecto a la Orden de Compra 80-1065-OC19, por la suma total de PESOS CUATRO MILLONES DOSCIENTOS MIL (\$ 4.200.000), por hallarse viciada de nulidad absoluta de conformidad con los fundamentos expuestos en los considerandos de esta Resolución.

ARTÍCULO 3º.- Instrúyase por medio de la DIRECCIÓN DE SUMARIOS un sumario administrativo con el objeto de esclarecer los hechos y circunstancias relativos a la aprobación de los actos administrativos referidos en los artículos 1º y 2º, de conformidad con lo previsto en el Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por el Decreto N° 467 de fecha 5 de mayo de 1999 y sus normas complementarias.

ARTICULO 4º.- Instrúyese a la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JUDICIALES a formular denuncia penal por la posible comisión de delito en perjuicio de la Administración Pública.

ARTÍCULO 5º.- Instrúyese a la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JUDICIALES a que oportunamente inicie las acciones judiciales tendientes al recupero de las sumas abonadas en concepto de las renegociaciones aprobadas mediante los actos administrativos cuya nulidad deberá ser declarada en sede judicial.

ARTÍCULO 6º.- Comuníquese la presente Resolución a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y a la PROCURADURÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.



ARTÍCULO 7º.- Notifíquese a MR PHARMA S.A., de acuerdo con lo establecido en los artículos 39 y siguientes del Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1.759/72 - T.O. 2017.

ARTÍCULO 8º.- La presente medida podrá ser recurrida conforme a lo establecido por los artículos 84 y 89 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto 1759/72 - T.O. 2017, dentro de los DIEZ (10) y QUINCE (15) días hábiles, respectivamente, de su notificación.

ARTÍCULO 9º.- Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese.

Carla Vizzotti

e. 20/04/2021 N° 24641/21 v. 20/04/2021

**Fecha de publicación 20/04/2021**

