



MINISTERIO DE SALUD

Resolución 832/2021

RESOL-2021-832-APN-MS

Ciudad de Buenos Aires, 15/03/2021

VISTO el expediente EX-2020-40705747-APN-SSGA#MS y sus vinculados EX-2018-21335888-APN-DNMIA#MS y EX-2018-51587539-APN-DD#MSYDS, el Decreto N° 1023 de fecha 13 de agosto de 2001, el Decreto N° 1030 del 15 de septiembre de 2016 y la Resolución de la SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° 1762 de fecha 4 de septiembre de 2019, y

CONSIDERANDO

Que mediante la Decisión Administrativa N° 71 de fecha 9 de febrero de 2018 se aprobó y adjudicó la Licitación Pública N° 80-0021-LPU16 del MINISTERIO DE SALUD, llevada a cabo para la adquisición de leche fortificada en polvo, que tramitara por el expediente EX-2017-15803270-APN-DD#MS.

Que en la citada Licitación Pública resultó adjudicataria, entre otras, la firma MANFREY COOPERATIVA DE TAMBEROS DE COMERCIALIZACION E INDUSTRIALIZACION LIMITADA respecto de los renglones 1, 2, 4 y 5, emitiéndose en consecuencia la Orden de Compra N° 80-31-OC18 por PESOS SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL (\$ 76.280.000), quedando perfeccionado el contrato el 20 de marzo de 2018.

Que por la Resolución del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL identificada como RESOL-2019-8-APN-MSYDS, del 10 de enero de 2019, se dispuso la ampliación en un VEINTE POR CIENTO (20 %) de la Orden de Compra N° 31/18 correspondiente a la Licitación Pública 21/16, emitiéndose en consecuencia la Orden de Compra N° 3/19, perfeccionada el 22 de enero de 2019.

Que con fecha 12 de octubre de 2018, poco más de tres meses antes del dictado de la resolución por la que se dispuso la ampliación, MANFREY presentó ante este organismo una solicitud de renegociación de precios sobre la ampliación de la Licitación Pública 21/16 respecto de todos los renglones en los que había resultado adjudicataria, dando inicio al expediente EX-2018-51587539-APN-DD#MSYDS.

Que en su presentación MANFREY argumentó que los precios adjudicados habían quedado totalmente distorsionados, ya que la apertura de ofertas había ocurrido el 10 de enero de 2017, producido por el transcurso del tiempo transcurrido en circunstancias "...extremas y sobrevinientes que afectan de modo decisivo el equilibrio contractual."

Que en su nota, la firma mencionada solicitó un precio nuevo por kilo de leche en polvo de PESOS CIENTO SESENTA Y SIETE CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 167,74), detallando en forma escueta y genéricamente su estructura de costos, la que se habría incrementado en un SETENTA Y CINCO POR CIENTO



(75 %) desde la fecha de apertura de ofertas hasta el mes de agosto del 2018.

Que dándose curso a la tramitación de dicho pedido, la DIRECCIÓN DE ECONOMÍA DE LA SALUD adjuntó el denominado “Informe de razonabilidad de precios”, sobre el nuevo precio requerido por el proveedor, en el que se utilizaron diversos índices que abarcaban desde el mes anterior a la fecha de apertura (diciembre 2016) hasta el mes anterior a la realización del informe (octubre 2018).

Que la aplicación de las variables descriptas en dicho Informe arrojó un límite inferior (“28,17%”) y un límite superior (“40,86%”) de precio para el producto adquirido, estimándose razonable que la renegociación se ubicara dentro de tales bandas.

Que la DIRECCIÓN NACIONAL DE MATERNIDAD, INFANCIA Y ADOLESCENCIA consideró pertinente readecuar los precios oportunamente ofertados, en un porcentaje no menor al TREINTA POR CIENTO (30 %) de acuerdo a los valores porcentuales aludidos en el “informe de razonabilidad de precios”.

Que la citada Dirección fundamentó su postura y solicitó que se diera curso a la renegociación de precios peticionada, atento la falta de stock del insumo de referencia para satisfacer la demanda y cumplir con la normativa vigente.

Que la SUBSECRETARÍA DE PROMOCIÓN DE LA SALUD Y PREVENCIÓN DE LA ENFERMEDAD y la SECRETARÍA DE PROMOCIÓN DE LA SALUD, PREVENCIÓN Y CONTROL DE RIESGOS prestaron su conformidad a lo informado por la DIRECCION NACIONAL DE MATERNIDAD, INFANCIA Y ADOLESCENCIA.

Que posteriormente la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES efectuó el “CÁLCULO RECOMPOSICIÓN PRECIO UNITARIO ORDEN DE COMPRA 3/19 MANFREY COOP TAMB”, resultando una diferencia con la Orden de Compra N° 3/19 de PESOS CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA SEIS MIL OCHOCIENTOS (\$ 4.576.800).

Que mediante la Resolución de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° 1762 de fecha 4 de septiembre de 2019, se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma MANFREY COOPERATIVA DE TAMBEROS DE COMERCIALIZACION E INDUSTRIALIZACION LIMITADA, en el marco de la Licitación Pública N° 21/16, para la Orden de Compra N° 80-3-OC19 por la suma de PESOS CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS (\$ 4.576.800), los que debían adicionarse a los montos originales previstos en la referida orden de compra.

Que tal decisión se sustentó –conforme se expresa en los considerandos del acto administrativo aludido- en el artículo 96 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/2016, por entender 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 la citada norma, reglamentaria del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1023/2001 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 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 MANFREY COOPERATIVA DE TAMBEROS DE COMERCIALIZACION E INDUSTRIALIZACION LIMITADA interpuso su solicitud de renegociación de los precios sobre la ampliación del 20% de las entregas de productos a su cargo el 12 de octubre de 2018, es decir, más de tres (3) meses antes de la notificación de la Orden de Compra N° 3/19, invocando hechos que habrían alterado la ecuación económico financiera del contrato desde enero de 2017 a la fecha de su presentación.

Que por consiguiente, la admisibilidad de la renegociación en los términos del artículo 96 del Decreto N° 1030/2016 exigía la comprobación, en forma fehaciente y documentada, de la existencia de un contrato vigente y de hechos externos e imprevisibles ocurridos con posterioridad al 22 de enero de 2019, y que hubieran provocado la afectación decisiva del equilibrio contractual.

Que el análisis de tal cuestión fundamental y determinante fue omitido por las diversas áreas, otorgándose la aprobación de la renegociación de los precios oportunamente adjudicados, a la que se dio curso con la sola presentación de la firma, en la que ésta se limitó a invocar la variación porcentual dentro de su estructura de costos con cita de índices de precios de enero de 2017 a agosto del 2018, es decir, de hechos ocurrido más de doce meses antes al perfeccionamiento del contrato.

Que de ello se colige que las áreas intervinientes prestaron su conformidad considerando únicamente el faltante de stock del insumo adquirido y para cumplir con los objetivos propios de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MATERNIDAD, INFANCIA Y ADOLESCENCIA, omitiendo analizar la existencia acabada o no de los requisitos necesarios que deben concurrir a los fines de, en su caso, habilitar la readecuación de precios.

Que, por tanto, no fue merituada la procedencia de un mecanismo de aplicación restrictiva cuya utilización debe encontrarse sumamente justificada, toda vez que altera las condiciones del contrato a favor del proveedor, asumiendo el Estado la obligación de pagar sumas adicionales a las pactadas originalmente.

Que en el caso 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, 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 por ello la renegociación aprobada no solo infringe la normativa aplicable en la materia, sino que además constituye una violación a los principios generales a los que deben ajustarse las contrataciones de la Administración Nacional, en particular el de transparencia y el de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes, toda vez que fueron alteradas las reglas de la contratación.

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 fundamenta en que los hechos alegados por MANFREY para fundamentar el presunto desequilibrio del contrato comenzaron a ocurrir en un período anterior al de su perfeccionamiento, lo cual impide reputarlos como sobrevinientes y menos imprevisibles, sin perjuicio de que, más allá de la ausencia de esto presupuesto esencial, no se halla acreditado desequilibrio alguno.

Que, conforme el régimen jurídico establecido mediante la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 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 tiene 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° 1762/19 de la ex SECRETARIA DE GOBIERNO DE SALUD de fecha 4 de septiembre 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° 80-0021-LPU16, aprobada oportunamente mediante Decisión Administrativa N° 71/2018.

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 contratación 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 Procedimientos Administrativos 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 atento a que el acto afectado de nulidad absoluta se encuentra firme y consentido y que además generó derechos subjetivos cumplidos, de conformidad con el informe de la DIRECCIÓN DE TESORERÍA Y CONTABILIDAD -el que da cuenta de “un único registro de Orden de pago la cual fuera ya cancelada” en concepto de renegociación de precios aplicables a la Orden de Compra 80-3-OC19-, corresponde que la declaración de nulidad de la Resolución N° 1762/2019 emanada de la entonces SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD se efectúe en sede judicial, a través de la interposición de una acción de lesividad.

Que, en tal sentido, cabe recordar el criterio sostenido por 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): “...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 en virtud de las consideraciones vertidas y de conformidad con el criterio establecido en el artículo 17 de la Ley N° 19.549, se encuentran dadas las condiciones para la interposición de una acción de lesividad a fin de obtener en sede judicial la declaración de nulidad del acto administrativo dictado con las irregularidades señaladas.

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 la renegociación aprobada mediante el acto administrativo 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 de este MINISTERIO DE SALUD.

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 Procedimientos Administrativos 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° 1762 de fecha 4 de septiembre de 2019, por la cual se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma MANFREY COOPERATIVA DE TAMBEROS DE COMERCIALIZACION E INDUSTRIALIZACION LIMITADA, en el marco de la Licitación Pública N° 21/16, respecto la Orden de Compra N° 80-3-OC19 ampliatoria de la N° 80-31-OC18, por la suma total de PESOS CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS (\$ 4.576.800.-), por hallarse afectada de nulidad absoluta de conformidad con los fundamentos expuestos en los considerandos.

ARTÍCULO 2º.- Instrúyase por medio de la DIRECCIÓN DE SUMARIOS un Sumario Administrativo con el objeto de esclarecer los hechos y circunstancias relativos a la aprobación del acto administrativo referido en el artículo 1º, 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 3º.- Instrúyase a la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JUDICIALES a formular denuncia penal por la posible comisión de delito en perjuicio de la Administración Pública.

ARTÍCULO 4º.- Instrúyase a la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JUDICIALES a que oportunamente inicie las acciones judiciales tendientes al recupero de las sumas abonadas en concepto de la renegociación aprobada mediante el





acto administrativo cuya nulidad deberá ser declarada en sede judicial.

ARTÍCULO 5º.- Comuníquese la presente Resolución a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y a la PROCURADURÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

ARTÍCULO 6º.- Notifíquese a MANFREY COOPERATIVA DE TAMBEROS DE COMERCIALIZACION E INDUSTRIALIZACION LIMITADA, 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 7º. - Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCIÓN DEL REGISTRO OFICIAL y archívese.

Carla Vizzotti

e. 17/03/2021 N° 15248/21 v. 17/03/2021

Fecha de publicación 17/03/2021

