



NACIONAL



RESOLUCIÓN 1285/2020
MINISTERIO DE SALUD (M.S.)

Instrúyese a la Dirección de Asuntos Judiciales para que inicie acción de lesividad respecto de la Resolución N° 2871/2019.

Del: 24/07/2020; Boletín Oficial 04/08/2020.

VISTO el EX-2020-37815739-APN-SSGA#MS y su vinculado EX-2018-54194805-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° 2871 de fecha 1 de noviembre 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 PHARMOS S.A. respecto de los renglones 13 y 47 emitiéndose en consecuencia la Orden de Compra N° 80-1152-OC18 por PESOS TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL TRECIENTOS CINCUENTA Y CINCO CON SEIS CENTAVOS (\$ 32.145.355,06), quedando perfeccionado el contrato el 6 de septiembre de 2018.

Que con fecha 25 de octubre de 2018, la mencionada firma presentó, ante la entonces SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD, una solicitud de “renegociación contractual” respecto de los renglones adjudicados.

Que en su presentación, PHARMOS S.A., argumentó que “...desde la fecha de nuestra cotización 01/12/2017 y la fecha de emisión de vuestra Orden de compra Nro. 80-1154-OC18, el 06-09-2018, el país se vio inmerso en un proceso de recrudescimiento de la inflación combinado esto con una devaluación del peso frente al Dólar muy importante, que se tradujo en un aumento significativo de los costos de fabricación de nuestros productos...”.

Que la citada firma detalló los nuevos precios solicitados para cada renglón adjudicado, fundamentándolos en la evolución del índice de precios Internos al por mayor (IPIM) y el aumento de los gastos de fabricación, de los salarios y el dólar, durante el período comprendido entre diciembre de 2017 y septiembre de 2018.

Que con fecha 4 de enero de 2019 la entonces DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS Y TECNOLOGÍAS SANITARIAS remitió al archivo la presentación de PHARMOS S.A. expresando que “Habiendo tomado conocimiento de lo actuado a orden 2 se remiten las presentes para su guarda temporal atento que el proceso 80-0027-LPU17 al que hace referencia el pedido ha sido adjudicado mediante DA-2018-1537-JGM”.

Que, cinco meses después, con fecha 31 de mayo de 2019 la citada Dirección solicitó el desarchivo de la presentación “para continuar con la solicitud efectuada por la firma “PHARMOS S.A” ...sobre solicitud de renegociación contractual...”.

Que dándose curso a la tramitación, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS

Y TECNOLOGÍA SANITARIA señaló en su informe del 8 de agosto de 2019 “...que el análisis de la misma [presentación efectuada por el proveedor] se fundamenta 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 al citado informe se adjuntó el denominado “Informe de razonabilidad”, elaborado por la COORDINACIÓN DE MEDICAMENTOS ESENCIALES, sobre los nuevos precios requeridos por el proveedor, en el que se utilizaron diversos índices que abarcaban desde la fecha de apertura de ofertas hasta “...el mes de marzo de 2019 como la fecha aproximada de última entrega de medicamentos por parte del laboratorio”. 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, asimismo, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS Y TECNOLOGÍA SANITARIA consideró razonable que la redeterminación se situara entre las bandas de precios fijadas en el “Informe de Razonabilidad”.

Que la entonces SUBSECRETARÍA DE PROGRAMACIÓN TÉCNICA Y LOGÍSTICA prestó conformidad a lo expresado por la DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS Y TECNOLOGÍA SANITARIA y estimó pertinente tramitar el pedido de “readecuación de precios” solicitado por el adjudicatario y otorgar el valor intermedio entre el límite superior e inferior que se expone en el “Informe de Razonabilidad” elaborado por el área técnica, 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 intervino, nuevamente, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS Y TECNOLOGÍA SANITARIA para informar el precio final establecido para cada producto.

Que mediante Resolución de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° 2871 de fecha 1 de noviembre de 2019 se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma PHARMOS S.A., en el marco de la Licitación Pública N° 27/17, para la Orden de Compra N° 80-1152-OC18 por la suma de PESOS DIECISEIS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUATRO CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 16.292.704,96), adicional a la suma aprobada originalmente en la adjudicación, de PESOS TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL TRECIENTOS CINCUENTA Y CINCO CON SEIS CENTAVOS (\$ 32.145.355,06).

Que tal decisión se justificó -conforme se expresa en los considerandos del acto administrativo aludido- en el artículo 96 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/2016, aludiendo a 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 cual el contrato queda perfeccionado.

Que la Orden de Compra N° 80-1152-OC18 fue notificada el 6 de septiembre de 2018 y la firma PHARMOS S.A. interpuso su presentación solicitando la renegociación de los precios de los productos comprendidos en dicha orden el 25 de octubre de 2018.

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 plazo de 49 días transcurrido 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 en el periodo señalado, esto es entre el 6 de septiembre y el 25 de octubre de 2018, el valor del dólar bajó y la inflación acumulada estuvo en el orden del 11%, más allá de la ausencia de evidencia de la ruptura de la ecuación económica financiera del contrato de tal magnitud que hubiera tornado excesivamente onerosa la prestación a cargo del proveedor.

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 PHARMOS S.A., como otras firmas experimentadas y habitadas a cotizar en licitaciones de esta naturaleza, no ignoran los tiempos de tramitación e incluyen en el valor de sus propuestas la proyección de sus costos, con el objeto de asegurar la rentabilidad de la contratación.

Que el análisis de la admisibilidad de la renegociación así como de la real afectación del contrato de modo significativo 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 distintas variables no solo desde nueve meses antes del perfeccionamiento sino también hasta cinco meses después del pedido de renegociación.

Que en ese orden, las autoridades intervinientes aludieron en forma general al contexto macroeconómico, hicieron un cálculo considerando la evolución de variables durante 16 meses cuando debían hacerlo sobre 49 días, invocaron razones sanitarias, de sustentabilidad, presupuestarias y de oportunidad, todo ello para arribar a una actualización de precios a favor del proveedor de más del 50%.

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, tal como algunos oferentes efectivamente hicieron con sus propuestas, pero no es admisible bajo ningún aspecto que aceptado el contrato por el proveedor, sea la administración quien le reconozca sumas adicionales desde la apertura de ofertas por el irrazonable porcentual del 50% del valor cotizado.

Que considerar en la renegociación el plazo que duró la tramitación de la contratación, que por otra parte no fue distinto de licitaciones similares, así como proyectar la actualización hasta la finalización del contrato 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 si estos hubieran percibido que era un mecanismo viable, era altamente probable

que más interesados se presentaran, que los presentados no desistieran de su oferta y que las cotizaciones fueran inferiores.

Que, en el caso, el precio finalmente abonado a consecuencia de la irregular renegociación resulta ser mayor que el cotizado por otro proveedor que perdió paradójicamente por precio. En el caso, el precio actualizado a PHARMOS S.A. con relación al renglón 47 fue superior al ofertado por DENVER FARMA S.A., quien perdió la compulsa.

Que el procedimiento llevado a cabo para otorgar la actualización de precios violentó asimismo un 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 PHARMOS 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 por todo lo expuesto la renegociación aprobada por la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD fue realizada 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 \$ 16.292.704,96 adicionales a la suma aprobada originalmente en la adjudicación.

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 [actual 1091 del CCyC] 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 y menos imprevisibles, sin perjuicio de que, más allá de la ausencia de estos presupuestos esenciales, no se haya acreditado desequilibrio alguno.

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° 2871 de la ex SECRETARIA DE GOBIERNO DE SALUD de fecha 1 de noviembre 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° 80-0027-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, medida que también hubiera requerido la intervención de la entonces Ministra de Salud y Desarrollo Social, funcionarios cuya participación fue eludida para el otorgamiento de la renegociación.

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, 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 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 TESORERÍA Y CONTABILIDAD -el que da cuenta de la cancelación total en concepto de renegociación de precios aplicables a la Orden de Compra 80-1152-OC18-, corresponde que la declaración de nulidad de la Resolución N° 2871/2019 emanada de la ex SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD se efectúe en sede judicial.

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 la Resolución 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 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 SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL N° 2871 de fecha 1 de noviembre de 2019, por la cual se aprobó la renegociación de precios a favor de la firma PHARMOS S.A., en el marco de la Licitación Pública N° 27/17, respecto a la Orden de Compra N° 80-1152-OC18, por la suma total de PESOS DIECISEIS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUATRO CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 16.292.704,96) por hallarse viciada de nulidad absoluta de conformidad con los fundamentos expuestos en los considerandos.

Art. 2°.- 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. 3°.- Instrúyese a la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JUDICIALES a formular denuncia penal por la posible comisión de delito en perjuicio de la Administración Pública.

Art. 4°.- 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. 5°.- Comuníquese la presente Resolución a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y a la PROCURADURÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS.

Art. 6°.- Notifíquese a PHARMOS 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. 7°.- La presente medida podrá ser recurrida conforme a lo establecido por los artículos 84 y 89 del Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto 1759/72 T.O. 2017, dentro de los DIEZ (10) y QUINCE (15) días hábiles, respectivamente, de su notificación.

Art. 8°.- Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese.

Ginés Mario González García

