



NACIONAL



RESOLUCIÓN 1129/2020
MINISTERIO DE SALUD (M.S.)

Instrúyese a la Dirección de Asuntos Judiciales para que inicie acción de lesividad respecto de la Resolución N° 1051/2019, por la cual se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma Feraval S.A.

Del: 29/06/2020; Boletín Oficial 30/06/2020.

VISTO el EX-2020-36022792-APN-SSGA#MS y su vinculado EX-2018-47309504-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° 1051 de fecha 3 de julio 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 FERAVAL S.A. respecto del renglón 31, emitiéndose en consecuencia la Orden de Compra N° 80-1156-OC18 por PESOS DIEZ MILLONES DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA (\$ 10.018.350), quedando perfeccionado el contrato el 6 de septiembre de 2018.

Que por nota de fecha 21 de septiembre de 2018 la mencionada firma presentó ante la entonces SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA de la ex SECRETARIA DE GOBIERNO DE SALUD una solicitud de “redeterminación” de precios para el producto que le fuera adjudicado.

Que la firma FERAVAL S.A. fundó su petición en un incremento de los costos, ocasionado principalmente por la devaluación del peso, los aumentos en los precios de las materias primas e insumos, la inflación y la variación salarial.

Que en la referida presentación la firma aludida consignó el nuevo precio propuesto, justificándolo en la evolución de distintas variables durante los 9 meses anteriores a la firma del contrato.

Que la entonces DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS Y TECNOLOGÍA SANITARIA, sin perjuicio de considerar inicialmente la necesidad de la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, luego 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, 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 el nuevo precio solicitado por el proveedor, se utilizaron diversos índices que abarcaban desde la fecha de apertura de ofertas hasta el mes

de marzo de 2019, 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 del precio del producto, estimándose razonable que la renegociación se ubicara dentro de tal banda.

Que la entonces SUBSECRETARÍA DE PROGRAMACIÓN TÉCNICA Y LOGÍSTICA estimó 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 continuidad del trámite.

Que mientras tramitaba la renegociación en el ámbito de 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 el renglón 31, emitiéndose a favor de FERAVAL S.A. una segunda Orden de Compra (N° 80-1074-OC19, de fecha 23 de mayo de 2019) por la suma de PESOS DOS MILLONES TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA (\$ 2.003.670).

Que la SECRETARÍA DE COBERTURAS Y RECURSOS DE SALUD, sin que mediara petición de FERAVAL S.A., 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° 1051 de fecha 3 de julio de 2019 se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma FERAVAL S.A., en el marco de la Licitación Pública N° 27/17, para las Órdenes de Compra N° 80-1156-OC18 y su complementaria N° 80-1074-OC19, por la suma de PESOS CUATRO MILLONES TRECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS (\$ 4.354.200) adicional a la suma aprobada originalmente en concepto de adjudicación y ampliación de PESOS DOCE MILLONES VEINTIDÓS MIL VEINTE (\$ 12.022.020).

Que tal decisión se sustentó -conforme se desprende de 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, 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, momento en el que se perfecciona el contrato.

Que la Orden de Compra N° 80-1156-OC18 fue notificada el 6 de septiembre de 2018 y la firma FERAVAL S.A. interpuso su presentación solicitando la renegociación del precio del producto comprendido en la misma el 21 de septiembre de 2018, es decir quince 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 quince 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 del precio oportunamente adjudicado, a la que se dio curso solo con la presentación de la referida firma, sin exigírsele documentación respaldatoria alguna y considerando la evolución de distintas variables, no sólo desde 9 meses antes del perfeccionamiento del contrato sino también hasta 7 meses después del pedido de renegociación.

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 TREINTA Y SEIS POR CIENTO (36%).

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 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 retirar la misma, tal como algunos oferentes efectivamente hicieron con sus propuestas, pero no es tolerable bajo ningún aspecto que aceptado el contrato por el proveedor, la Administración le reconozca sumas adicionales arbitrariamente, sin sustento legal.

Que la renegociación concedida por la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD fue realizada eludiendo la obligatoria intervención de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en violación a las normas vigentes en materia de renegociación y atentando contra los principios que rigen las contrataciones de la Administración Nacional, en particular el de transparencia y el de igualdad de tratamiento para interesados y oferentes.

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 las circunstancias alegadas para fundamentar el presunto desequilibrio del contrato fueron anteriores a su perfeccionamiento, lo cual impide reputarlas como sobrevinientes e imprevisibles y, por ende, como factor de ruptura de la ecuación económica financiera, sin perjuicio de que este último extremo no fue probado.

Que, en otro orden, 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 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° 1051 de fecha 3 de julio 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 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° 80-0027-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 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, 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 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 FERAVAL S.A. aplicables a la O.C. 80-1156-OC18-, corresponde que la declaración de nulidad de la Resolución N° 1051/2019 emanada de la ex SECRETARIA DE GOBIERNO DE SALUD se efectúe en sede judicial, a través de la interposición de una acción de lesividad.

Que en virtud de que la DIRECCIÓN DE TESORERIA Y CONTABILIDAD informa que respecto de la O.C 80-1074-OC19 (ampliatoria), se encuentra pendiente de cancelación una Orden de Pago correspondiente a la renegociación de precios, procede ordenar la suspensión de los efectos de la Resolución N° 1051/2019 a fin de impedir el pago de la misma.

Que, en consecuencia, corresponde ordenar a la DIRECCIÓN 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° 1051/2019.

Que, asimismo procede la suspensión de los efectos de la citada Resolución, 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° 1051 de fecha 3 de julio de 2019, por la cual se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma FERAVAL S.A., en el marco de la Licitación Pública N° 27/17, respecto a las Órdenes de Compra N° 80-1156-OC18 y su complementaria N° 80-1074-OC19, por la suma total de PESOS CUATRO MILLONES TRECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS (\$ 4.354.200,00) por hallarse afectada de nulidad absoluta de conformidad con los fundamentos expuestos en los considerandos.

Art. 2°.- Suspéndense los efectos del de la Resolución de la ex SECRETARIA DE GOBIERNO DE SALUD del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° 1051 de fecha 3 de julio de 2019, 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 DIRECCIÓN 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 PROCURADURÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

Art. 7°.- Notifíquese a FERAVAL 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.

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 DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese.

Ginés Mario González García

