



NACIONAL



RESOLUCION 994/2020
MINISTERIO DE SALUD (M.S.)

Revócase la resolución 3092/2019.
Del: 09/06/2020; Boletín Oficial 10/06/2020.

VISTO el EX-2020-33871336 -APN-SSGA#MS y su vinculado EX-2019-80546219 - 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° 3092 de fecha 13 de noviembre de 2019, y

CONSIDERANDO:

Que mediante la Decisión Administrativa N° 626 de fecha 26 de julio de 2019 se aprobó y adjudicó la Licitación Pública N° 80-0020-LPU18 de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL, llevada a cabo con el objeto de adquirir anticonceptivos hormonales varios.

Que en la citada Licitación Pública resultó adjudicataria, entre otras, la firma DR. LAZAR & CIA. S.A.Q. e I. respecto de los renglones N° 2 y N° 4, emitiéndose en consecuencia la Orden de Compra N° 80-1105-OC19, perfeccionada el 1 de agosto de 2019, por la suma de PESOS CIENTO DIECISEIS MILLONES SETECIENTOS UN MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO (\$ 116.701.925,00).

Que por nota fechada el 2 de septiembre de 2019, el proveedor referido presentó una solicitud de renegociación de precios sobre la mencionada Orden de Compra, alegando: “La situación económica y financiera en nuestro país ha desmejorado entre el día 10 de enero de 2019 (fecha de apertura) y el día 01 de agosto de 2019 (fecha de la Orden de Compra)...”, agregando que “las principales variables de la economía continuaron deteriorándose de forma acelerada desde el día 01 de agosto hasta el presente”.

Que, asimismo, el mencionado laboratorio al hacer referencia a la devaluación del dólar, indicó que hubo “un incremento del 60,49% desde la fecha de apertura hasta el presente” y concluyó su petición solicitando “una readecuación-renegociación de precios que contemple, al menos, la variación de la cotización del dólar desde la apertura de la licitación (10/01/2019) hasta el día anterior a la presentación de la presente...”.

Que dándose curso al referido reclamo, la entonces DIRECCIÓN DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA elaboró el denominado “Informe de Razonabilidad de Precios”, el cual indicaba la evolución en el período enero/2019-agosto/2019 del Índice de Precios al Consumidor (IPC) y del Índice de Precios Internos Mayoristas (IPIM) en diversos conceptos; arribando así a un rango de precios propuestos para la eventual actualización, que variaba entre el 26,4 % y el 44,6 %.

Que, asimismo, la referida Dirección señaló que su análisis, con relación a la petición efectuada por DR. LAZAR & CÍA. S.A.Q. e I., se fundamentó en el contexto macroeconómico y la alteración de las variables económicas y financieras suscitadas en los últimos meses, circunstancias difíciles de prever para las partes al momento de perfeccionarse el contrato, que pudieron tornar excesivamente onerosa la prestación. Debido, a los reclamos planteados en el marco de hechos sobrevinientes, se estimó razonable dar continuidad a la solicitud de redeterminación de precios dentro de los márgenes detallados en el Informe de Razonabilidad de Precios.

Que con la conformidad de la entonces SUBSECRETARÍA DE PROMOCIÓN DE LA

SALUD Y PREVENCIÓN DE LA ENFERMEDAD, la entonces SECRETARÍA DE PROMOCIÓN DE LA SALUD, PREVENCIÓN Y CONTROL DE RIESGOS consideró “oportuna la readecuación de precios solicitada en la proporción de un 38.8% en relación al precio oportunamente ofertado”.

Que a fin de fijar el monto total de la renegociación se consideró los productos pendientes de entrega a la fecha de la solicitud de readecuación de precios formulada por la firma DR. LAZAR & CIA S.A.Q. e. I.

Que mediante Resolución N° 3092 de fecha 13 de noviembre de 2019 emanada de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL, se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma DR. LAZAR & CIA S.A.Q. e. I., en el marco de la Licitación Pública N° 20/18, para los renglones N° 2 y N° 4, adjudicados mediante la Orden de Compra N° 80-1105-OC19, por la suma total de PESOS TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO VEINTITRES MIL SEISCIENTOS DIEZ CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 37.123.610,64), los que debían ser adicionados al monto ya previsto en la referida Orden de Compra N° 80-1105-OC19.

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, ello implica que aquellas indefectiblemente debieron ocurrir con posterioridad a la notificación de la pertinente Orden de Compra.

Que la Orden de Compra N° 80-1105-OC19 fue notificada el 1 de agosto de 2019 y la firma DR. LAZAR & CIA S.A.Q. e. I. interpuso su presentación el 2 de septiembre de 2019 solicitando la renegociación de los precios de los productos comprendidos en dicha orden.

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 hechos externos acaecidos en el término de un mes que hubieran provocado la afectación decisiva del equilibrio contractual.

Que el análisis de tal cuestión fundamental y determinante fue omitido a lo largo de la totalidad de la tramitación que culminó en 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 circunstancias económicas financieras acontecidas en el país desde los siete meses anteriores al perfeccionamiento del contrato en cuestión, sin exigírsele documentación respaldatoria alguna.

Que la entonces DIRECCIÓN DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA fundamentó la procedencia de la renegociación aludiendo en forma general al “...contexto macroeconómico y la alteración de las variables económicas y financieras suscitadas en los últimos meses...”.

Que el “Informe de Razonabilidad de Precios” elaborado por la mencionada Dirección, se circunscribió a expedirse sobre la variación de diversos índices de precios ocurrida desde enero hasta agosto del año 2019 y la SECRETARÍA DE PROMOCIÓN DE LA SALUD, PREVENCIÓN Y CONTROL DE RIESGOS no brindó motivo alguno al establecer que los precios en cuestión debían ser actualizados en un 38.8%.

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 frente a determinadas circunstancias, asiste a quien contrata con el Estado el derecho esencial al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, pero resulta necesario en forma excluyente que se constate el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 96 del Decreto N° 1030/2016.

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 “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” (IF-2016-03065258 -APN-ONC#MM).

Que por otra parte, durante el transcurso del procedimiento de contratación hasta el perfeccionamiento del contrato, el régimen de compras no habilita la renegociación de precios sino que faculta al proveedor a no renovar el mantenimiento de su oferta - sin penalidad alguna -, sin perjuicio de que éste pueda retirar su propuesta en cualquier momento con una penalidad equivalente al 5% de la misma.

Que a la improcedencia de la renegociación concedida, se suma la cuestión, en lo absoluto menor, del arbitrario porcentaje aplicado para determinar los nuevos precios, el que fue fijado en un 38,8% en forma infundada y sin contemplar el principio de esfuerzo compartido.

Que por ello, la renegociación aprobada no sólo infringe la normativa aplicable en la materia sino que, además, constituye una violación de 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 con posterioridad a la apertura de ofertas.

Que en similar sentido, debe considerarse asimismo descartada la aplicación de la teoría de la imprevisión, contemplada 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 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 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 a lo prescrito en el artículo 14 de la ley en cita, 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° 3092/2019 de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD 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 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 N° 3092/2019, 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, por otra parte, 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° 80-0020-LPU18 aprobada mediante Decisión Administrativa N° 626/2019.

Que la atribución para aprobar la renegociación correspondía al Jefe de Gabinete de Ministro, 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, impidiendo así que pueda tolerarse la existencia de dicho acto cuando el mismo contraría 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 esta Administración, toda vez que le impone a la misma la obligación de pagar una suma de dinero de PESOS TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO VEINTITRES MIL SEISCIENTOS DIEZ CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 37.123.610,64), adicionales al monto originariamente adjudicado de PESOS CIENTO DIECISEIS MILLONES SETECIENTOS UN MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO (\$ 116.701.925,00).

Que en ese entendimiento, la solución que brinda la citada Ley de Procedimientos Administrativos está contenida en la primer 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, pero aún no ha generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, en tanto no se ha efectuado pago alguno correspondiente a la renegociación -según lo informado por la DIRECCIÓN DE TESORERÍA Y CONTABILIDAD-, procede su revocación en sede administrativa.

Que en ese sentido, la Corte Suprema de Justicia en “Astilleros Mestrina S.A. de CYRNICYF c/ Estado Nacional Ministerio de Economía s/ Cobro de sumas de dinero” de fecha 14/09/2010, resaltó que “...las constancias de la causa -reseñadas en el considerando 7°- permiten sostener que la Disposición S.S.A. y N.P. n° 3/03 no generó en favor de la actora derechos subjetivos que se estuviesen cumpliendo al momento de su revocación, pues es a todas luces evidente que dicho acto no fue ejecutado o, tan siquiera, tuvo principio de ejecución. Esta afirmación no se ve afectada por el hecho de que Astilleros Mestrina S.A. haya suscripto un requerimiento de pago en títulos de la deuda pues tal conducta sólo significó un paso en el procedimiento de cobro que en manera alguna resulta suficiente para tener por consolidada una situación patrimonial en su favor. En razón de ello, la Disposición S.S.A. y N.P. n° 35/09 no significó una incursión coactiva de la administración sobre bienes incorporados al patrimonio del particular y, por lo tanto, pudo ser dictada en los términos que autoriza el citado art. 17 de la ley 19.549”.

Que en virtud de las consideraciones vertidas, corresponde proceder a la revocación en sede administrativa por razones de ilegitimidad de la Resolución N° 3092 de fecha 13 de noviembre de 2019 de la SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD que aprobó la renegociación de precios a favor de la firma DR. LAZAR & CIA S.A.Q. e. I., ordenar el correspondiente sumario administrativo a los efectos de esclarecer los hechos y circunstancias relativos a la aprobación del acto administrativo referido, instruir a que se formule denuncia penal por la posible comisión de delito en perjuicio de la Administración Pública y efectuar las pertinentes 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.

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,

El Ministro de Salud
resuelve

Artículo 1°.- Revócase, por ilegitimidad, la Resolución N° 3092 de fecha 13 de noviembre de 2019, emanada de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL, mediante la cual se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma DR. LAZAR & CIA S.A.Q. e. I., en el marco de la Licitación Pública N° 20/18, respecto a la Orden de Compra N° 80- 1105-OC19, por la suma total de PESOS TREINTA Y SIETE MILLONES CIENTO VEINTITRES MIL SEISCIENTOS DIEZ CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 37.123.610,64).

Art. 2°.- Instrúyase por medio de la DIRECCIÓN DE SUMARIOS un Sumario Administrativo a los efectos de esclarecer los hechos y circunstancias relativos a la aprobación del acto administrativo referido en el artículo 1°, 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.

Art. 3°.- Instrúyase a la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JUDICIALES a formular denuncia penal por la posible comisión de delito en perjuicio de la Administración Pública.

Art. 4°.- Comuníquese la presente medida a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y a la PROCURADURÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Art. 5°.- Notifíquese a DR. LAZAR & CIA S.A.Q. e. I., de acuerdo con lo establecido en los artículos 39 y siguientes del Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1.759/72 T.O. 2017.

Art. 6°.- La presente medida podrá ser recurrida conforme a lo establecido por los artículos

84 y 89 del Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1.759/72. T.O. 2017, dentro de los DIEZ (10) y QUINCE (15) días hábiles, respectivamente, de su notificación.

Art. 7°.- Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCION DE REGISTRO OFICIAL y archívese.

Ginés Mario González García

