



NACIONAL



RESOLUCIÓN 1090/2020
MINISTERIO DE SALUD (M.S.)

Instrúyese a la Dirección de Asuntos Judiciales para que inicie acción de lesividad respecto de la Resolución N° 1037/2019, por la cual se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma Klonal S.R.L. en el marco de la Licitación Pública N° 27/17.
Del: 23/06/2020; Boletín Oficial 24/06/2020.

VISTO el EX-2020-36022749-APN-SSGA#MS y su vinculado EX-2018-45826625-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° 1037 de fecha 28 de junio de 2019, y

CONSIDERANDO:

Que mediante la Decisión Administrativa N° [1537](#) de fecha 24 de agosto de 2018 se aprobó y adjudicó la Licitación Pública N° 80-0027-LPU17 del MINISTERIO DE SALUD, llevada a cabo para la adquisición de medicamentos esenciales para el primer nivel de atención.

Que en la citada Licitación Pública resultó adjudicataria, entre otras, la firma KLONAL S.R.L. respecto de los renglones 3, 7, 9, 14, 21, 22, 29, 30, 37, 43 y 46, emitiéndose en consecuencia la Orden de Compra N° 80- 1146-OC18 por PESOS CIENTO CATORCE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS (\$ 114.974.424,85), quedando perfeccionado el contrato el 6 de septiembre de 2018.

Que por nota fechada el 14 de septiembre de 2018, la mencionada firma presentó ante la entonces SUBSECRETARIA DE COORDINACION ADMINISTRATIVA de la ex SECRETARIA DE GOBIERNO DE SALUD una solicitud de renegociación de precios respecto de los renglones adjudicados en la referida licitación, alegando que desde la fecha de apertura de ofertas -1 de diciembre de 2017- hubo una alteración de las variables económicas y financieras internas e internacionales que afectó severamente el equilibrio del contrato.

Que con la referida presentación, la firma aludida adjuntó los nuevos precios propuestos, justificándolos en la evolución de distintas variables durante los 9 anteriores a la firma del contrato.

Que dándose curso a la tramitación, la entonces DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS Y TECNOLOGÍA SANITARIA emitió un informe en el que estimó razonable dar continuidad a la solicitud de “redeterminación” de precios dentro de los márgenes detallados en el denominado “Informe de Razonabilidad” con mero sustento en “...el contexto macroeconómico y la alteración de las variables económicas y financieras suscitadas en los últimos meses del año 2018, circunstancias difíciles de prever para las partes al momento de perfeccionarse el contrato, que pudieron tornar excesivamente onerosa la prestación”.

Que en el citado “Informe de Razonabilidad”, elaborado por la COORDINACIÓN DE MEDICAMENTOS ESENCIALES sobre los nuevos precios solicitados por el proveedor, se utilizaron diversos índices que abarcaban desde la fecha de apertura de ofertas hasta la

fecha presunta de finalización del contrato, considerándose para su estimación la inflación mensual proyectada por el Relevamiento de Expectativas de Mercado (REM). La aplicación de las variables descriptas en dicho informe arrojó un límite inferior y un límite superior de precio para cada producto, estimándose razonable que la renegociación se ubicara dentro de tales bandas.

Que la entonces SUBSECRETARÍA DE PROGRAMACIÓN TÉCNICA Y LOGÍSTICA consideró pertinente tramitar el pedido de “readecuación de precios” solicitado por el adjudicatario y otorgar el valor intermedio entre el límite superior e inferior indicado en el “Informe de Razonabilidad” limitándose a invocar “razones sanitarias, de sustentabilidad, presupuestarias y de oportunidad”.

Que la entonces SECRETARÍA DE COBERTURAS Y RECURSOS DE SALUD compartió los criterios vertidos por las áreas antecesoras, prestando conformidad a la renegociación de precios.

Que mientras tramitaba la renegociación en la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD, mediante Resolución del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° 408 de fecha 20 de mayo de 2019, se aprobó la ampliación del VEINTE POR CIENTO (20%) de la Licitación Pública 27/17 para los renglones 3, 7, 9, 14, 21, 22, 30, 43 y 46, emitiéndose a favor de KLONAL S.R.L. una segunda Orden de Compra (N° 80-1076-OC19 de fecha 23 de mayo de 2019) por PESOS VEINTIÚN MILLONES SETECIENTOS DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTINUEVE CON VEINTIRÉS CENTAVOS (\$ 21.702.829,23).

Que la SECRETARÍA DE COBERTURAS Y RECURSOS DE SALUD solicitó que “...una vez aprobadas las redeterminaciones de precios solicitadas en el marco del presente proceso, aplicar los valores establecidos a las órdenes de compras correspondiente a la ampliación” alegando “...cuestiones de índole de economía procesal con el objeto de realizar procesos más dinámicos y atento a ser los mismos argumentos para los mismos productos...”.

Que mediante Resolución de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD N° 1037 de fecha 28 de junio de 2019 se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma KLONAL S.R.L. en el marco de la Licitación Pública N° 27/17, para las Órdenes de Compra N° 80-1146-OC18 y su complementaria N° 80-1076-OC19, por la suma total de PESOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS QUINCE MIL NOVECIENTOS SESENTA CON VEINTINUEVE CENTAVOS (\$ 58.515.960,29), adicional a la suma aprobada originalmente en concepto de adjudicación y ampliación de PESOS CIENTO TREINTA SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON OCHO CENTAVOS (\$ 136.677.254,08).

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° 1030/2016 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, momento en el que se perfecciona el contrato.

Que la Orden de Compra N° 80-1146-OC18 fue notificada el 6 de septiembre de 2018 y la firma KLONAL S.R.L. interpuso su presentación solicitando la renegociación de los precios de los productos comprendidos en la misma el 14 de septiembre de 2018, es decir

ocho días después de perfeccionado el contrato.

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 los ocho días transcurridos entre la notificación de la orden de compra y la presentación de la solicitud de renegociación, 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 solo con la presentación de la referida firma, sin exigírsele documentación respaldatoria alguna y considerando la evolución de variables durante los 9 meses anteriores al perfeccionamiento del contrato.

Que en ese orden, sin constatar la real afectación del contrato, las autoridades intervinientes en las actuaciones aludieron en forma general al contexto macroeconómico, a la alteración de variables en un periodo muy anterior al perfeccionamiento del mismo, proyectaron la posible evolución de precios en el futuro, invocaron razones sanitarias, de sustentabilidad, presupuestarias y de oportunidad, todo ello para arribar a una actualización de precios a favor del proveedor del CUARENTA Y TRES POR CIENTO (43%).

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 de la contratación, asumiendo el Estado la obligación de pagar sumas adicionales a las pactadas originalmente.

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 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 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 retirarla en cualquier momento con una penalidad equivalente al 5% de la oferta, como efectivamente algunos oferentes hicieron con sus propuestas.

Que por ello la renegociación aprobada en tales condiciones no sólo 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 con posterioridad a la apertura de ofertas en beneficio de KLONAL S.R.L.

Que por otra parte 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 de 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 sobrevivientes 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 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° 1037 de fecha 28 de junio de 2019, de la SECRETARIA 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 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 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° 80-0027-LPU17 aprobada mediante Decisión Administrativa N° 1537/2018.

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 por presentar graves vicios.

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 este 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 que se están cumpliendo, de conformidad con el informe de la DIRECCIÓN DE TESORERIA Y CONTABILIDAD -el que da cuenta de pagos efectuados en concepto de renegociación de precios a favor de KLONAL S.R.L. aplicables a la O.C. 80-1146-OC18-, corresponde que la declaración de nulidad de la Resolución N° 1037/2019 emanada del entonces ex SECRETARIA 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 at. 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 que la DIRECCIÓN DE TESORERIA Y CONTABILIDAD informó asimismo que se encuentran pendientes de cancelación Ordenes de Pago de la referida renegociación de precios aprobada, corresponde ordenar la suspensión de los efectos de la Resolución N° 1037/2019 a fin de impedir su cancelación total.

Que en razón 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 DIRECCION DE ASUNTOS JUDICIALES 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 la Resolución de la ex SECRETARIA DE GOBIERNO DE SALUD N° 1037/2019, cuya nulidad deberá ser declarada en sede judicial.

Que, asimismo procede la instrucción de un sumario administrativo y las debidas comunicaciones a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y a la PROCURADURIA 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 Procedimientos Administrativos N° 19.549.

Por ello,

El Ministro de Salud resuelve:

Artículo 1°.- Instrúyese a la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JUDICIALES para que inicie acción de lesividad respecto de la Resolución de la ex SECRETARIA DE GOBIERNO DE SALUD del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° 1037 de fecha 28 de junio de 2019, por la cual se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma KLONAL S.R.L., en el marco de la Licitación Pública N° 27/17, respecto a las Órdenes de Compra N° 80-1146-OC18 y su complementaria N° 80-1076-OC19, por la suma total de PESOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS QUINCE MIL NOVECIENTOS SESENTA CON VEINTINUEVE CENTAVOS (\$ 58.515.960,29), por hallarse afectada de nulidad absoluta de conformidad con los fundamentos expuestos en los considerandos.

Art. 2°.- Suspéndense los efectos del acto administrativo cuya declaración judicial de nulidad se persigue, en los términos establecidos en el artículo 12 de la Ley N° 19.549.

Art. 3°.- 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 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. 4°.- Instrúyese a la DIRECCION DE ASUNTOS JUDICIALES a formular denuncia penal por la posible comisión de delito en perjuicio de la Administración Pública.

Art. 5°.- Instrúyese 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.

Art. 6°.- Comuníquese la presente resolución a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y a la PROCURADURIA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Art. 7°.- Notifíquese a KLONAL S.R.L. 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. 8°.- 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. 9°.- Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCION NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese.

Ginés Mario González García

