PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR
REPÚBLICA ARGENTINA

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 320

TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2022 – 40º ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

USHUAIA, 21 DIC 2022

VISTO: el Expediente del Registro de este Tribunal de Cuentas Nº 24/2021, Letra: TCP-SC, caratulado: *"ANÁLISIS DE COMUNICACIÓN OFICIAL N° 105 DEL PERIODO LEGISLATIVO 2020 S/ MINISTERIO JEFATURA DE GABINETE NOTA N° 79/20 ADJUNTANDO INFORME REQUERIDO MEDIANTE RESOLUCIÓN DE CÁMARA N° 127/20"* y;

CONSIDERANDO:

Que las actuaciones del Visto fueron caratuladas en virtud de la Nota Interna Nº 132/2021, Letra T.C.P.-V.A., incorporada a fojas 2/14, mediante la cual el Vocal de Auditoría de este Tribunal de Cuentas, C.P.N. Hugo Sebastián PANI, solicitó a la Secretaría Contable que evalúe la información contenida en la Comunicación Oficial N° 105 del Periodo Legislativo 2020 sobre *"MINISTERIO DE JEFATURA DE GABINETE NOTA N° 79/20 ADJUNTANDO INFORME REQUERIDO MEDIANTE RESOLUCIÓN DE CÁMARA N° 127/20"* y, en particular, la destrucción de stock por un total de $125.474.580 y la baja de un intangible, denominado *"registro Suravir"*, por un importe de $20.272.210.

Que en virtud de ello, la Secretaría Contable realizó los requerimientos pertinentes al Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM (en adelante el Laboratorio) sobre los sucesos enunciados, mediante la Nota Externa Nº 92/2021, Letra: T.C.P. – LAB. FDM, que se incorporó a fojas 15/16, en estos términos:

"(…) La presente misiva se origina de las circunstancias expresadas en el marco de la Nota del 09 de noviembre de 2020 oportunamente remitida al Secretario Administrativo Legal del Ministerio Jefatura de Gabinete por la Dra. María Florencia ARNST, cuya copia se adjunta.

Ahora bien, a tales efectos:

1) se requiere:

a. Respecto de lo expresado en la nota en cuanto dice que: 'A su vez, se cuenta con un total de $ 125.474.580 (ciento veinticinco millones cuatrocientos setenta y cuatro mil quinientos ochenta pesos) de producto en stock que ha vencido entre 09/2020 y 10/2020. El mismo debe ser objeto de destrucción (incineración) cumpliendo con los protocolos establecidos a tal fin, para dar cumplimiento a la normativa de ANMAT y procedimientos internos del sistema de calidad propio del Laboratorio', se solicita remita toda la documentación (Informes, Notas, Actas de Directorio, etc.) que justifique la circunstancia que llevaron a su no comercialización y su posterior de destrucción.

b. Sobre la situación mencionada '(…) En relación al valor del Stock de Suravir 300 mg, se informa que el mismo asciende a $ 42.030.450 (cuarenta y dos millones treinta mil cuatrocientos cincuenta pesos) de producto con vencimiento 12/2020, cuya comercialización tiene una muy baja probabilidad (casi nula) de llevarse a cabo por el corto vencimiento del producto (se disponen de 12130 frascos)', se informe situación actual de los mencionados medicamentos y en su caso remita toda la documentación (Informes, Notas, Actas de Directorio, etc.) que justifique la circunstancia que llevaron a su no comercialización.

c. Por último, respecto de lo manifestado: 'a su vez, por haber finalizado el acuerdo comercial con Bristol, el Laboratorio dará de baja el Registro de un intangible, denominado "registro Suravir", por un importe de $20.272.210 (veinte millones doscientos setenta y dos mil doscientos diez pesos)

(...)', remita toda la documentación (Informes, Notas, Actas de Directorio, etc.) que justifique tal circunstancia.

2) Asimismo, se solicita al Directorio que dé intervención al área legal del Laboratorio, a los efectos de que emita opinión jurídica sobre: 1) responsabilidad a la luz de las circunstancias enunciadas precedentemente en los puntos 1) a., b. y c. de la presente; 2) determinado ello y de corresponder, forma de ejercicio de la acción de responsabilidad; 3) plazo de prescripción para ejercerla; y 4) correspondencia de su tratamiento por parte del Directorio.

3) Al margen de lo expuesto, se solicita también se informe sobre si la totalidad o alguna de las circunstancias enunciadas han sido tratadas por parte del Directorio o en su defecto si se encuentran en orden del día para su tratamiento.

El presente pedido deberá ser contestado en un plazo de cinco (5) días hábiles de recepcionada la presente, efectuándose en el marco de las atribuciones conferidas a este Organismo de Control por el artículo 4º inciso c) de la Ley provincial Nº 50".

Que en respuesta a ello, el Laboratorio remitió la Nota Nº 9910/2021 del registro de la Mesa de Ingreso del Tribunal de Cuentas, junto con la documental allí adjunta (fs. 19/510), en la que la Directora Ejecutiva del Laboratorio informó lo siguiente:

"Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en mi carácter de Directora Ejecutiva del Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM, a efectos de remitir respuesta a la nota de referencia, mediante la cual se efectúan diversos requerimientos y solicitudes vinculadas con las actuaciones administrativas N°24/2021 TCP — SC 'S/ANÁLISIS DE COMUNICACIÓN OFICIAL N° 105

DEL PERÍODO LEGISLATIVO 2020 S/MINISTERIO DE JEFATURA DE GABINETE NOTA N° 79/20 ADJUNTANDO INFORME REQUERIDO MEDIANTE RESOLUCIÓN DE CÁMARA N° 127/20', del registro de ese Tribunal de Cuentas.

Previo a efectuar la respuesta de los requerimientos efectuados, se informa que en la totalidad de los casos se han reflejado en la nota enviada a la Legislatura los importes a valores históricos al 31/12/2019. Es por ello que existirá una significativa diferencia entre los valores expuestos y el efectivo resultado negativo por el vencimiento del producto, a raíz del efecto del ajuste por inflación sobre la totalidad de producto vencido y posteriormente destruido. Dicha incidencia ascendería a un valor total cercano a los $52.000.000 (cincuenta y dos millones de pesos) como resultado negativo.

En relación a los puntos requeridos mediante la nota de referencia, se informa los siguiente:

Punto 1):

a. y b. Se remite adjunto informe legal emitido por el Dr. Jorge Kreser Pereyra, a quien se le encomendó emita opinión jurídica, mediante el cual efectúa un análisis de la operatoria vinculada con la compra — venta de SURAVIR 300 MG, cuyos términos se comparten.

Se informa que del total de frascos disponibles con vencimiento 31/12/2020, se produjo una operación de venta de previo al vencimiento, por un total de 70 frascos. Es por ello que del total de producto con vencimiento 31/12/2020, se vencieron efectivamente 12.060 frascos.

c. En relación a este punto, resulta importante informar la situación que llevó a este Laboratorio a efectuar un acuerdo de cierre con BMS. En virtud de ello, se manifiesta que habiendo el Ministerio de Salud de la Nación dejado de adquirir ATAZANAVIR (SURAVIR 300MG), por haberlo reemplazado por otras terapias para la atención de pacientes que se encuentran dentro del

Programa Federal de Salud de VIH, resultó imperativo para esta Dirección celebrar la terminación del contrato de común acuerdo.

El citado acuerdo de terminación surtió efectos a partir del 31 de agosto de 2020, permitiendo ampliar la comercialización al canal privado del Producto Terminado hasta el vencimiento del mismo, ello conforme cláusula '2' de la oferta de terminación.

Sin perjuicio de lo expuesto, se informa que existe la probabilidad de retomar vínculo para comercializar nuevamente dicho producto, razón por la cual este Laboratorio procederá a amortizar el intangible 'Registro Suravir' en un período de 5 años, en lugar de proceder a su baja como fuera informado oportunamente.

La determinación de amortizar el bien radica en la necesidad de mantener el registro en atención a la posible demanda del producto por parte del mercado privado y/o público. Ello por haber mantenido conversaciones con BMS, ya que aún existen a la fecha pacientes con tratamiento con ATAZANAVIR, por haber presentado efectos negativos o no deseados el cambio de prescripción a la combinación establecida por el MSN bajo el Programa Médico Obligatorio (PMO).

El costo para volver al status de 'comercializado' del producto ante ANMAT, no representaría un costo significativo para este Laboratorio (aproximadamente $25.000 anuales).

En el marco de la información solicitada, se adjunta la siguiente documentación:

• Convenio marco de cooperación entre el Ministerio de Salud de la Nación (MSN en adelante), los Laboratorios Públicos y la ANLAP. (fs. 1 a 6)

• Memorandum de entendimiento entre Bristol-Myers Squibb Company (en adelante BMS) (fs. la 16)

• Contrato firmado entre el LFM SAPEM y BMS. (fs; 17 a 80)

• Extensión de los términos de negociación entre LFM SAPEM y BMS y Oferta de Terminación. (fs. 82 a 86)

• Convenio interadministrativo por la venta de 1.800.000 cápsulas y acta de recepción definitiva (21/12/2018). (fs. 87 a 92)

• Solicitud de redeterminación de precios del convenio interadministrativo indicado previamente. (fs. 93 a 137)

• Carta de intención firmada entre el LFM SAPEM y el MSN por las condiciones de cooperación para la posible comercialización de 5.904.000 cápsulas (sin fecha) (fs. 138 a 139)

• Oferta económica presentada al MSN por la posibilidad de adquisición de 5.904.000 cápsulas, que no llegó a concretarse. (15/08/2018) (fs. 140)

• Solicitud de rectificación propuesta económica del 15/08/2018 efectuada el 31/10/2018 al MSN. (fs. 141 a 154)

• Órdenes de Compra vinculadas con la adquisición de ATAZANAVIR realizadas por este Laboratorio en el marco del contrato firmado con BMS. (fs. 155 a 436).

Punto 2) Se remite adjunto informe legal emitido por el Dr. Jorge Kreser Pereyra, a quien se le encomendó emita opinión, cuyos términos se comparten.

Punto 3) Se informa que la situación está en conocimiento del Directorio de la Sociedad y se encuentra previsto tratarlo en la próxima reunión de Directorio, conjuntamente con el Dictamen Jurídico emitido en el marco del presente requerimiento".

Que la Delegación del Laboratorio de este Órgano de Control, dependiente de la Secretaría Contable, confeccionó el Informe Contable

Nº 169/2021, Letra: TCP-LFM-SAPEM (fs. 511/514), en el que se consideró lo siguiente: *"a) CONVENIO MARCO DE COOPERACIÓN ENTRE EL MSN, LOS LABORATORIO PÚBLICOS Y LA AGENCIA NACIONAL DE LABORATORIOS PÚBLICOS (12/07/2017).*

El 12/07/2017 se suscribió un Convenio Marco de Cooperación entre el Ministerio de Salud de la Nación (en adelante MSN), los laboratorios públicos – entre ellos LFM- y la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (en adelante ANLAP) con un plazo de vigencia de 5 años contados de dicha suscripción.

A través del mismo se fijaron las condiciones de cooperación entre las partes, según Ley 26.688, para la provisión y distribución pública y gratuita de medicamentos, vacunas e insumos médicos y en lo que en este caso importa, medicamentos ligados a tratamientos del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). A fin de establecer términos, condiciones y procedimientos de ejecución tanto administrativos como financieros de cada uno de los proyectos, se prevé la suscripción de Convenios Específicos.

b) MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO ENTRE BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY Y LFM (15/08/2017).

El 15/08/2017 se suscribió un Memorándum de Entendimiento (en adelante MOU por sus siglas en inglés) entre la firma BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY (en adelante BMS) y LFM. En dicho documento se plasma que BRISTOL-MYERS SQUIBB HOLDINGS IRELAND es una compañía parte del grupo económico de BMS y el legítimo titular de la patente Argentina Nro. ARO 14417 B1 y BMS está legítimamente en posesión de know-how e información técnica relacionados con la fabricación del Producto.

El presente MOU establece que en función del 'Convenio Marco de Cooperación' se celebrará un futuro contrato entre BMS y LFM.

La Cláusula II.2 Condiciones Precedentes del MOU establece que el contrato a suscribir entre BMS y LFM deberá contener ciertas condiciones precedentes para su plena efectividad, definiendo entre otras, la celebración de un 'Acuerdo entre MSN/LFM'.

Según el MOU, el MSN deberá adquirir el Producto Terminado exclusivamente de LFM, conforme el volumen establecido en el 'Acuerdo MSN/LFM' con el expreso propósito de cumplir los requerimientos del Programa Federal de Salud de VIH en Argentina.

Se prevé la suscripción de un acuerdo de transferencia tecnológica, en el que BMS se compromete a otorgar a LFM ciertas licencias no exclusivas sobre el know-how específicamente relacionado con la presentación del Atazanavir.

Por su parte, LFM deberá adquirir el Producto conforme el volumen establecido en el futuro contrato a suscribir con BMS comprometiéndose a (i) importar y adquirir el Producto de BMS (o de cualquiera de sus afiliadas o tercero designado por BMS); (ii) realizar el envasado secundario del Producto, que incluye el rotulado, utilizando el know-how y la tecnología de BMS, en la medida de lo autorizado por BMS para dichos fines; (iii) realizar los estudios de control de calidad y liberación de testeo del Producto; (iv) realizar las actividades de depósito y farmacovigilancia; y (v) distribuir y suministrar el Producto Terminado bajo su propia marca al Programa Federal de Salud de HIV. Se limita la comercialización definiendo como proveedor exclusivo del MSN al LFM en los términos del 'Acuerdo MSN/LFM'.

Tanto BMS como LFM podían terminar el MOU, sin tener que justificar sus motivos, responsabilidad o penalidad alguna, mediante una notificación por escrito cursada a la otra parte a tales efectos.

Además se establecen en este MOU, el precio y condiciones de pago - Carta de Crédito Standby BTF-, proyecciones y volúmenes mínimos a adquirir

de LFM a BMS de 180.000 frascos de 30 cápsulas en 2018 a 78 dólares por frasco y 180.000 frascos en 2019 a 55 dólares por frasco.

Por último, en relación a este MOU, que tenía vigencia hasta el 15/01/2018, fue prorrogado mediante la suscripción de una EXTENSIÓN DEL TÉRMINO DE NEGOCIACIÓN de fecha 12/02/2018 por 60 días más, con efectos retroactivos al 15/01/2018.

c) CONTRATO ENTRE BMS y LFM (06/04/2018)

Este contrato se motiva en el 'Acuerdo de Cooperación' del MSN y LFM, que establece bases para celebrar futuros acuerdos específicos para la adquisición de medicamentos y en el 'MOU' de BMS y LFM en el que se comprometieron a entablar negociaciones, para realizar la transferencia de tecnología y suministro entre SWORDS LABORATORIES (compañía que integra el grupo de BMS) y LFM.

Entre las pautas del Contrato se fija que el suministro del Producto es únicamente para que se destine a proveer al MSN, indicando que la demanda completa que este último le solicite se requerirá en su totalidad a BMS. Además se establecen volúmenes mínimos de compra (180.000 frascos de 30 cápsulas c/u por año) y cláusulas resolutivas.

d) CARTA INTENCIÓN ENTRE MSN Y LFM (14/08/2018)

En este instrumento, el MSN declara su intención de realizar las gestiones conducentes para llevar a cabo la firma de un Convenio Interadministrativo con el LFM para la adquisición de 5.904.000 comprimidos, cápsulas o tabletas del Antirretroviral ATAZANAVIR 300 miligramos destinado a la DIRECCIÓN DE SIDA, ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL, HEPATITIS Y TBC del Ministerio.

Establecen el precio de referencia para el medicamento en $92 por cada unidad, totalizando la suma de $543.168.000 y se fija un cronograma de cuatro entregas:

- *1°: 1.800.000 unid. dentro de los 30 días de perfeccionado el contrato.*
- *2°: 900.000 unid. entre de los 30 y 60 días de perfeccionado el contrato.*
- *3°: 252.000 unid. entre los 90 y 120 días de perfeccionado el contrato.*
- *4°:2.952.000 unid. entre los 120 y 150 días de perfeccionado el contrato.*

e) OFERTA ECONÓMICA PRESENTADA POR LFM A MSN (15/08/2018).

El 15/08/2018 LFM envía al MSN una oferta económica en los términos del Proceso de Compra 80-0049-CDI18, Expediente-2018-37564976 - APN-DCYC#M5. Dicha oferta consta de 5.904.000 cápsulas de Atazanavir 300 mg a $92 por cápsula totalizando $543.168.000 previendo la entrega en un plazo de hasta 150 días hábiles administrativos, contados desde la firma del contrato respectivo y con entregas parciales acorde a las que se estipulen en el pliego involucrado.

f) COMUNICACIÓN DE LFM AL MSN SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE MANTENER LA OFERTA ECONÓMICA (31/10/2018).

El 31/10/2018 se remite Nota por parte del LFM al MSN comunicando la imposibilidad de mantener las condiciones económicas de lo ofertado el 15/08/2018 con relación a la Contratación Directa Interadministrativa N° 80-0049-CDI18. Fundamenta su pedido en el desfasaje de la ecuación económica financiera considerada al momento de ofertar, por un cambio sustancial en el contexto macroeconómico con posterioridad a la firma de la Carta de Intención y la presentación de la Oferta Económica.

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 320

Además, se solicita que al no tener un contrato perfeccionado y habiendo comenzado a su propio riesgo con la producción de un lote de SURAVIR 300 mg, se permita rectificar la Carta Intención, solicitando aplicar la TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, presentando una nueva OFERTA ECONÓMICA AJUSTADA con ALTERNATIVAS que implican modificaciones en cantidades, tiempos de entrega, solicitud de anticipos financieros, entre otros.

g) PROPUESTA DE ENMIENDA PRESENTADA POR LFM y ACEPTACIÓN DE SWORDS LABORATORIES-Compañía del grupo BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY- (12/12/2018).

Esta Propuesta de Adenda entre otras cuestiones, implica vender el Producto Terminado al MSN y a otros clientes del ámbito privado dentro de Sudamérica, previa autorización por escrito por parte de BMS.

h) CONVENIO ENTRE MSN y LFM (28/01/2019) y DECISIÓN ADMINISTRATIVA RATIFICANDO CONVENIO (01/03/2019).

Mediante este Convenio entre MSN (ya conformado como Ministerio de Salud y Desarrollo Social) se pacta que el Laboratorio suministrará a la DIRECCIÓN DE SIDA, ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL, HEPATITIS Y TBC, 1.800.000 comprimidos de Atazanavir 300mg. El precio unitario por cápsula es de $92,00 totalizando la suma de $165.600.000,00.

j) ACUERDO DE TERMINACIÓN ENTRE BMS/LFM(31/08/2020).

En virtud de que el MSN no adquirió el Producto Terminado a LFM, se decide de mutuo acuerdo la rescisión anticipada del Contrato a partir del 31/08/2020 suscribiendo al efecto este Acuerdo de Terminación. Desde esta fecha, concluyen todos los derechos y licencias oportunamente otorgados.

Se permite ampliar la comercialización del stock remanente del Producto Terminado al canal privado, exclusivamente a las instituciones autorizadas que se detallan a continuación: Droguería Orien, Helios, Novus Farma, Sitio Salud, OSEF (Obra social del estado Fueguino), OSEIV (Obra social del vidrio), Municipalidad de Tierra del Fuego y Hospitales de Tierra del Fuego hasta el 31/12/2020 LFM.

Por último, la suscripción del Contrato entre BMS y LFM se motiva en volúmenes de ventas de LFM a MSN, categorizándolo como proveedor exclusivo del MSN sin contar a esa fecha con un 'Acuerdo MSN/LFM' suscripto que justifique esas circunstancias. Las órdenes de compra emitidas por LFM bajo este Contrato a favor de BMS son las siguientes:

Orden de Compra y Fecha	***Cantidad***	***Comentarios***
O.C. 350 del 10/08//2018	*60.000 frascos*	*Previo a la suscripción de la Carta Intención entre MSN y LFM*
O.C. 353 del 07/11/2018	*36.504 frascos*	*Posterior a la suscripción de la Carta Intención entre MSN y LFM* *Previo suscripción del Convenio entre MSN y LFM*
O.C. 552 del 13/11/2018 y complementaria 21/11/2018	*30.504 frascos*	*Posterior a la suscripción de la Carta Intención entre MSN y LFM* *Previo suscripción del Convenio entre MSN y LFM*

II- CONSULTA:

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 320

En virtud de lo expuesto anteriormente, se solicita se de intervención a la Secretaría Legal de este Tribunal de Cuentas, a fin de que se expida en relación a:

a *El Contrato suscripto entre BMS y LFM.*

b Si la pérdida de los productos en stock por haber operado su vencimiento implicaría responsabilidad a los miembros del Directorio y en su caso, las posibles acciones a seguir.

c *Otras cuestiones que estime pertinente al análisis de las actuaciones".*

Que en consideración a lo solicitado por la Auditora Fiscal, la Secretaría Contable remitió a la Secretaría Legal, mediante la Nota Interna Nº 1016/2021, Letra: TCP-SC (fs. 515), una consulta legal en estos términos: *"Por medio de la presente, me dirijo a Usted, con el objeto de remitir las actuaciones de la referencia, habiéndose agregado a fojas 511/514 el Informe Contable Nº 169/2021 Letra T.C.P.-L.F.M. SAPEM, suscripto por la Auditoria Fiscal Subrogante CP María B. Rojas, en la cual la profesional solicita se dé intervención a la Secretaría Legal de este Órgano de Control, a los fines de que se expida sobre la cuestión planteada en el informe antes citado".*

Que posteriormente, a fojas 516/535, desde la casilla de correo mbearzotti@labfindelmundo.com.ar, el Laboratorio informó lo siguiente:

"Se responde cada punto y se aporta la documentación elaborada por los responsables técnicos de cada área del Laboratorio:

** respecto al contrato de BRISTOL MYERS SQUIBB COMPANY: el anexo III y IV del contrato enviado están en blanco. Podrán mandar esos anexos nuevamente. Te adjunto el archivo enviado oportunamente por Laboratorio. La*

totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021.

** Por otro lado, me consultan si tuvieron respuesta formal a la petición que realizó el Dr. Carlos López como presidente del Laboratorio con el MSN, el día 31/10/2018 relacionado a 'Adquisición ATAZANAVIR 300 mg. EX-201 8-37564976- -APN-DCYC#Ms LABORATORIO DEL FIN DEL MUNDO – SAPEM'. Te adjunto el archivo relacionado. La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021.*

** Igual al punto de arriba, respuesta al pedido de la Nota enviada por el Dr. Santiago Villa respecto de la redeterminación de precios. La información vinculada disponible en esta Administración ha sido aportada a ese Tribunal. A su vez, se informa que se remitió nota por correo electrónico al Ministerio de Salud de la Nación, sin respuesta al día de la fecha (se remite en adjunto al presente).*

** ¿Existe algún acuerdo entre el Ministerio de Salud que le otorga al LFM la exclusividad para proveer el atazanavir? ¿se fija volumen que le comprarían MSN a LFM durante dos años en algún documento?*

La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021.

** ¿A partir de qué fecha y a partir de qué documentos se les permitió vender a otros clientes que no fueran el Ministerio de Salud de la Nación?*

La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021. Esa documentación consta en lo remitido en la Nota 9910/2021, son dos documentos mediante los cuales se habilitó la comercialización.

** Documento donde se indique que el MSN reemplaza el Atazanavir 300mg por otras terapias. No disponemos de un documento en la Administración del Laboratorio.*

** Confirmar si fueron enviados a esta oficina todos los convenios, acuerdos, contratos, convenios marco, informes técnicos, estimaciones del volumen de transacciones con el Ministerio de Salud de la Nación, etc. que estén vinculados al Atazanavir 300mg.*

La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021.

[...]

Respecto al Atazanavir 300 mg incinerado:

Identificar por número de lote.

Sobre esos lotes incinerados:

1. ¿En qué fecha y orden de compra se pidieron?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector contable del Laboratorio.

2. ¿Por qué los compraron? ¿Hay informes técnicos, plan de negocios o algún análisis que recomiende la compra? ¿Algún contrato con el Ministerio de Salud de la Nación que obligara a la compra?

La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021.

3. ¿Cuánto costó el flete desde Estados Unidos a Ushuaia?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector contable del Laboratorio.

4. ¿Se pagaron tributos? Si ese fuese el caso ¿Cuánto se pagó?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado , elaborado por la responsable del sector contable del Laboratorio.

5. ¿En qué fecha se recibieron?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector productivo del Laboratorio.

6. ¿En qué fecha y mediante qué órdenes de pago se abonaron?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector contable del Laboratorio.

7. ¿De dónde salieron los fondos que financiaron los pagos (transferencias del Estado Provincial, créditos bancarios, etc.)?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector contable del Laboratorio.

8. ¿Por qué no se vendieron?

La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021.

9. ¿En qué fecha, lugar y bajo qué procedimiento se incineraron?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector productivo del Laboratorio.

10. ¿Cuál era el valor en dólares a la fecha de incineración?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector contable del Laboratorio. Respecto de este punto, se aclara que cada frasco se registró a un valor de USD 55 cargándose al Resultado del Ejercicio correspondiente los gastos necesarios para dejar el producto en condiciones de ser comercializado. Esto surge del balance cerrado al 31/12/2019.

Es importante remarcar que la totalidad de las respuestas se brindan a ese Tribunal, se realizan en base a los documentos obrantes en la Administración de este Laboratorio".

Que al tomar intervención la Secretaría Legal de este Organismo, a fs. 540/583, se emitió el Informe Legal Nº 361/2022 Letra: TCP-CA, en el cual luego de repasarse minuciosamente todos los antecedentes incorporados hasta aquí, se

analizó lo siguiente: "(…) *El hecho que se analiza es la incineración de 48.272 frascos de Atazanavir 300 mg. Considerando que por cada uno de dichos frascos se pagaron US$55, se quemaron medicamentos vencidos por un valor de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA (US$ 2.654.960), sin considerar en dicha suma los impuestos, seguros, honorarios, fletes, etc. pagados y que también forman parte del costo total.*

Estos datos se respaldan en los informes confeccionados por el LFM (fojas 4/9; 19 y 456/459 de este expediente) y de la documentación acompañada.

Una vez que fue conocido este hecho, el Tribunal de Cuentas pidió al LFM ciertas precisiones e informes (a fojas 15/16). A los fines del presente análisis, lo más relevante consistía en que el área legal de la empresa se expresara sobre la responsabilidad de los ex integrantes del directorio, si existía una acción judicial al respecto y cuál sería el plazo de prescripción aplicable.

Sobre estos puntos, el abogado contratado por la empresa estatal contestó (a fojas 461/466 del expediente) que: a.- Que la actividad comercial de los integrantes del directorio no genera responsabilidad civil salvo existencia de dolo; b.- Que no percibe que los ex integrantes del Directorio hayan cometido acto doloso. c. que no opina respecto de la acción de responsabilidad ni de la prescripción, pero recomienda que el actual Directorio no trate el tema de la responsabilidad civil (a fojas 461/466).

Sin embargo, aclaró que para dar esa respuesta no analizó los contratos que vinculaban al LFM con Bristol Myers Squibb (en adelante BMS) ni el que firmaron LFM con el Ministerio de Salud de la Nación. Además, expresó

que las ganancias o pérdidas a las que hubieran dado lugar las acciones de los ex integrantes del directorio estaban fuera de incumbencia profesional.

Ante esa respuesta, la Secretaría Contable realizó una consulta a la Secretaría Legal a los fines de emitir opinión legal respecto de: 'a) El Contrato suscripto entre BMS y LFM; b) Si la pérdida de los productos en stock por haber operado su vencimiento implicaría responsabilidad a los miembros del Directorio y en su caso, las posibles acciones a seguir. c) Otras cuestiones que estime pertinente al análisis de las actuaciones' (fojas 511/515).

A partir de ello, en este trabajo: en primer lugar, en el punto 'II.2 La obligación de los directores de rendir cuentas y de responder por los daños que causen a la empresa que administran' (página 29 de este informe) se analiza si los integrantes de los directorios responden sólo por dolo; en segundo lugar, se estudia la relación contractual del LFM y BMS en el apartado 'II.3 Acerca del contrato entre el Laboratorio del Fin del Mundo y Bristol Myers-Squibb' (páginas 40/61 de este informe); en tercer lugar en el capítulo 'II.4. De las Objeciones al dictamen jurídico del asesor legal del LFM' (páginas 62/69 de este informe) se comparan las fuentes de derecho y los hechos con las afirmaciones del asesor legal de la empresa estatal; y finalmente en el punto 'III. Ejercicio de la acción societaria de responsabilidad por mal desempeño en el cargo de los ex integrantes del directorio' (páginas 70/83 de este documento) se analiza la posibilidad de que los accionistas ejerzan una acción civil de resarcimiento por daños.

II.2. La obligación de los directores de rendir cuentas y de responder por los daños que causen a la empresa que administran

Se ha dicho en estas actuaciones que 'Tratándose en el caso de una sociedad anónima regulada por la LGS que realiza actos comerciales, las pérdidas resultantes de las decisiones tomadas por el Directorio y el personal jerárquico habilitado para tal fin, a criterio del suscripto no puede generar

responsabilidad civil, salvo dolo' (dictamen jurídico del asesor legal del LFM a fojas 461/466 de este expediente).

Sin embargo, se podría sostener que tal afirmación no tendría sustento jurídico, pues al confrontar tal afirmación con las fuentes de derecho, resulta que la Ley General de Sociedades (artículos 58, 59, 72, 99, 274 y ssgtes.) y el Código Civil y Comercial (artículos 159, 160, 1717, 1724 y 1725) establecen que los integrantes de los órganos de control y dirección de las sociedades responden por los daños que su accionar produzca tanto por dolo como por culpa, negligencia, impericia o imprudencia, ya sea por acción u omisión.

Además, es indispensable aclarar que cuando se habla de dolo en la responsabilidad de los directores por mal desempeño, se trata del concepto civil que consiste en 'la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos' (artículo 1724 del Código Civil y Comercial).

Por ello debe entenderse que están incluidos tanto el dolo delictual (producir un daño de manera intencional) como el que se genera por el incumplimiento de las obligaciones propias del administrador de un patrimonio de otro (daño producto de la indiferencia por los intereses ajenos).

Es claro que para poder determinar si hubo incumplimiento de las conductas a las que están obligados los directores, el primer paso es precisar cuáles son. Para ello, debe aplicarse un plexo jurídico conformado por los artículos 274 y 59 de la Ley nacional N.º 19.550 -Ley General de Sociedades-, leídos a la luz de las previsiones del codificador nacional.

Puesto que el artículo 274 prevé que "Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el

mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (...)", resulta indispensable acudir al artículo 59, que ordena: "Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión'.

Para la comprensión integral de esta norma debe leerse juntamente con los artículos 160, 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación, a saber:

El artículo 160 legisla acerca de la: 'Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión'.

Por su parte, en el Artículo 1724 se prevé que 'Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos'.

A los fines de esclarecer aún más que los directores no sólo responden por dolo (y que, aún en ese caso, se trata tanto de dolo penal como civil), entiéndase que se ya se definió que:

- ***La imprudencia** 'es todo aquello que, con arreglo a las circunstancias del caso, y en función del tema cuyo análisis debe efectuarse, aparece como atrevido, riesgoso o peligroso para las personas o bienes ajenos; o sea un comportamiento actuado sin la adopción de los cuidados debidos, precipitado, irreflexivo o que ha*

implicado la asunción de riesgos innecesarios' (RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, Tº. IV, pág. 1032);

- ***La negligencia** es la despreocupación por el modo de cumplir los deberes, es la 'Omisión de la atención debida por inacción o descuido o por acción incorrecta, inadecuada o insuficiente' ('Diccionario Panhispánico de Español Jurídico', https://dpej.rae.es/lema/negligencia); y*
- ***La impericia** consiste en la 'incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte' (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos A., 'Los factores subjetivos de atribución, en responsabilidad civil', Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 144).*

Sin duda, es cierta la afirmación que los directores deben responder por los daños que causen al patrimonio societario cuando actúen con dolo. Pero insuficiente.

El abogado dictaminante debió precisar que además de la noción de dolo delictual se incluye la de dolo civil; de ahí se sigue que los integrantes del directorio deben responder por la producción de los desequilibrios patrimoniales generados tanto de manera intencional como cuando se producen por las acciones realizadas con indiferencia respecto de las consecuencias que puedan generar sus decisiones.

Sobre estos temas se ha dicho que: 'en la medida que uno tenga que hacerse responsable de lo que dice o promete, existe un incentivo alternativo para ser veraz, incluso si se es deshonesto y está dispuesto a engañar al otro'

(STREB, Jorge, 'El significado de racionalidad en la economía', Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina, https://ucema.edu.ar/publicaciones/ download/documentos/139.pdf).

Hay que agregar a todo ello el artículo 1725 del Código Civil y Comercial, que es la norma de clausura que permite comprender la responsabilidad por el mal desempeño de los ex-directores, en el que se prevé: 'Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente'.

Todo este plexo normativo ordena que los integrantes del Directorio de la SAPEM deben: 1) actuar con integridad y veracidad en la defensa de los intereses societarios; y 2) que las decisiones que afecten el patrimonio que administran se tomen con conocimiento y prudencia, atendiendo a las distintas circunstancias imperantes, buscando minimizar riesgos y optimizar beneficios, informando con claridad a los accionistas. Y que, si no lo hacen, están obligados a resarcir por el daño causado.

Es que estas características (integridad, veracidad, conocimiento, prudencia, etc.) son intrínsecas al cargo que se asume. Recuérdese que se sentenció: 'Los directores de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria —en el caso, Argentina Televisora Color— que habrían celebrado negocios perjudiciales para ella, ***no pueden liberarse de responsabilidad so pretexto de inexperiencia en la actividad que la entidad desarrolla, por cuanto la imputación que se les endilga se asienta en el quebrantamiento de los principios de diligencia y buena fe en el ámbito de la administración***

comercial' *(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, causa "Administradores de A.T.C. S.A.", del 12 de junio 2006).*

Además, por supuesto, tienen la obligación de rendir cuentas de su actuación. Es oportuno resaltar que el artículo 858 del Código Civil y Comercial de la Nación especifica que: 'Se entiende por cuenta la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque consista en un acto singular. Hay rendición de cuentas cuando se las pone en conocimiento de la persona interesada, conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes'.

A todo ello hay que agregar que no se requiere que el acto u omisión del director infrinja una norma legal para tener que reparar el daño al patrimonio de la empresa estatal, sino que basta que la pérdida patrimonial no esté justificada ya que 'Cualquier acción u omisión que causa daño a otro es antijurídica si no está justificada' *(artículo 1717 del Código Civil y Comercial).*

Vale la pena mencionar que los integrantes del órgano de administración del LFM fueron nombrados en razón de su aparente experiencia. El Dr. Carlos LÓPEZ se había desempeñado como Director del Laboratorio del Hospital Regional de Ushuaia, la C.P. Clara LÓPEZ RÍOS ocupó los cargos de Directora de Administración del Ministerio de Salud de Tierra del Fuego y de Contadora General de la Provincia, y el Dr. Santiago VILLA, especialista en patentes, había sido empleado de BMS hasta ser nombrado en el LFM.

Es claro que, al menos en apariencia, eran personas formadas y con conocimiento en lo que hacían; por ello corresponde analizar sus decisiones 'con mayor rigor por tratarse de un comerciante profesional con alto grado de especialización; condición que la responsabiliza de manera especial por su superioridad técnica que les impone el deber de obrar con prudencia y pleno

conocimiento del negocio, exigiéndole una diligencia acorde con su objeto' (Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, sentencia del 20 de septiembre de 1999 en la causa 'Banesto Banco Shaw S.A. c. Dominutti, Cristina', reiterada en 'Molinari, Antonio F. c. Tarraubella Compañía Financiera S.A.' el 24 de noviembre de 1999).

Sin embargo, respecto del segundo grupo de adquisiciones de Atazanavir, existe una llamativa desproporción entre la cantidad del medicamento comprado (US$3.685.440), el vendido (US$1.030.480) y el incinerado (US$2.654.960).

De estos datos objetivos resulta que la adquisición de estas drogas fue imprudente, fruto de la falta de planificación y de cuidado por el patrimonio que administraban y de una absoluta ausencia de análisis racional de las circunstancias. No se percibe, de las actuaciones bajo análisis, una sola justificación que haga creer lo contrario.

Teniendo presente que esas compras se hicieron con dinero de la deuda pública y con fondos del tesoro provincial, no encuentro reparos para afirmar que los directores no actuaron con la diligencia del buen hombre de negocios, según prevé el artículo 59 de la Ley 19.550, o fue una '(…) asunción de riesgos que ya en condiciones normales resultaban excesivos, en absoluta contradicción con las obligaciones del cargo y en el marco de un colosal desorden administrativo' (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 12 de junio de 2006, fallo 'Administradores de A.T.C. S.A.', LA LEY AR/JUR/2802/2006).

En esa línea, a partir de la consulta de la Secretaría Contable, debe profundizarse aún más y analizar la decisión de comprar 127.008 frascos sin tener siquiera un contrato firmado con el Ministerio de Salud de la Nación y conociendo o teniendo la obligación de haber conocido que el Atazanavir 300 mg dejaría de usarse en el Programa Federal de Salud VIH.

Lo que en este capítulo estamos viendo es si los directores deben responder sólo por dolo o si son responsables por los daños que hayan generado a la sociedad tanto por dolo como por culpa, por impericia, por imprudencia o negligencia, tanto sea por acción o por omisión.

Sabemos que esto es así y sobre ello se han manifestado los jueces, estableciendo que:

'La operatividad de esos dispositivos normativos se asienta en la noción del dolo y también de la culpa valorada, en lo pertinente, según las pautas de los arts. 1724 y 1725 del Cód. Civ. y Comercial (antes arts. 512 y 902 del Cód. Civil), que puede ser in commitendo cuando se ejecutan actos que violentan disposiciones legales o estatutarias; in negligendo cuando no se cumple con las obligaciones que emanan de la ley, el estatuto o las resoluciones asamblearias; e in vigilando cuando se cometen faltas, descuidos o inobservancia de funciones en perjuicio de la sociedad (…)

La responsabilidad del director no empieza allí donde termina su diligencia, sino allí donde comienza su culpa o malicia, traducida en la voluntad constante de causar daño a sabiendas o en un descuido injustificado o negligente de sus obligaciones como buen hombre de negocios.

La responsabilidad, entonces, no se vincula con la mera presencia del poder de dirección, sino con la conducta observada por el director en el ejercicio de tal poder (esto es no haberse conducido con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, o haberlo hecho con culpa, dolo o abuso de facultades); y por ende, para que se configure la responsabilidad civil es necesario que los hechos u omisiones hayan ocasionado un perjuicio (cfr. Halperín, en 'Sociedades anónimas', Buenos Aires, 1975, ps. 449 y sig.; esta Sala, 'Devoreal SA s/ quiebra

c. Moreno y otros', 01/11/2016, íd., 'Dios Echeverría, Federico D. c. Ruca Covún SRL', 04/04/2017; íd., 'Carloni, Aladino E. c. A Campo Traviesa SRL', 10/04/2018)' (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 'Belac S.A. c. Curet, Sebastián Y Otros s/ ordinario', 3 de octubre de 2019, TR LALEY AR/JUR/56362/2019).

También en sede judicial se sentenció que: '(...) asiste razón al quejoso en lo relativo al factor de atribución en el caso sub lite. Se trata en mi opinión de una actuación dolosa por parte de la demandada, ya que a la luz del art. 1724 in fine del ordenamiento sustancial vigente, hubo una manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, esto es, una despreocupación por el resultado que se pudiera causar en el damnificado debido a la conducta seguida por la accionada' (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación, causa: 'S. D.A. c. C. B. M. - Ordinario - Daños y Perj.-Recurso de apelación', Expte. N.º 6355956, sentencia del 28 de mayo de 2019).

Asimismo, la jurisprudencia ha resuelto que los directores responden tanto por dolo como por culpa en las acciones dañosas cometidas contra la sociedad y que 'Para que tal responsabilidad opere es necesario la existencia de culpa, la cual se erige como fundamento de la responsabilidad, siendo una noción adecuable a cada caso y persona en concreto a apreciar prudencialmente por el juez. Dicha apreciación debe hacerse a la luz de las pautas configuradas en los arts. 59, L.S.C. y 512 y 902, C. Civ. Están demostradas en autos las irregularidades registrales. La ilicitud apuntada constituye un quebrantamiento de la lealtad y la diligencia exigible a un 'buen hombre de negocios' (arts. 59 y 274, L.S.C.).' (causa "Navalesi Marta Laura y otro c/ Les Bejart S.A. y otro s/ despido' –Cámara Nacional del Trabajo –Sala V – sentencia del 30 de octubre de 2015).

También es aplicable al caso que 'Es deber del administrador ser leal y diligente, en tanto actúa administrando un patrimonio e intereses ajenos' (Cámara Nacional en lo Comercial, sala B, 'Isabella, Pascual c. Frymond SA y

otros', 28/09/2012,, AP/JUR/3601/2012; y en 'San Justo SA s/ quiebra c. Garavano, Alfredo J. E. y otra', 05/12/2013).

En el mismo sentido, se sentenció que: 'El art. 59 de la ley 19.550, al fijar en cabeza de los administradores societarios el deber de un obrar leal y conforme al estándar del buen hombre de negocios, establece la necesidad de que cumplan con ciertos deberes fiduciarios que la doctrina ha examinado largamente, uno de los cuales es, por cuanto aquí interesa, el de informarse sobre la marcha de los negocios sociales a los efectos de establecer un adecuado control sobre ellos. El de informarse es un deber que, en efecto, deriva del de diligencia resultante del citado art. 59' (causa 'García del Ro Luis c/ YPF S.A. s/ exhibición de libros' –Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, sentencia del 6 de noviembre de 2013).

Aún en la hipótesis que alguien tuviera dudas, los prudentes decidores del derecho sentenciaron:

'Los administradores de una sociedad deben actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios y son responsables por las faltas cometidas en los términos de la LS: 59. La responsabilidad nace de la circunstancia de integrar el órgano de administración, de manera que cualesquiera que sean las funciones que efectivamente cumple el administrador, su conducta debe ser juzgada en función de la actividad obrada –o no realizada- por el órgano.

Ello, aunque el imputado alegue funciones nominales o no, que no haya actuado efectivamente en relación con los hechos que se reputan disvaliosos, o no haya tenido conocimiento de ellos; porque es función de cualquier integrante del órgano de conducción la de controlar la calidad de la

gestión empresarial. En el contexto descripto, el incumplimiento a sus obligaciones da lugar a una suerte de culpa in vigilando pues el distingo entre la condición de administradores y su ejercicio efectivo en torno a una cuestión concreta, antes de dispensarlo de responsabilidad, la agrava porque importa no haberse interesado debidamente en la actuación del ente' ('Comisión Nacional de Valores c/Massuh SA s/ organismos externos' –CNCOM –SALA B – 17/04/2012, elDial.com -AA7718).

Resulta oportuno agregar que 'Desempeña mal su cargo el director desleal con la sociedad administrada, el negligente o imprudente, el dispendioso con los recursos societarios, el incompetente para el ejercicio de la función y, en fin, aquel que no pusiera en el cuidado y manejo de los negocios sociales la misma aplicación, diligencia e interés que en los propios' (MASCHERONI, Fernando H., 'El directorio en la sociedad anónima', Ed. Cangallo, Buenos Aires, 1978, pág. 109).

Como consecuencia de lo expuesto, es claro que tanto las fuentes de derecho como los jueces entienden que los directores de una SAPEM responden por dolo civil, culpa o negligencia, ya sea por acción o por omisión, siempre que el daño producido a la empresa haya sido resultado de un abuso del poder de discreción (asumiendo riesgos que aun en condiciones normales resultan excesivos) o con indiferencia por las consecuencias que puedan acarrear a la sociedad o sean el efecto del descuido injustificado o negligente de sus obligaciones como buenos hombres de negocios, que en este caso se materializó con la compra innecesaria de los medicamentos. Sobre este punto seguidamente se efectúa el análisis respectivo.

II.3 Acerca del contrato entre el Laboratorio del Fin del Mundo y Bristol Myers-Squibb

II.3.a) El memorandum de entendimiento

Para poder interpretar el contenido y alcance del contrato entre LFM y BMS, las partes nos proveyeron de una herramienta insustituible: el

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 320

Memorándum de Entendimiento (firmado el 15 de agosto de 2017, a fojas 27/36 de este expediente).

En este documento preparatorio se formalizó la voluntad de las empresas y se fijaron las pautas para realizar el contrato firmado el 6 de abril de 2018, incorporado a fojas 469/510 en el que se reglaron sus derechos y obligaciones recíprocas.

Especialmente relevante en este análisis es que se definió cuál era la finalidad perseguida por las partes: que el LFM pueda cumplir con los requerimientos que le haría el Programa Federal de Salud VIH SIDA del Ministerio de Salud de la Nación de una de las presentaciones del medicamento Atazanavir (grageas de 300 mg). Cualquier otra venta a otro programa o interesado, ya sea de ésta u otra presentación, quedaban vedadas.

En este documento se acordó que en el contrato entre LFM y BMS 'quedará expresamente limitado a vender el Producto terminado al MSN [Ministerio de Salud de la Nación] para el Programa de Salud de HIV de acuerdo con el Proyecto ATZ, solamente dentro del territorio Argentino (…) salvo acuerdo escrito de las Partes, no tendrá derecho a comercializar, vender, revender, distribuir, almacenar, donar o deshacerse del Producto y/o Producto Terminado de ninguna otra manera que no sean aquellas expresamente permitidas bajo el Acuerdo' (a fojas 29 vuelta del expediente).

Asimismo, se estableció en la Sección 'II.2 Condiciones Precedentes' (a fojas 30 de este expediente) que, para que el contrato fuese plenamente efectivo, que el LFM debía cumplir ciertas condiciones previas.

Entre estas condiciones precedentes se incluyó: a) el nombramiento de la empresa estatal como proveedor exclusivo del Producto Terminado en

relación con el Programa Federal de Salud de VIH de acuerdo con el Proyecto ATZ; y b) que se celebrara el acuerdo entre el Ministerio de Salud de la Nación y el LFM. Sin embargo, en los hechos, el único acuerdo concretado entre ellos es la contratación interadministrativa por 60.000 frascos que se perfeccionó el 1° de marzo de 2019 mediante la Decisión de la Jefatura de Gabinete N.° 145/2019 (a fojas 112 de este expediente).

Por otra parte, en la sección 'II.3 Condiciones Resolutorias' (a fojas 30 de este expediente) se pactó que cesarían las obligaciones derivadas del contrato si el acuerdo entre el Ministerio de Salud de la Nación y el LFM: '(…) pierde vigencia y si FARMA [por el LFM] deja de ser proveedor exclusivo del Producto Terminado respecto al Programa Federal de HIV; b. Si el acuerdo MSN/FARMA [por el Ministerio de Salud de la Nación y el LFM] es terminado, anulado, declarado nulo, expira o pierde vigencia por cualquier razón; c. Si la demanda del Producto y/o Producto Terminado se reduce en más de un 20% (veinte por ciento) en relación a la proyección establecida bajo el Acuerdo'.

De este modo se puso por escrito que sería resolutoria la frustración del fin del contrato entre el LFM y el Ministerio de Salud de la Nación, ya que, si se diese tal condición, el contrato conexo (entre LFM y BMS) se quedaba sin uno de sus elementos esenciales (la causa).

Profundizando sobre esta afirmación, hay que reconocer que no se puede escribir más claro que el contrato que se celebraría entre el LFM y Bristol estaría subordinado a la relación jurídica entre el Estado Nacional y el LFM para cumplir con la provisión de un medicamento determinado (únicamente en una de sus posibles presentaciones) y sólo para uno de sus programas. Sin esta finalidad, el contrato a celebrar no tendría sentido y se debería realizar una operación jurídica distinta.

Por otra parte, hay que hacer hincapié en los elementos explícitos que serían determinantes para la firma del contrato: La existencia de un convenio entre el Ministerio de Salud de la Nación y el LFM en el que se lo nombre como

proveedor exclusivo de Atazanavir 300 mg para el Programa Federal de Salud VIH SIDA en el que se estableciera cuál sería la demanda por dos años.

Debe subrayarse que este acuerdo de exclusividad entre el Ente Nacional y el LFM sería la condición para fijar el volumen mínimo de adquisiciones que haría el Ministerio de Salud al laboratorio estatal fueguino y de ahí se deriva la cantidad que este último le compraría a Bristol Myers-Squibb.

Incluso se previó que en el contrato a firmarse entre el LFM y BMS, 'En el supuesto de que el Volumen Mínimo disminuya en una cantidad mayor al 20% (veinte por ciento) del Volumen Mínimo anual en cualquier año del contrato, BMS puede (i) revisar los términos del Acuerdo, incluso el precio del Producto, con vistas a arribar a un acuerdo justo acerca a cómo ajustar las diferencias de la demanda real; o ii) BMS podrá terminar el acuerdo sin cualquier encargo, de acuerdo con la Sección II.3 (c) anterior' (a fojas 31 del expediente).

Agregado a ello, resulta vital para este análisis que en el memorándum se fijó que el contrato que se celebraría entre el LFM y BMS tendría una validez de tres años 'siempre que se cumplan las condiciones precedentemente establecidas en la Sección II.2', (a fojas 30 vuelta del expediente).

Resulta así evidente que el contrato que se firmaría entre las partes no era un fin en sí mismo, sino un medio para la obtención de un fin: cubrir la demanda del Ministerio de Salud para su Programa de Salud VIH.

Esta es, en definitiva, la principal herramienta que nos brinda el memorándum la de darnos a conocer la finalidad perseguida, el objetivo final, la

razón por la que se firmaría el contrato. Como seguidamente se puede comprobar, esto también se reflejó en el documento final.

II.3.b) Derechos y obligaciones establecidos en el contrato entre LFM y BMS

Como consecuencia de las negociaciones llevadas a cabo según lo pautado en el memorándum de entendimiento, el 6 de abril de 2018 se firmó el contrato entre BMS y LFM -al que se lo identifica como 'FARMA'-. Allí se consideró que:

'La epidemia de VIH/SIDA es una crisis de salud grave y están entrando en este Contrato como parte de un esfuerzo humanitario con el objetivo de aumentar el acceso efectivo y el uso de sulfato de atazanavir 300 mg) (…) FARMA hará todo lo posible para comercializar y poner a disposición las cantidades adecuadas del Producto Terminado (según se define a continuación) con la finalidad de satisfacer las necesidades del MINISTERIO DE SALUD DE ARGENTINA (el MSAL) en el Territorio bajo el Programa Federal de Salud VIH' (fojas 469 vuelta del expediente).

En el mismo sentido se afirmó que el laboratorio del Estado fueguino 'es parte de un 'Acuerdo de Cooperación' con el MSAL, adjunto al presente como Anexo III, mediante el cual … establecieron las bases para que el MSAL y FARMA puedan celebrar acuerdos específicos para la adquisición del Producto Terminado de FARMA hasta julio de 2019, al menos, con el propósito expreso de cumplir con los requisitos del Programa de Salud Federal de VIH' (a fojas 470).

En esta instancia hay que aclarar cuatro asuntos: que el Anexo III está vacío, que cuando se lee FARMA se hace referencia al LFM, que por MSAL debe entenderse el Ministerio de Salud de la Nación y que a fojas 471 se define que Proyecto ATZ 'Significa, exclusivamente dentro del Territorio, (i) la importación y compra por parte del Producto por parte de FARMA exclusivamente de BMS (o cualquiera de sus Filiales o un tercero designado por BMS;(ii) la realización del envasado secundario del Producto por parte de FARMA, incluyendo el etiquetado utilizando la Información Técnica (según se

define a continuación) de BMS, en la medida autorizada y proporcionada por BMS para tal fin como se detalla en este Contrato;(iii) Conducción por parte de FARMA del control de calidad y las pruebas de liberación del Producto Terminado basadas en la Información Técnica;(iv) Almacenaje y realización de farmacovigilancia por parte de FARMA; y (v) el suministro y venta del Producto Terminado bajo la marca propia de FARMA al MSAL, en relación con el Programa Federal de Salud VIH, limitado a, y exclusivamente para, el canal de comercialización institucional como proveedor exclusivo del MSAL en el Territorio'.

Además de dar por sentado que existe un contrato en el que se establece al LFM como proveedor exclusivo, al definir los términos de referencia del contrato, se precisó que "Estimación' significa la estimación anticipada por FARMA con respecto a la cantidad de Productos que planea comprar a BMS como se especifica en la Sección 8.4' (fojas 471 vuelta del expediente). Como luego se corroborará, esta definición es fundamental para determinar las responsabilidades por incinerar medicamentos valuados en 2.6 millones de dólares.

Para una mejor comprensión de la situación, también se aclaró que "Programa Federal de Salud de VIH' significa el programa federal de salud del MSAL para ayudar a pacientes con VIH y SIDA al proporcionar el Producto Terminado, comprado exclusivamente a FARMA, al menos hasta el año 2019, según la decisión del MSAL que se adjunta como Anexo IV' (fojas 471 vuelta del expediente).

Más aún, al establecer el alcance del contrato se precisó que la 'autorización de BMS a FARMA para la venta del Producto Terminado a MSAL

durante el Plazo de este Contrato solo dentro del Territorio y exclusivamente en relación con el Programa Federal de Salud de VIH, de conformidad con el alcance del Proyecto ATZ.

2.2. Durante la vigencia de este Contrato, FARMA reconoce y acepta que cualquier licencia otorgada en virtud del presente para proceder al envasado secundario, uso, venta y/o reventa del Producto y/o Producto Terminado se concede únicamente bajo y con respecto de la Información Técnica en el Territorio, para asistir al Programa Federal de Salud de VIH en relación con el Proyecto ATZ' (a fojas 474 del expediente).

Puede corroborarse que una y otra vez se hace referencia a que la autorización al LFM de comercializar sólo una de las tres posibles presentaciones de Atazanavir está dirigida a cumplir el Programa Federal de Salud VIH SIDA.

Por si hubiera alguna duda, se estipuló que: '2.2.1. Durante el Plazo de este Contrato, ni FARMA ni ninguna de sus Filiales promoverá, distribuirá, comercializará, venderá, revenderá o dispondrá de cualquier otra forma del Producto o del Producto Terminado, ni directa ni indirectamente, ni participará en ninguna colaboración o distribución, vender, revender y/o donar arreglos u otorgar (o pretender hacer cualquiera de los anteriores) a un tercero cualquier derecho de fabricar, envasar, re-envasar, usar, promover, distribuir, comercializar, vender, revender, donar o disponer de cualquier otro producto que contiene IFA del Producto, el Producto o el Producto Terminado fuera del Territorio y/o un tercero que no sea MSAL para el Programa Federal de Salud de VIH' (fojas 474 y vuelta).

Así queda claro que el LFM sólo podía comprar una de las presentaciones de Atazanavir 300 mg (las de 150 mg y 200 mg quedaron fuera del acuerdo) para etiquetar y vender únicamente al Programa Federal de Salud de VIH del Ministerio de Salud de la Nación, a ningún otro comprador ni siquiera a otro programa del mismo Ministerio.

Todo esto tendría como fundamento un contrato mediante el cual el Ministerio de Salud de la Nación le garantizaría al LFM ser el único proveedor del medicamento por el plazo de dos años y un volumen determinado que estaría agregado en el Anexo IV del contrato.

Sin embargo, al verificar el Anexo IV del contrato resulta que éste se encuentra vacío (fojas 496 vuelta del expediente). Dicho sea de paso, es notable que en el contrato escrito en lengua inglesa la foja de este anexo no está presentada al Tribunal de Cuentas, como se puede confrontar a fojas 82/83 del expediente, pues se pasa del Anexo III (vacío) al Anexo V.

De ello resulta que no había un volumen de Atazanavir 300 mg pactado y su stock se basó en una estimación de los mismos directores del LFM cuyas decisiones ahora se analizan. Acorde con la cláusula transcripta, este pronóstico podía ser modificado bimestralmente, sujetándolo a la demanda del Ministerio de Salud de la Nación.

Podría intentarse oponer a este análisis dos objeciones, pero ambas son posteriores a la firma del contrato con BMS y tampoco cumplen con los recaudos básicos.

La primera, vinculada al Anexo III, sería que hay un acuerdo entre el Ministerio de Salud de la Nación y la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos de la que el LFM forma parte, sin embargo dicho convenio de ningún modo otorga exclusividad al LFM para proveer Atazanavir 300 mg, ni fija el volumen de medicamentos a suministrar.

La segunda de las impugnaciones podría ser que hay una carta de intención a fojas 158 del expediente (de fecha y origen inciertos). Sin embargo,

se trata de un documento que en nada obliga al Ministerio de Salud de la Nación.

Lo primero que hay que decir es que una carta de intención muestra el inicio de tratativas para evaluar si se concretará o no un vínculo contractual, refleja negociaciones que se pueden abandonar en cualquier momento. Tal y como surge a las claras del artículo 993 del Código Civil y Comercial, una carta de intención no es un acuerdo, ni un convenio ni un contrato. Es claro que no debe confundirse el proceso de negociación con el contrato en sí.

Además, por aplicación de este mismo criterio, cabe decir de la presentación de ofertas en una contratación administrativa no es una obligación contractual, como es el caso de la oferta presentada el 15 de agosto de 2018 (a fojas 160 del expediente).

Para dicha circunstancia se aplicaría el artículo 20 del Decreto nacional N° 1023/2001 en el que se prevé: 'Los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación. Las jurisdicciones o entidades podrán dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin lugar a indemnización alguna en favor de los interesados u oferentes'.

Es claro, y así se entiende en sede judicial, que '(…) los oferentes no poseen un derecho subjetivo al contrato administrativo ni un interés legítimamente protegido, pues como regla del proceso licitatorio, solo tienen expectativas fácticas que consisten en la posibilidad abstracta de adquirir algún derecho si concurren, simultánea o sucesivamente, varios acontecimientos, siento totalmente inseguro que el proceso de formación del derecho se realice' (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 'Cadesa S.A. c. Estado Nacional (ANA) s/daños y perjuicios', Fallos: 312:343).

En concreto, volviendo al análisis, es claro que el contrato entre BMS y LFM tiene como finalidad satisfacer la demanda del Ministerio de Salud de la Nación para su Programa Federal de Salud VIH; esto es fundamental porque el volumen de compra de Atazanavir 300 mg por parte del LFM estaba subordinado a los contratos de provisión que en exclusividad éste tuviera con el Ente nacional. Es lógico que, si se elimina esa finalidad, el contrato no tiene sentido y ya no es posible exigir el cumplimiento de ejecuciones pendientes.

Justamente, cuando el Ministerio de Salud de la Nación discontinuó el Atazanavir, BMS, no exigió indemnización alguna. Este comportamiento en una empresa comercial sólo se explica si eran conscientes de la conexidad entre los contratos y de la subordinación a los requerimientos del Programa Federal de Salud VIH SIDA.

También, ya se hizo hincapié en el excesivo stock que derivó en el vencimiento de los medicamentos, y su posterior quema fue una decisión desacertada de los directores de la empresa. Este hecho (la incineración) es una prueba contundente que obraron de manera imprudente, negligente y culpable.

A los fines del análisis, es obvio que se trata de dos o más contratos autónomos coligados, en el que hay uno que determina a los demás: Aquél por el cual el Ministerio de Salud de la Nación se compromete a comprar exclusivamente al LFM el Atazanavir 300 mg para satisfacer una cantidad determinada de dosis.

Si bien es cierto que el LFM no ha acreditado la existencia de tal acto jurídico, sí se cuenta con el contrato interadministrativo perfeccionado el 1º de marzo de 2019 mediante la Decisión Administrativa N.º 145/2019, de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional por 60.000 frascos, de 30

dosis cada uno, y un valor total de PESOS CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($165.600.000) a fojas 112. Tan cierto como ello es que esa es la única venta que se hizo al Programa Federal de Salud VIH SIDA.

Para finalizar este apartado: la buena técnica jurídica identifica a estas relaciones como contratos conexos, y una de las consecuencias es que, si se extingue el contrato principal la misma suerte siguen los que están a él condicionados. Esta conexidad entre los contratos surge de la conducta de los contratantes, así lo entiende el Código Civil y de este modo lo establecieron los firmantes. Sobre estos asuntos se profundiza seguidamente.

II.3.c) Conducta de los contratantes y fuentes de derecho que corroboran de que se trataba de contratos conexos - consecuencias jurídicas -

Si nos ceñimos a lo que ocurrió en la realidad, resulta que el contrato entre BMS y LFM establecía (por estimaciones hechas por los ex integrantes del directorio del LFM) una transacción de 360.000 frascos, a razón de 180.000 en el año 2018 y 180.000 en 2019. Sin embargo, estas compras estaban subordinadas a los requerimientos del Programa de Salud VIH del Ministerio de Salud de la Nación.

Desde el año 2018 en adelante, el Ministerio de Salud de la Nación sólo hizo una compra de Atazanavir 300 mg por 60.000 frascos (el contrato interadministrativo con el LFM de marzo de 2019, ya señalado).

Sin embargo, el LFM compró 127.008 frascos (cuadro provisto por el laboratorio estatal a fojas 456 del expediente) entre el 10 de agosto y el 13 de noviembre de 2018.

Si fuese cierta la afirmación del asesor jurídico de la empresa estatal respecto de que el LFM tenía la obligación contractual de comprar 180.000 frascos por año, ¿por qué esta conducta no generó por parte de BMS ninguna sanción ni reclamo por el remanente del volumen estimado al momento de contratar?

La falta de reclamo de BMS se explica, por un lado, por la propia naturaleza del contrato de suministro cuya finalidad era la de satisfacer los requerimientos del Programa Federal de Salud VIH SIDA, más allá de que se hubieran programado ciertos cupos entre LFM y BMS. Por otro, en la doctrina de la frustración de la finalidad del contrato, originada en los casos paradigmáticos 'Chandler vs. Webster' y 'Krell vs. Henry'.

Dicho en otros términos: si el Ministerio de Salud de la Nación no requería medicamentos, el LFM no estaba obligado a comprar a BMS. Así lo previeron tanto al momento de sentar las bases de la negociación como en el propio contrato.

Puede confrontarse que al definir los términos de referencia del contrato se estableció que la estimación que realizaría el Directorio del LFM respecto de volumen de droga a adquirir se especificaba en la "Sección 8.4" (a fojas 471 vuelta). Siguiendo ese envío, se corrobora que en la Sección 8.4. se puntualizó lo siguiente:

'8.4. Proyección: Para permitir la planificación de la producción por BMS, FARMA acuerda proporcionar a BMS una proyección móvil continua de veinticuatro (24) meses para el Producto con una desviación limitada de 20% veinte por ciento (hacia arriba o hacia abajo) en relación con una proyección enviada previamente, que será proporcionada por FARMA a BMS cada dos meses (la 'Estimación') de acuerdo con el Programa Federal de Salud VIH. Los productos serán solicitados por FARMA a través de órdenes de compra vinculadas a la Estimación.

8.4.1. FARMA confirmará la Estimación inicial durante al menos los primeros seis (6) meses dentro de los quince (15) días posteriores a la obtención

del Registro Sanitario y la Estimación restante para el período de veinticuatro (24) meses dentro de los sesenta (60) días de obtenido el Registro Sanitario"(a fojas 481 vuelta y 482).

De la propia fuente de derecho que une a las partes (el contrato) surge que la provisión del medicamento estaba destinada al Programa Federal de Salud VIH SIDA y que quien debía realizar las estimaciones del volumen de la operación (con actualizaciones bimestrales) era el LFM.

De lo primero se deriva que si el programa no necesitaba medicamentos, entonces no era necesario el suministro, tal y como ya se dijo.

De lo segundo, que el LFM era el responsable de 'estimar' el volumen de transacción con BMS de acuerdo a lo que requiriese el Ministerio de Salud en cantidad y calidad, incluida una fecha de caducidad de los productos que 'no podrá ser menor de dieciocho (18) meses contados a partir de la entrega' (Punto 1.3 del Pliego de Bases y Condiciones del llamado a presentar ofertas en el que se originó la contratación interadministrativa).

Sobre este asunto volveremos al momento de tratar la responsabilidad de los directores que compraron los medicamentos incinerados en los puntos 'II.4 Objeciones al dictamen jurídico del asesor legal del LFM' (páginas 62/69 de este informe) y 'III. Ejercicio de la acción societaria de responsabilidad por mal desempeño en el cargo de los ex integrantes del directorio' (páginas 70/83 de este dictamen).

Así se puede confirmar, por un lado, la conexidad entre los contratos; por otro, que no se puede invocar al contrato entre BMS y LFM como obligación para comprar los medicamentos incinerados, ***pues era a partir de la información del propio comprador que se establecía el volumen****. Además, como veremos en el apartado siguiente, era obvio que se dejaría de utilizar el medicamento. Entonces, es claro que los directores no tuvieron la diligencia suficiente y estimaron mal, o fueron imprudentes y se equivocaron al comprar. Lo*

que es claro es que, sin importar la excusa que esgriman, son los únicos responsables.

Podría cuestionarse que sólo se trata de una opinión jurídica, pero si se recurre al Código Civil y Comercial como fuente de derecho objetivo, resulta evidente que era posible la resolución del contrato con BMS sin tener que pagar compensación alguna, por 'frustración de la finalidad contractual'. Para ello se aplica el plexo normativo que resulta de los artículos 281, 957, 1073 a 1075 y 1090.

'La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes' (artículo 281).

'Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales' (Artículo 957).

'Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor' (artículo 961).

'Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley,

expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074' (Artículo 1073).

'Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido' (artículo 1074).

'Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común' (artículo 1075).

'La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial' (artículo 1090).

Como ya se ha señalado, en el caso hay dos contratos coligados: el principal, entre el Ministerio de Salud de la Nación y LFM. El otro, subordinado, entre LFM y BMS, en el que los contratantes establecieron una finalidad común: satisfacer las necesidades de Atazanavir 300 mg en el Programa Federal de Salud.

Aunque se trata de contratos aparentemente autónomos, procuran un resultado común (expresado por escrito en ambos) de tal modo que no se podría alcanzar el uno sin el otro: ***sin demanda del medicamento por parte del Ministerio de Salud, pierde la causa final del contrato de suministro con BMS.***

Se trata de una situación jurídica sencilla, que no podía escapar al conocimiento de los directores del LFM, que contaban con numerosos abogados como asesores.

Además, es propio del buen hombre de negocios interiorizarse de los compromisos que asume en nombre de la entidad que administra. Esto nos lleva al núcleo de la consulta que realiza la Secretaría Contable cuando interroga: ¿Hay responsabilidad en los directores que compraron el medicamento incinerado? Seguidamente se indaga sobre las circunstancias y fundamentos que, como ya se puede advertir, avizora una respuesta afirmativa.

II.3.d) Situación contractual del LFM al momento de la emisión de las órdenes de compra.

Tanto el LFM, en su Nota N.º 9910/2021, del 9 de marzo de 2021 (a fojas 19/466), como la Secretaría Contable, en el Informe Contable N.º 169/2021 (a fojas 511/514) nombran dos tipos de contratos y de relaciones jurídicas de distinta naturaleza: por un lado, la que vinculaba al LFM con el Ministerio de Salud de la Nación; la otra, entre el LFM y Bristol Myers-Squibb.

La primera es propia del Derecho Público y se manifestó en una contratación interadministrativa para la compra de 60.000 frascos de Atazanavir 300 mg. (Decisión de Jefatura de Gabinete N.º 145/2019 a fojas 112). Este contrato estuvo sometido al régimen general de las contrataciones públicas del Estado Nacional, regulado en el Decreto nacional Nº 1023/2001 y su reglamentación, el Decreto nacional Nº 1030/2016.

La segunda, entre el LFM y Bristol Myers-Squibb (en adelante BMS), derivó en un contrato de derecho privado cuyo objeto era proveer al LFM las

cápsulas de 300 mg (una de las tres presentaciones de la droga Atazanavir) para que la empresa estatal suministre a uno de los programas del Ministerio de Salud de la Nación: el Programa Federal de Salud VIH SIDA.

Como bien se señala en el Informe Contable N° 169/2021, las partes dejaron claro que este contrato de provisión estaba sujeto a la celebración de un acuerdo con el Ministerio de Salud de la Nación en el que deberían fijarse, entre otros asuntos, que ese Ministerio: 'deberá adquirir el Producto Terminado exclusivamente de LFM, conforme el volumen establecido en el 'Acuerdo MSN/LFM' con el expreso propósito de cumplir los requerimientos del Programa Federal de Salud de VIH en Argentina' (a fojas 30 y 512).

Afirmación que se puede confrontar con las condiciones fijadas para celebrar el contrato, según las cuales el LFM debería: '(v) distribuir y suministrar el Producto Terminado bajo su propia marca al Programa Federal de Salud de VIH, estando esto limitado de manera exclusiva para el canal de comercialización institucional como proveedor exclusivo del MOH [Ministerio de Salud de la Nación] en Argentina' (a fojas 28 vuelta de este expediente).

Tanto es así, que además se fijó como obligación que el LFM mantendría informado a BMS: 'sobre las condiciones comerciales (volumen y precio) del Producto Terminado proporcionando acuerdos que puedan suscribir en relación con el Programa Federal de Salud de VIH y el Proyecto ATZ. FARMA mantendrá informado a BMS tan pronto como sea posible, pero a más tardar quince (15) días después de la ejecución de cualquier acuerdo con el MSAL con respecto al suministro del Producto Terminado, el Programa Federal de Salud VIH y/o el Proyecto ATZ' (a fojas 477 de este expediente).

Para ello el Directorio del LFM garantizó que: '13.2.7. MSAL ha designado como proveedor exclusivo del Producto Terminado en lo que respecta al Programa Federal de Salud de VIH, de conformidad con el Proyecto ATZ" (a fojas 486 vuelta del expediente).

Por otro lado, se pactó que BMS tendría derecho a rescindir el Contrato, a su exclusivo criterio, inmediatamente después de la entrega de un aviso a FARMA, cuando se produzca cualquiera de las siguientes circunstancias '15.3.4. si por alguna razón: (i) el MSAL cancela el Programa Federal de Salud VIH, y/o (ii) MSAL no adquiere el Producto directamente de FARMA, y/o (iii) MSAL, en su totalidad o en parte, usa, transfiere, vende, dispone y/o asigna el Producto no para atender al Programa Federal de Salud del VIH, y/o (iv) si FARMA ya no es el proveedor exclusivo del Producto Terminado para el MSAL' (a fojas 489 del expediente).

A partir de estas expresiones de los contratantes, es clara la subordinación del contrato de suministro de medicamentos entre LFM y Bristol Myers-Squibb a las compras que el Ministerio de Salud de la Nación hubiera comprometido con el LFM.

II.3.e) ¿Era necesario comprar 67.008 frascos más en noviembre de 2018? ¿Había algún contrato pendiente?

Como ya hemos visto, todo gira sobre el mismo hecho: el sobre stock innecesario de una droga que al momento de la compra (8 al 13 noviembre de 2018) ya era obsoleta.

Otro hecho relevante para responder la consulta de la Secretaría Contable, es que el Ministerio de Salud de la Nación decidió mejorar la calidad de atención a las persona que padecen SIDA y dejar de utilizar el Atazanavir 300 mg en su Programa Federal de Salud VIH, pasando a otras estrategias más simples y efectivas, siguiendo la recomendación del VII Consenso de Terapia Antirretroviral, publicadas el 21 de mayo de 2019

(https://www.sadi.org.ar/documentos/guias- recomendaciones-y-consensos/item771-vii-consenso-argentino-de-terapiaantirretroviral-2018-2019).

*Esta recomendación es el reflejo de lo establecido por: a) la Organización Mundial de la Salud entre los años 2016 y 2018 (*http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/273632/WHO-CDS-HIV-18.18-eng.pdf?ua=1a*); b) la Sociedad Clínica Europea SIDA en octubre de 2017 (https://www.eacsociety.org/files/guidlines-9.0-spanish.pdf); c) el Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos en 2017/2018 (*https://clinicalinfo.hiv.gov/en/guidelines/adult-and-adolescent-arv/optimizing-antiretroviral-therapy-setting-virologic-suppression*); y d) el Grupo de Estudio del SIDA del Gobierno de España en enero de 2019 (*https://gesida-seimc.org/wp-content/uploads/2019/02/Guia_Tar_Gesida_Ene_2019.pdf*).*

Por supuesto que las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, la Sociedad Clínica Europea, el Departamento de Salud de Estados Unidos, el Gobierno de España y el Consenso argentino no brotaron de la noche a la mañana, sino que se fundan en estudios desarrollados y publicados a lo largo de los años.

Sólo por poner unos ejemplos, entre los muchos en donde se estudian estas situaciones y se fundan las decisiones de los organismos internacionales, se podrían citar los trabajos de:

ORRELL C., HAGINS D., BELONOSONOVA E. y otros en 'Fix dose combination of DTG/ABC/3TC versus ATV plus TDF/FTC in previously untreated women with HIV-1 infection (ARIA): Week 48 results from a randomised, open-label, non-inferiority, phase-3b study', publicado en Lancet HIV 2017; 4 (12): 536-546.

KOZAL M., LUPO S., DEJESUS E, y otros, 'A nucleoside- and ritonavir-sparing regimen containing atazanavir plus raltegravir in antiretroviral

treatment-naive HIV-infected patients: SPARTAN Study results', publicado en HIV Clinic, Trial 2012;13 (3):119-30.

REYNES J., TRINH R., PULIDO F. y otros, 'Lopinavir/ritonavir combined with raltegravir or tenofovir/emtricitabine in antiretroviral-naive subjects: 96-week results of the PROGRESS Study', publicado en AIDS Res & Human Retrov, 2013;29 (2):256-65.

RAFFI F., BABIKER A., RICHERT L. y otros en 'Ritonavir-boosted darunavir combined with raltegravir or tenofovir-emtricitabine in antiretroviral-naiveadults infected with HIV-1: 96-week results from the NEAT001/ANRS143 randomised non-inferiority trial', publicado en Lancet 2014;384:1942-51.

A partir de las recomendaciones públicas de los organismos internacionales y del Consenso de Terapia Antirretroviral (sumada a la abundante documentación científica) es claro que no fue súbita la decisión de sustituir el Atazanavir 300 mg y elegir tratamientos 'con mayor potencia, menor toxicidad, mayor barrera genética y que sean aptos para ser utilizados por múltiples poblaciones. Incorporar y ampliar la utilización de nuevos esquemas de tratamiento que sean fácilmente tolerables, de posología sencilla que facilite la adherencia, que tengan robustez suficiente y que sean asequibles a un bajo costo' (https://bancos.salud.gob.ar/recurso/boletin-sobre-el-vih-sida-e-its-en-laargentina -ndeg-37).

Dentro del análisis expuesto es posible comprender que había una subordinación entre el contrato entre LFM y BMS con los requerimientos del Programa Federal de Salud VIH SIDA.

Como consecuencia de ello, el volumen de medicamentos a comprar por el LFM se establecía por los contratos que tuviera con el Ministerio de Salud y la estimación que realizara el LFM.

En los hechos concretos, ***no había ningún contrato que obligara a la empresa estatal a comprar ese segundo grupo de Atazanavir 300 mg****. En realidad, ya había reclamos al Ministerio de Salud de la Nación (a fojas 114/130 y 161/173)* ***en el que los propios ex integrantes del Directorio ya reconocían la inconveniencia del negocio, que los costos superaban el valor de la venta y de ahí se infiere el pleno conocimiento de las pérdidas que estaban ocasionando.*** *Asuntos que también se reflejan en las Actas de Asamblea General Extraordinarias N°1, del 18 de septiembre de 2018, y N°2, del 21 de diciembre de 2018, y de las Actas de Directorio N.° 16, del 19 de septiembre de 2018, N.° 18, del 26 de octubre de 2018, y N.° 21, del 20 de diciembre de 2018.*

Por otro lado, si la compra se fundó en estimaciones de los ex-directores, resulta que estas no se fundaron en análisis objetivos ni en informes técnicos (herramientas elementales del buen hombre de negocios). Al menos, esos instrumentos para la toma de decisiones no constan en este expediente.

Es claro que habiendo recomendado los organismos internacionales de salud dejar de utilizar el atazanavir en los tratamientos contra el VIH desde el año 2017 (fundados en una multiplicidad de trabajos científicos anteriores), la decisión de comprar medicamentos sin tener que satisfacer un contrato con el Ministerio de Salud de la Nación significó asumir riesgos exorbitantes.

De hecho, el Consenso Argentino de Terapia Antirretrovial se hizo eco de esas recomendaciones el 21 de mayo de 2019. Este evento, que dio certeza de algo conocido por todos: que el Estado Nacional ya no compraría más el producto. A partir de esa fecha, hasta el 3 de marzo de 2020 en que los accionistas decidieron cambiar el directorio, solo vendieron 10.065 frascos, el 15% de los 67.008 comprados en el segundo grupo (7 y 13 de noviembre de 2018, órdenes de compra N.° 353-3/2018, N.° 552/2018 y N.° 552-1/2018).

De esta manera, resulta claro que:

a) No había ninguna obligación de comprar los 67.008 frascos.

b) La causa final del contrato con BMS, suministrar la droga al Programa Federal de Salud de VIH, había dejado de existir.

c) La desproporción de la cantidad adquirida en relación a las condiciones del mercado.

d) Esta desproporción demuestra que la decisión de comprar el medicamento se realizó con grosera indiferencia por los intereses del LFM o con absoluto desconocimiento de las condiciones del mercado.

e) El desconocimiento de las condiciones del mercado no es otra cosa que negligencia, impericia o imprudencia en el manejo del laboratorio estatal.

f) Tanto sea que la compra se realizó con indiferencia por los intereses del LFM o con desconocimiento de las condiciones del mercado, la consecuencia jurídica es la misma: deben responder por el perjuicio injustificado que le causaron a la empresa que administraban.

g) La incapacidad de los ex directores en colocar el medicamento en el mercado o de devolvérselas a BMS después del 21 de mayo de 2019 (solo vendieron el 15%) confirma su negligencia, impericia e imprudencia en su desempeño como directores del LFM.

II.4) De las objeciones concretas al dictamen jurídico del asesor legal del LFM.

A la luz de todo lo dicho, los ex administradores de la empresa estatal son responsables de haber tomado la decisión de comprar 67.008 frascos de los cuales se quemaron el 72% (48.272 frascos).

Respecto de este hecho, ya señalamos que a fojas 461/466 de este expediente, el asesor legal del LFM afirmó que el daño patrimonial por la cantidad de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA (US$2.654.960) es una consecuencia normal de las operaciones comerciales.

Para así afirmar, se sustenta en sus propias opiniones, hipótesis e intuiciones que no se corroboran en los documentos acompañados, que no ocurrieron en la realidad y que no resultan de las normas aplicables al caso. Contrariamente a la buena técnica jurídica no precisa cuáles son las fuentes de derecho aplicable al caso, sino que se limita a pasar del lenguaje descriptivo al prescriptivo.

Por ejemplo, afirma que el LFM estaba obligado a adquirir 180.000 frascos por año (fs. 463 del expediente), cuando en realidad la demanda estaba sujeta a las compras que realizara el Programa Federal de Salud de VIH y eran los propios directores los que debían hacer las estimaciones (asunto que se analizó en el punto II.3).

Otro error es el afirmar que los directores sólo responden por dolo, cuando tanto la Ley nacional N.º 19.550 (artículos 59 y 274) como el Código Civil y Comercial (artículos 159, 160, 1724 y 1725) establecen que responden por los daños que su accionar produzca tanto por dolo civil como por culpa o negligencia (tema que se estudió en el punto II.2).

Asimismo, se puede confrontar en el expediente que la Directora Ejecutiva del LFM afirma que se le encomendó al asesor legal que "emita opinión jurídica, mediante la cual efectúa un análisis de la operatoria vinculada con la compra-venta de SURAVIR 300 mg' (fojas 19 vuelta del expediente).

No obstante que el objeto de la tarea que se encomendó era la compra de la droga a BMS y la venta posterior al Ministerio de Salud de la Nación, el abogado dictaminante decidió no analizar 'las distintas cláusulas de los

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 320

acuerdos indicados dado que no son de interés para el tema sobre el cual se solicita me expida' (fojas 462).

De ahí que se le pueda cuestionar, por un lado, que no explica por qué los contratos en los que se basan las operaciones no son de interés sobre el tema; por otro, pasó a hacer justamente lo contrario a lo que enunciaba y opinó -sin fundar- sobre las prestaciones a las que estaban obligadas las partes pero sin corroborarlo con las fuentes ni verificar los hechos.

Sin perjuicio que en el dictamen se afirma que: '(…) pareciera que ante la expectativa de un negocio interesante tomaron las medidas que, a su criterio, en ese momento- eran las más adecuadas y convenientes, asumiendo el riesgo pertinente. Con posterioridad las decisiones del mercado afectaron los intereses del LFM SAPEM por no haber podido comercializar los frascos que, en perspectiva serían comprados por el MsyDSN', resulta que fueron las decisiones de los directores las que produjeron el daño, pues asumieron un riesgo exorbitante, con absoluta indiferencia de las consecuencias que ocasionaría al patrimonio provincial.

No hay en el expediente un solo estudio ni plan de negocios que analice el riesgo de comprar un producto que se podía vender únicamente a uno de los programas del Ministerio de Salud, en un plazo brevísimo de dos meses, cuando ya se sabía que la recomendación de los entes internacionales era dejar de usar ese medicamento y que, de la cotización solicitada, de concretarse se limitaría a los 60.000 frascos iniciales.

Considérese además que el laboratorio BMS perdió la exclusividad de la patente sobre la atazanavir -registrada como Reyataz- en el año 2018 tema que se vio en el punto 'II.1.b LABORATORIO DEL FIN DEL MUNDO SAPEM.

EMPRESA PÚBLICA. EL FIN PÚBLICO PERSEGUIDO CON SU CONSTITUCIÓN Y LA LABOR DESARROLLADA' del Informe Legal N.º 245/2019, aprobado e incorporado en la Resolución Plenaria N.º 10/2020.

Por otro lado, tampoco tiene fundamento la afirmación respecto que en la actividad comercial 'si no se arriesga no se gana' (fojas 464). Justamente, la conducta del buen hombre de negocios es la contraria, ya que en la ciencia de la administración resulta que la decisión racional es el mecanismo con que cuenta el empresario para maximizar su utilidad-beneficio y a reducir sus costos y riesgos (se puede confrontar, entre muchos otros, en https://Dialnet-LaRacionalidadEnLaTomaDeDecisiones5031502.pdf;https://www.uco.es/~dh1lavif/INT_ECONOMIA/MaximizacionBeneficio.pdf; https://www.cerem.es/blog/las-claves-para-reducir-costes; *https://www.auladeeconomia.com/microap-material6.htm).*

La ciencia de la administración de empresas (incluso la experiencia más rudimentaria) demuestra que los buenos comerciantes reducen las pérdidas a partir de estrategias que les permiten gestionar tanto los riesgos cotidianos como los excepcionales, evaluando continuamente la información vinculada a los productos que comercializan y a la cadena de suministros. Esto es lo que se espera de la 'lealtad y diligencia del buen hombre de negocios' (artículo 59 de la Ley nacional N.º 19.550).

Hay que subrayar que tanto la decisión racional como la gestión de riesgos en la cadena de suministros no son arcanos reservados para algunos iluminados, sino de cuestiones elementales en la administración de empresas, conocidos por cualquier empresario diligente, incluso, es propia de la experiencia del negociante ordinario, de un profesional promedio.

A partir de allí, se puede inferir que si no se aplicaron herramientas que están al alcance del hombre común, significa que la incineración de medicamentos por un valor de dos millones seiscientos mil dólares fue fruto de la falta de diligencia o de la impericia o de la imprudencia de las personas a cargo

de la toma de decisiones o de que los fines perseguidos no estarían vinculados con optimizar los beneficios del LFM. En todos estos casos su conducta se podría asimilar tanto al dolo como a la culpa (comprensiva de la negligencia, impericia e imprudencia) y la consecuencia jurídica en ambos casos es la misma: deben responder por el daño causado.

El Legislador ha resuelto que si para tomar decisiones en la vida común se analizan las alternativas, se identifica cuál de las opciones es la más útil, la más adecuada a la finalidad perseguida, se verifican los hechos en la realidad y luego se elige lo más conveniente, ***con mucha más razón debe realizarse este análisis en el caso de administrar el patrimonio de ajeno.***

Nada de eso se ve reflejado en una compra de medicamentos que derivó en la incineración que ahora se estudia. La operación de compra-venta de un producto que se paga en dólares y que su posterior reventa se cobra en pesos se realizó en medio de una monumental crisis económica, asunto que el Presidente del Directorio reconoce a fojas 161/173 del expediente, más allá de la inopia de confundir un contrato con la presentación de una oferta (hecho que no genera obligación ninguna).

Además, de la lectura del Pliego de Bases y Condiciones de la única venta de Atazanavir 300 mg que hizo el LFM al Programa Federal de Salud VIH, resulta que el vencimiento de los productos no podría ser menor a 18 meses contados desde la entrega (punto '1.3 Vencimiento', a fojas 138 del expediente).

Si se tiene en cuenta que los medicamentos incinerados ingresaron al LFM el 6 de febrero de 2019 y el 24 de abril de 2019, pero que los vencimientos ocurrirían en septiembre, octubre y diciembre de 2020 (fojas 518 del expediente), el límite para entregarlos en las condiciones del pliego (18

meses) fenecería los meses de mayo y junio de 2019, entonces sólo había un período de uno y dos meses para concretar la venta y entrega.

De ello resulta que la operación de llamado a contratar por parte del Ministerio de Salud de la Nación, la oferta, aceptación, firma del contrato y entrega de los 67.008 frascos de Atazanavir 300 mg al Programa Federal de Salud VIH SIDA debía iniciarse en mayo de 2019 y estar concretada antes de julio del mismo año. A la luz de la experiencia de la compraventa anterior (que comenzó en abril de 2018, y se aprobó en marzo de 2019) resultaba extremadamente improbable.

Así, la compra de los 48.272 frascos quemados se realizó sin tener una obligación contractual de comprárselos a BMS ni de vendérselos al Ministerio de Salud y conociendo o debiendo haber sabido que la Organización Mundial de la Salud, la Sociedad Clínica Europea, el Departamento de Salud de Estados Unidos, el Gobierno de España advertían no usar Atazanavir 300 mg en el tratamiento del SIDA.

De esta recomendación se hizo eco el VII Consenso Argentino de Terapia Antirretrovial 2018/1019, lo que derivó en que el Programa Federal de Salud VIH SIDA ya no utilizó más esa presentación de la droga.

Considerando que la conducta del buen hombre de negocios consiste en tomar decisiones racionales que le permitan reducir riesgos en la cadena de suministros, disminuir los costos y maximizar los beneficios, se puede concluir que los directores que tomaron riesgos desmesurados (comprar un producto en dólares para vender en pesos, teniendo un único potencial comprador pero sin un contrato que obligue a realizarlo, en medio de una crisis económica) ignorando las recomendaciones de los organismos internacionales, sin tener un plan de negocios y que produjeron una pérdida del 72% del insumo adquirido, actuaron como malos hombres de negocios. O, al menos, como hombres de negocios negligentes e ignorantes.

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 320

Además, sabiendo antes de recibir los medicamentos que sería imposible venderlos, de todos modos continuaron con la operación.

Entonces, contrariamente a la opinión del respetado colega, tanto las órdenes de compra y de pago, los informes técnicos, las investigaciones científicas que debajo se citan, así como las fuentes de derecho (contratos firmados, Ley General de Sociedades, Código Civil y Comercial, Decretos nacionales N.º 1023/2001 y N.º 1030/2016 y las decisiones de los jueces en casos similares) demuestran que el daño fue generado por las decisiones imprudentes y arbitrarias de los directores.

La consecuencia jurídica de este modo de administrar el patrimonio de la SAPEM es la posibilidad que tienen los accionistas de ejercer la acción de responsabilidad por mal desempeño en el cargo.

En sede judicial se ha resuelto que: 'el administrador societario debe obrar con la diligencia del buen hombre de negocios; su diligencia deberá apreciarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512, Cód. Civ.), y la actuación presumible de un buen hombre de negocios, o sea de un comerciante experto ante los mismos (art. 902, Cód. Civ.). La omisión de tal diligencia hará responsable al administrador societario por los daños y perjuicios causados, lo que constituye la culpa leve in abstracto y además responderá por los daños y perjuicios causados por la omisión de los cuidados más elementales, lo que configura la responsabilidad por la culpa grave y, obviamente, el dolo' (CNCom., sala B, 5-11-93, E. D. 156-120).

Así, el desempeño de los directores ha de evaluarse según los artículos 59 y 274 de la Ley General de Sociedades. La falta de lealtad o diligencia es suficiente para imponer la responsabilidad de resarcir el daño.

Los criterios para juzgar tanto las circunstancias, el tiempo y el lugar como las condiciones personales de los ex directores en relación a su mayor deber por sus incumbencias profesionales y el patrimonio ajeno administrado, son los fijados por los artículos 159, 160, 1717, 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial.

En concreto: Todo el que por su culpa o dolo cause daño a otro está obligado a indemnizarlo. Los ex integrantes del directorio del LFM deben responder por los perjuicios que su actuación provocó a la empresa estatal, ya sea por acción u omisión siempre que haya sido realizada con dolo, culpa, imprudencia, impericia o negligencia.

Así se podría afirmar que:

1. María Clara LÓPEZ RÍOS, Carlos LÓPEZ y Santiago VILLA, con manifiesta indiferencia por los intereses de la empresa, compraron 67.008 frascos de ATAZANVIR 300 mg a un valor de US$55 cada uno, por un total de US$3.685.440 (O.C. N.º 353-3/2018 y O.C. N.º 552-1/2018, informe del LFM a fojas 456 del expediente) sin tener obligación para hacerlo, ni plan de negocios para colocarlo en el mercado, ni preocupación por la fecha de vencimiento.

2. De esos frascos, el LFM incineró el 72% (48.272 que no vendió según los documentos de fojas 4/9; 19; 456/459 y 464), generando una pérdida de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA (US$2.654.960).

3. Los accionistas del Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM tendrían una acción civil que les permite reclamar el resarcimiento por los perjuicios que los directores les hayan causado, ya sea por acción u omisión, con dolo, culpa, imprudencia, impericia o negligencia, si no se desempeñaron con la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios (artículo 274 y 59 de la Ley nacional N.º 19.550).

III. El ejercicio de la acción societaria de responsabilidad por mal desempeño en el cargo de los ex integrantes del directorio

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 320

III. 1) Presentación

En los capítulos precedentes se ha sostenido:

1º) Que a los ex integrantes del Directorio les cabe la responsabilidad civil por mal desempeño en cargo, tanto por dolo como por culpa, negligencia, impericia o imprudencia;

2º) Que los ex integrantes del Directorio obraron de manera negligente e imprudente cuando compraron una cantidad exorbitante de Atazanavir 300 mg sin tener la obligación de hacerlo y sin realizar un análisis mínimo previo. Se trataba de medicamentos que pagaron en dólares para intentar venderlos en pesos, en el brevísimo plazo de dos meses, a un único potencial comprador que ya no quería adquirirlos.

3º) Que existe una acción civil, de responsabilidad por el mal desempeño en el cargo, que el LFM puede ejercer contra Carlos LÓPEZ, Clara LÓPEZ RÍOS y Santiago VILLA, cuyo plazo de prescripción fenecería el 3 de marzo de 2023.

Estas afirmaciones se fundan en:

a) La aplicación de la Ley nacional N.º 19.550 (artículos 59 y 274, leídos conjuntamente con el artículo 72), en el Código Civil y Comercial (artículos 159, 160, 1717, 1724 y 1725), Decretos nacionales N.º 1023/2001 y N.º 1030/2016, en el contrato celebrado entre el LFM y Bristol Myers-Squibb (incluyendo el memorándum de entendimiento, las adendas modificatorias y el acuerdo de terminación) y en el único contrato interadministrativo celebrado por el LFM con el Poder Ejecutivo Nacional para proveer 1.800.000 dosis de Atazanavir 300 mg;

b) La doctrina judicial que emana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 'Cadesa S.A. c. Estado Nacional (ANA) s/daños y perjuicios', Fallos: 312:343; de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación, causa: 'S. D.A. c. C. B. M. - Ordinario - Daños y Perj.-Recurso de apelación', Expte. N.º 6355956, sentencia del 28 de mayo de 2019; de la Cámara Nacional del Trabajo, Sala V, en la causa 'Navalesi Marta Laura y otro c/ Les Bejart S.A. y otro s/ despido', sentencia del 30 de octubre de 2015; de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, en los autos 'García del Ro Luis c/ YPF S.A. s/ exhibición de libros', sentencia del 6 de noviembre de 2013; de la Cámara Nacional en lo Comercial, en 'Comisión Nacional de Valores c/Massuh SA s/ organismos externos', sentencia del 17 de abril de 2012; de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 12 de junio de 2006, fallo 'Administradores de A.T.C. S.A.'; de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, en la causa 'Estancias Procreo Vacunos S.A: c. Lenzi, Carlos y otros' sentencia del 9 de noviembre de 1995; de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, en la causa 'Banesto Banco Shaw S.A. c. Dominutti, Cristina', sentencia del 20 de septiembre de 1999, reiterada en 'Molinari, Antonio F. c. Tarraubella Compañía Financiera S.A.' el 24 de noviembre de 1999; y de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A 'Eledar S,A, c/ Serer, Jorge s/ sumario', sentencia del 8 de octubre de 1997.

c) Los hechos, documentos, informes y actas de Directorio acompañados por el Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM y que forman parte del expediente.

Profundizando en ello, en el campo jurídico está fuera de discusión que los directores de la SAPEM deben responder por los daños que generen al patrimonio que administran tanto si actuaron con dolo (delictual o civil) como con culpa.

Mientras que por dolo civil debe entenderse la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, la

culpa consiste en la omisión de las diligencias propias del buen hombre de negocios e incluye la imprudencia, la impericia y la negligencia, conforme se ya se definió en el punto II.2.

La mejor doctrina nacional en esta materia señaló que:

'Como nadie ignora, la ley 19.550 posee un esquema sancionatorio que permite castigar no solo a los directores 'pillos', sino también a los síndicos infieles o negligentes, a los socios 'controlantes' o no pero que perjudicaran a la sociedad, a los auditores cómplices o incapaces y a los terceros involucrados en conductas lesivas para el sujeto ideal de que se trate.

Dicho mecanismo punitivo se ejecuta a través de las llamadas 'acciones de responsabilidad societaria', las cuales revisten 'una función de resguardo hacia el socio o terceros', el que se suele plasmar en la práctica por medio de un esquema resarcitorio (…)

En consonancia con los tiempos que se viven, no solo el país cuenta con un esquema normativo —en la LGS— aplicable a las SA, las SAU, las SAS y las SRL, que rige la responsabilidad de administradores sociales, síndicos y controlantes y que permite también sancionar a los auditores negligentes o infieles sino que, además, la reciente sanción del nuevo Código Civil y Comercial, fundamentalmente en lo referido a la 'Teoría de la Responsabilidad Civil', viene ahora a aportar un plexo normativo aggiornado que, por regular cuestiones absolutamente ajenas a la Ley de Sociedades —como los conceptos de autoría, coautoría, factores de atribución y un vastísimo etcétera— ha venido a convertirse en el complemento integral para comenzar a construir el cuerpo sancionatorio con el que deberemos castigar al mal administrador'

(MARTORELL, Ernesto E., 'Perfil actual de la responsabilidad de un director de sociedades', LA LEY2018-A, 911).

Así se entiende que, para poder ejercer la acción de responsabilidad por mal desempeño en el cargo, el accionista damnificado debería verificar la vigencia de la acción y acreditar los recaudos que el Código requiere para los casos de la responsabilidad civil: autoría, conducta antijurídica, daño, factor de atribución y nexo causal.

III.2) Prescripción de la acción de responsabilidad por mal desempeño en el cargo como director.

En este punto se analiza la aplicación de la prescripción de la acción que podrían esgrimir los ex directores de la empresa estatal para liberarse de su responsabilidad por el mal desempeño.

En este sentido, la norma más relevante es el artículo 2561 del Código Civil y Comercial, que en el segundo párrafo establece 'El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años'.

Considerando que la acción de responsabilidad por mal desempeño contra los directores es una de las acciones de responsabilidad civil, entonces el reclamo contra Carlos LÓPEZ, Santiago VILLA y Clara LÓPEZ RÍOS prescribiría a los tres años a contar desde que la sociedad tuviera la acción expedita.

Debe tenerse presente que una excepción a ello sería que se dieran las previsiones del artículo 275 de la Ley nacional N.° 19.550, toda vez que regula: 'La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento'.

Ahora bien, como no consta en el expediente que la asamblea de accionistas haya aprobado su gestión (tampoco habría en el expediente causas

de justificación del daño) y que en este caso la acción de responsabilidad por mal desempeño estaría fundada en la conducta contraria a la Ley General de Sociedades (artículos 274 y 59) y el Código Civil y Comercial (artículos 159, 160, 1717, 1724 y 1725), el artículo 275 LGS no sería de aplicación.

Establecido que el plazo de la prescripción es de tres años, queda por precisar a partir de qué día comenzó a correr el plazo. El principio general es que el plazo debe comenzar a computarse desde que la acción se encuentra expedita.

Si se aplican los artículos 276 y 277 de la Ley General de Sociedades, resultaría que el ejercicio de la acción de responsabilidad tendría como requisito la declaración de causal por parte de la asamblea. Sin embargo, se objeta que si la empresa (eventual acreedora) no tratase el tema en asamblea o lo postergara, el inicio de la prescripción quedaría diferido indefinidamente.

Por otro lado, si se entiende que el término debería computarse desde el acaecimiento del hecho dañoso, esto es, desde la emisión de las órdenes de compra N.º 353-3/2018, N.º 552/2018 y N.º 552-1/2018 los días 7 y 13 de noviembre de 2018. Si se toman dichas fechas, la acción de responsabilidad por mal desempeño en el cargo prescribiría a comienzos de noviembre de 2021.

Sin embargo, el Legislador nacional previó en el artículo 2543 del Código Civil y Comercial que 'El curso de la prescripción se suspende (…) d) entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, mientras continúan en el ejercicio del cargo'.

El motivo es claro: no debe computarse el plazo mientras los directores infieles estuvieron en condiciones de tergiversar la información y de ocultar el daño al dueño del patrimonio que administran. Es lógico que la ley no

beneficie al mal administrador que, por acción u omisión, dificulte la acción de responsabilidad en su contra.

Así las cosas y teniendo presente que los ex directores cesaron en sus cargos el 3 de marzo de 2020 (conforme fojas 5 vuelta) asunto que se plasmó en el acta de Asamblea Extraordinaria N.° 8, el ejercicio de la acción de responsabilidad prescribiría el 3 de marzo de 2023.

Aún quedan por señalar otros dos factores que podrían modificar dicho vencimiento: el momento del conocimiento del daño y la dispensa judicial.

Por un lado, puede considerarse como el día de comienzo del cómputo de la prescripción al momento en que el accionista tuvo conocimiento del daño o de la conducta reprochable de los directores si las consecuencias de ésta no fueren inmediatas. En este supuesto, habría de tenerse como dies a quo el 9 de noviembre de 2020, fecha en que se informó al accionista de los vencimientos e incineración del Atazanavir 300 mg (a fojas 5/14 del expediente).

Por otro, el artículo 2550 del Código prevé: 'El juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos'.

En este caso ya no se trata de la interrupción o suspensión del término, sino que se excusaría a los accionistas de la extinción del plazo por motivos como la pandemia producida por el COVID-19 o por el ocultamiento de la información, siempre y cuando la acción se iniciara en el plazo en seis meses de finalizado el impedimento.

Así, dentro del análisis expuesto, se pueden apreciar varias alternativas jurídicas; sin embargo, considerando la documentación que consta en el expediente, como conclusión de este punto se podría adelantar:

1º) Que la acción social de responsabilidad por mal desempeño en el cargo de los ex-directores Carlos LÓPEZ, Santiago VILLA y Clara LÓPEZ RÍOS está vigente.

2º) Que si los accionistas deciden ejercer dicha acción, deberían expresarlo en la asamblea y teniendo en mente el artículo 2543 del Código Civil y Comercial, considerar como fecha de inicio del cómputo de prescripción el 3 de marzo de 2020.

III.3) Autoría

En cuanto a la autoría, en los artículos 59 y 274 de la Ley nacional Nº 19.550 se establece la responsabilidad solidaria por el solo hecho de integrar el órgano societario si no se ha opuesto a la actuación dañosa. La excepción es clara, siendo que las decisiones son colegiadas, si uno de los directores, a pesar de estar en desacuerdo con una determinada vía de acción, omite objetarla, es corresponsable de las consecuencias.

Se ha dicho que 'La responsabilidad del directorio de una sociedad anónima nace de la sola circunstancia de integrar el órgano de gobierno. Por tanto, es función de cualquier integrante del órgano de administración --aun cuando no se la indique expresamente-- controlar la calidad de la gestión empresaria, función cuyo incumplimiento da lugar a una suerte de culpa in vigilando' (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, causa 'Jinkus, Gabriel A. c. Video Producciones Internacionales S. A. y otros', sentencia del 6 de noviembre de 1996, AR/JUR/3528/1996).

Con este criterio, si bien de la documentación adjunta resulta que Carlos LÓPEZ ordenó las compras (a fojas 349 y 403/406) y María Clara LÓPEZ RÍOS ordenó los pagos, como no consta en estas actuaciones que el

director Santiago VILLA haya cuestionado las decisiones de adquirir un medicamento que sería extremadamente improbable vender, a los fines del ejercicio de la acción social de responsabilidad por mal desempeño de los directores, corresponde tener por autores a todos los integrantes del órgano: Carlos LÓPEZ, como presidente, María Clara LÓPEZ RÍOS como vicepresidente y Santiago VILLA como director.

III.4) Conducta antijurídica: el incumplimiento de las obligaciones del administrador del patrimonio ajeno bajo el estándar del buen hombre de negocios.

Como se vio en los puntos II.2.1 y II.2.3, de la lectura conjunta de los artículos 59 y 274 de la Ley Nacional N° 19.550 y de los artículos 159, 160, 1717, 1724 y 1725, los directores tienen un deber jurídico calificado cuyo incumplimiento impone el deber de resarcir.

Además, provocaron un grave perjuicio a la empresa estatal que administraban, sin causa de justificación alguna, que resulta ser la previsión del Código Civil y Comercial cuando establece: 'Cualquier acción u omisión que causa daño a otro es antijurídica si no está justificada' (artículo 1717).

Por otro lado, al emitir las órdenes de compra N.° 353-3/2018, N.° 552/2018 y N.° 552-1/2018 sin tener obligación contractual que se los imponga, de un medicamento que los organismos internacionales recomendaban dejar de utilizar en los pacientes con VIH, que se compraba en dólares y se vendía en pesos, en medio de una monumental crisis económica, que sólo podía ser vendido a uno de los programas federales del Ministerio de Salud de la Nación se evidenció su apresuramiento, imprudencia, desconocimiento de las normas de las contrataciones públicas, la falta de un plan de negocios, nulo análisis de los factores de riesgo tanto sean internos o externos, falta de diligencia en el estudio del mercado, de planificación estratégica y de toma de decisiones racionales.

Un mínimo de planificación hubiera permitido anticipar que, si se compraban drogas en esas condiciones, la consecuencia más probable era que no se iban a poder revender.

En definitiva, el resultado de la imprevisión y falta de diligencia de los integrantes del Directorio desembocó en la incineración mercadería por un valor de 2.6 millones de dólares y en que la empresa terminara con patrimonio neto negativo.

Por esta vía es de fácil comprensión que si la conducta jurídicamente esperada, la del buen hombre de negocios, es la de proyectar, planificar, ejecutar y administrar eficientemente el plan de negocios del LFM; pero de la verificación de los hechos resulta que; a) no se proyectó ni se planificó ni se administró de manera eficiente; o b) que, si hubiera habido un plan de negocios, este se ejecutó deficientemente. Entonces, en cualquiera de los dos casos, se comportaron como malos hombres de negocios.

Esto es: los accionistas del LFM -si no aprobaron hasta el momento la gestión de Carlos LÓPEZ, Santiago VILLA y María Clara LÓPEZ RÍOS- tienen la posibilidad de iniciar una acción social contra ellos por no haber cumplido con la conducta apropiada, prudente y diligente del buen hombre de negocios, provocando con ello perjuicio a la empresa que administraban por un valor de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA (US$2.654.960).

III.5) Daño

El perjuicio patrimonial sufrido por la empresa estatal es de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA (US$2.654.960) por el

vencimiento y la incineración de 48.272 frascos de Atazanavir 300 mg, según el siguiente detalle:

Pérdida patrimonial del LFM por incineración de frascos de Atazanavir 300 mg						
Denominación del lote según BMS	*Denominación del lote según el LFM*	*Cantidad de frascos*	*Ingresó al LFM*	*Venció*	*Fecha de incineración*	*Costo de los frascos incinerados (en US$)*
KM3403	*SU1901*	*9108*	*6/2/19*	*sep-20*	*6108 el 4/11/20*	*$ 335.940,00*
					3000 el 26/11/20	*$ 165.000,00*
	SU1901-1	*2996*	*6/2/19*	*sep-20*	*9/11/20*	*$ 164.780,00*
KM3405	*SU1903*	*11160*	*6/2/19*	*oct-20*	*6480 el 15/12/20*	*$ 356.400,00*
					4680 el 17/12/20	*$ 257.400,00*
	SU1903-1	*596*	*6/2/19*	*oct-20*	*15/12/20*	*$ 32.780,00*
KT2669	*SU1904*	*12352*	*24/4/19*	*oct-20*	*4560 el 18/12/2020*	*$ 250.800,00*
					7792 el 23/12/2020	*$ 428.560,00*
KT2670	*SU1905-1*	*5740*	*24/4/19*	*dic-20*	*12/1/21*	*$ 315.700,00*
	SU1905-2	*6320*	*24/4/19*	*dic-20*	*6/1/21*	*$ 347.600,00*
Totales		*48272*			*48272*	*$ 2.654.960,00*

III-5) Factor de atribución

El LFM no tiene el deber jurídico de soportar los daños que le produjeron Carlos LÓPEZ, Santiago VILLA y María Clara LÓPEZ RÍOS cuando integraban el Directorio de la empresa.

Como se vio en los puntos II.2.1. y II.4.c., los ex integrantes del Directorio del LFM tenían un estándar legal que cumplir: la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios.

Para dar mayor precisión al concepto del buen hombre de negocios, la jurisprudencia ha realizado sucesivas aproximaciones que se pueden resumir en la obligación de: 1. Adquirir conocimientos necesarios para poder desarrollar las funciones asignadas con diligencia y probidad; 2. Informarse adecuadamente previo a la adopción de decisiones sociales e investigar las informaciones que se le suministren; 3. Gestión y representación persiguiendo y priorizando los intereses sociales sobre los propios; 4. Vigilancia hacia los otros integrantes de los órganos de dirección y administración.

Puede confrontarse que estos recaudos fueron reconocidos en sede judicial cuando se sentenció:

'(iv) ***El mal desempeño de los administradores no sólo consiste en participar directamente o indirectamente en hechos o actos violatorios de la ley y los estatutos, sino también por omisión de las diligencias exigidas por las circunstancias de tiempo, lugar y modo, para evitar subsanar incorrectos procederes que no podían desconocer de haber aplicado la debida atención y preocupación por los asuntos sociales*** *(arts. 59, 274 y cc. LSC; 502 y 902 Cciv.);*

(v) ***Es deber del administrador ser leal y diligente, en tanto actúa administrando un patrimonio e intereses ajenos; motivo por el cual debe evidenciar una actitud de cooperación sobre la base de las expectativas que se tutelan en función del objeto social****. La responsabilidad, nace de integrar el órgano de administración; de manera tal, que su conducta debe meritarse en función de su actividad (u omisión) y aunque no actúe directamente en hechos que originan responsabilidades, es función de cualquier integrante del órgano de administración controlar la gestión empresarial (CNCom, esta Sala, in re, 'Only Plastic S.A s/ quiebra - incidente de calificación de conducta', del 26/03/1991; idem, in re 'Eugenio Izak S.A s/ quiebra s/ incidente de calificación de conducta', del 07/12/1994);*

(vi) ***La diligencia debida es un marco que fija un modelo o tipo de conducta; presupone un nivel de exigencia traducido en concreta idoneidad, capacidad, conocimiento suficiente y eficiente de la actividad social'*** *(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 'GPCOM S.R.L v. Pérez, Marcelo J.', sentencia del 29 de marzo de 2010).*

Estos criterios también han sido el fundamento de otros fallos respecto de situaciones análogas, tal es caso 'Otanaw SAAICI y F c. Edenor SA y otro s/ servidumbre', de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, sentencia del 29 de abril de 2014; también en 'Siempre S.A. c/ Rao, Francisco' de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, sentencia del 22 de septiembre de 2006.

Sobre el mal desempeño de los directores y aplicando esa misma doctrina judicial, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, agregó: ***'La perturbación de la economía argentina y las dificultades financieras no son excusa ni eximen de responsabilidad en relación a la escandalosa conducción de sus funciones'*** *(sentencia del 26 de noviembre de 1998 en la causa 'Estructuras Elcora S.A. v. Yurcovich, Rosa y otro').*

Como conclusión parcial de este apartado, lo abordado en los párrafos anteriores significa que:

1) Carlos LÓPEZ, María Clara LÓPEZ RÍOS y Santiago VILLA estaban obligados proyectar, planificar y ejecutar un plan de negocios con sus contingencias, tarea que incluían informarse adecuadamente antes de tomar decisiones que afectaren el patrimonio estatal, a verificar los datos y novedades que les fuesen suministradas, comparar alternativas y prever las consecuencias de cada una de las opciones.

2) Habiendo sido elegidos como directores por su aparente idoneidad y siendo profesionales universitarios con experiencia, pudieron haberlo realizado con un mínimo de esfuerzo y contracción a su tarea, pero no lo hicieron.

3) Considerando los resultados de su actuación como directores, resulta que no fueron prudentes en la toma de decisiones, ni diligentes en el estudio de mercado e incapaces en la gestión del capital ajeno.

4) Teniendo presente que el artículo 1724 del Código Civil y Comercial establece que el concepto jurídico de culpa incluye las nociones de

imprudencia, impericia y la negligencia; forzosamente ha de reconocerse que el factor de atribución es la culpa.

III.6) Nexo Causal

Conforme los informes de la empresa estatal (a fojas 349, 403, 406 vta, 456/460, 518 y 522, entre otros), el nexo causal entre la actuación de los ex directores del LFM y el perjuicio patrimonial de la empresa consiste en las órdenes de compra Nº 353-3/2018, del 7 de noviembre de 2018, por 36.504 frascos y un valor de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SIETE MIL SETECIENTOS VEINTE (US$2.007.720) y Nº 552/552-1/2018, del 13 de noviembre de 2018, mediante la que se adquirieron 30.504 frascos por un valor de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS UN MILLÓN SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS VEINTE (US$1.677.720) (...)".

Que por lo tanto, en el informe **se concluyó que**: *"Como consecuencia de lo expuesto a lo largo de este informe, hay elementos suficientes, razonables y justificados para refutar el dictamen del asesor legal del Laboratorio del Fin del Mundo.*

Ante un hecho concreto, la incineración de medicamentos por un valor de US$2.654.960, el Órgano de Control pidió información al LFM acerca de cuál fue la causa.

De los documentos remitidos por la empresa estatal surge:

a Que por la orden de compra N.º 350/2018, correspondiente a la primera operación en la que se adquirieron (agosto 2018) 60.000 frascos de Atazanavir 300 mg, se pagaron US$4.200.000 (a fojas 457 del expediente) sólo por la materia prima.

a *Que por esos 60.000 frascos de Atazanavir 300 mg se facturó al Ministerio de Salud de la Nación (Facturas B 0001-3 a 8, del 17 de abril de 2019) el equivalente a US$3.860.139[86] (fojas 458 del expediente).*

b *Que en noviembre de 2018 se compraron 67.008 botellas de atazanavir 300 mg sin que fuese necesario ni obligatorio (puntos II.3.c) y II.3.d), páginas 50 a 57 de este informe);*

c *Que había un plazo para venderlos al Programa Federal de Salud de VIH de dos meses (II.4, resaltado en la página 65 de este documento); y*

d *Que sólo estaban habilitados a comercializarlo con uno de los programas del Ministerio de Salud de la Nación (puntos II.3.a y II.3.b, páginas 40 a 49 de este dictamen).*

Por otro lado, se ha constatado que al tiempo en que los ex integrantes del Directorio del LFM hicieron las compras, existían los estudios y recomendaciones que señalaban que el Programa Federal de Salud VIH-SIDA ya no utilizaría el Atazanavir 300 mg y que la patente de ese medicamento había fenecido en el año 2018 (asunto que ya se estableció en la Resolución Plenaria N.º 10/2020).

Esta indiferencia por los intereses que debían proteger es considerada dolo civil tanto por el artículo 1724 Código Civil y Comercial como por los jueces. Por otro lado, la imprudencia, incompetencia o ignorancia al manejar los negocios ajenos se asimila a la culpa o negligencia (puntos II.2 y III páginas 29/40 y 69/82 de este informe).

Concurre a ello que en los Informes Legales N.º 138/2019, Nº 149/2019, N.º 157/2019 y N.º 245/2019, así como en los análisis de la Cuenta de Inversión de los Ejercicios 2019 y 2020 se verificó que al momento de comprar la droga tenían un sólo potencial comprador, un sólo contrato y un sólo producto.

Además, se constató que como resultado de la gestión de los ex integrantes del directorio se verificó un patrimonio neto negativo en los estados contables, que se quemaron US$2.654.960 en medicamentos vencidos, que se dio información falsa a los accionistas, que no registraron deudas en los libros contables ni incrementos de capital en la Inspección General de Justicia, etc.

Entonces, bien se puede concluir que los ex directores no actuaron con la debida lealtad y diligencia del buen hombre de negocios. Ni siquiera con la lealtad y diligencia de un empresario ordinario.

Mientras que el crecimiento y consolidación de la empresa es lo propio de la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios, de la gestión de Carlos LÓPEZ, Santiago VILLA y María Clara LÓPEZ RÍOS durante tres años en el directorio del LFM lo que quedó fue un patrimonio neto negativo y un colosal desorden administrativo.

En definitiva, a partir de las constancias de este expediente se observa que la decisión de comprar una cantidad desmesurada de un tipo de medicamentos, estando limitados a vendérselo únicamente a uno de los programas del Ministerio de Salud de la Nación, tratándose de drogas cuya patente ya había vencido, sin tener un contrato que garantice las ventas y que finalizó en una masiva incineración, produjo pérdidas millonarias en dólares.

Si se considera que cuando el administrador de un patrimonio ajeno toma decisiones comerciales con absoluta indiferencia por las consecuencias que pudiere acarrear, actúa con dolo civil y que cuando esa decisión se toma con imprudencia, impericia o negligencia se le reputa de culpa (artículo 1724 del Código Civil y Comercial). De los documentos analizados surge patente la falta

de aptitud, carencia de adaptación al mercado en el que opera el LFM y la falta culpable de conocimientos elementales.

Además, debería sumarse a ello que las condiciones particulares de los ex directores agravan la acción (artículo 1725 del Código Civil y Comercial), por ser profesionales universitarios, con experiencias previas en la dirección del laboratorio de análisis clínicos del Hospital de Ushuaia (Carlos LÓPEZ), como contadora general de la provincia (María Clara LÓPEZ RÍOS), y como dependiente del reconocido laboratorio internacional Bristol Myers-Squibb (Santiago VILLA).

Entonces, a la consulta de la Secretaría Contable acerca de si hay responsabilidad en los directores que compraron el medicamento incinerado, se puede responder que sí, y que para estos casos la Ley nacional N.º 19.550 prevé la acción social de responsabilidad por mal desempeño en el cargo (artículos 59 y 274). Este estándar jurídico se califica conforme los criterios fijados en los artículos 159, 160, 1717, 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial.

Para su ejercicio debería considerarse que el período de prescripción debe comenzar a computarse el 3 de marzo de 2020 (en virtud del 2543 inciso d del Código Civil y Comercial), que el daño producido es de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA (US$2.654.960.-), que el factor de atribución es la culpa (comprensiva de la negligencia, impericia e imprudencia) y que el nexo causal lo conforman las Órdenes de Compra Nº 353-3/2018, del 7 de noviembre de 2018, y Nº 552/552-1/2018, del 13 de noviembre de 2018.

IV. Sugerencia sobre los cursos de acción a seguir:

Teniendo en cuenta que el ejercicio de la acción de responsabilidad por mal desempeño en el cargo de los ex directores del LFM le corresponde a la sociedad perjudicada, como paso previo a su tratamiento por parte de los accionistas en asamblea, se sugiere que ello sea analizado por la Secretaría

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 320

General, Legal y Técnica de Gobierno, quien además debería expedirse en su totalidad respecto a lo aquí esgrimido.

Lo dicho obedece a que existe una disparidad de criterios entre lo que aquí se ha mencionado y lo que fuera vertido en el dictamen elaborado por el abogado asesor del Laboratorio del Fin del Mundo.

De compartir el Cuerpo Plenario de Miembros lo que se conseja, el Poder Ejecutivo se encontraría con dos posiciones jurídicas encontradas, motivo por el cual se entiende pertinente que se someta la cuestión debatida a quien tiene la facultad legal de asistir al Gobernador.

En ese sentido, la Ley de Ministerios Nº 1301 es clara, cuando fija en su artículo 21 que: "Compete a la Secretaría General, Legal y Técnica asistir al Gobernador, en orden a sus competencias, en todo lo inherente a evaluar y considerar los aspectos legales y técnicos de los actos administrativos, de gobierno, de la administración e instituciones públicas provinciales, y en particular: (…) 6. asistir al Gobernador en las tareas y acciones específicas y necesarias que hacen al objeto de sus atribuciones y competencias, con el fin de posibilitar el desarrollo de sus actividades de gobierno, atendiendo aquellas cuestiones que hagan a la diligencia y eficiencia de la gestión del Poder Ejecutivo;".

De esa forma, el Secretario General, Legal y Técnico debería abordar en su dictamen si correspondería iniciar la acción de responsabilidad, o no. En caso que ello sea afirmativo, el plazo de prescripción opera el 3 de marzo de 2023, motivo por el cual la consulta debería ser evacuada con la debida antelación que garantice su efectivo ejercicio.

Lo mismo se sugiere para el accionista minoritario (OSEF), quien por intermedio de su Presidente debería someter la consulta a su servicio jurídico permanente".

Que el Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo E. GENNARO, compartió los términos del informe antes citado (fs. 583vta.).

Que este Cuerpo Plenario de Miembros comparte y hace propios los términos del Informe Legal Nº 361/2022 Letra: TCP-CA, razón por la cual resulta necesario emitir la presente, formulando las siguientes consideraciones complementarias al informe de marras.

Que en ese sentido, cabe destacar que constituye una falta grave que la Presidenta y Directora Ejecutiva del Laboratorio no haya puesto en conocimiento de los Accionistas ni de los integrantes de la Comisión Fiscalizadora, el dictamen legal emitido por el abogado contratado, decidiendo de manera unilateral aprobarlo sin más, mediante la Nota Nº 9910/2021 del registro de este Tribunal (ver fs. 19vta.), cuando expresó que: "(…) *se remite adjunto informe legal emitido por el Dr. Kreser Pereyra, a quien se le encomendó emita opinión jurídica, mediante el cual efectúa un análisis de la operatoria vinculada con la compra – venta de SURAVIR 300 MG,* ***cuyos términos se comparten***" (el resaltado es propio).

Que dicho accionar debería ser evaluado por el Poder Ejecutivo, de quien depende la mencionada funcionaria, con el fin de tomar las medidas que considere pertinentes, tendientes a impedir que este tipo de conductas se repitan en el futuro.

Que todo lo expuesto tiene una gran relevancia, toda vez que como quedó demostrado, el dictamen elaborado por el abogado asesor del Laboratorio es equivocado e incompleto.

Que no podía dejar de señalarse en la opinión jurídica del profesional, ni tampoco ser desconocido por los actuales directivos del Laboratorio, que la anterior gestión obró sin la debida diligencia de un buen hombre de negocios, y que incluso existen pruebas contundentes que acreditan la negligencia e impericia con la que manejaron los asuntos de la empresa.

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 320

Que existen constancias documentales que ponen de relieve el manejo riesgoso y unilateral que asumieron por cuenta propia los anteriores directores, cuya lamentable consecuencia fue la quema millonaria de recursos del estado, tal como se desprende de la Nota que el Sr. Carlos Alberto LÓPEZ remitió a la entonces Ministra de Salud y Desarrollo Social de la Nación, Sra. Carolina STANLEY, obrante a fs. 161/173 de estas actuaciones, cuando mencionó: **1)** que era imposible mantener las condiciones económicas de lo ofertado con fecha 15 de agosto de 2018; **2)** que en esa fecha (31/10/2018) todavía no se había perfeccionado ningún contrato, es decir, no tenían la obligación de comprar ni de vender nada y; **3)** que aún no encontrándose perfeccionado el contrato, se comenzó a riesgo con la producción de un lote de SURAVIR, por las cantidades correspondientes a la primer entrega parcial (cnfr. tercer y cuarto párrafo de la primer página y octavo párrafo de la segunda página de la citada nota).

Que en suma, tal como se mencionó en la conclusión del informe que se comparte, atento que existe una disparidad de criterios entre lo que aquí se ha analizado y lo que fuera vertido en el erróneo dictamen elaborado por el abogado asesor del Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM, el Poder Ejecutivo debería dar intervención a la Secretaría General, Legal y Técnica de Gobierno, a efectos de que se expida sobre la totalidad de los asuntos tratados, y sugiera al Sr. Gobernador de la Provincia, Prof. Gustavo A. MELELLA, los cursos de acción a seguir.

Que en ese sentido, el Secretario General, Legal y Técnico, Dr. José G. CAPDEVILA, puntualmente deberá abordar en su dictamen si correspondería iniciar la acción de responsabilidad que establece la Ley General de Sociedades Nº 19.550, o no, contra los funcionarios del Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM que resulten responsables. En caso de que ello sea afirmativo, el plazo

de prescripción opera el 3 de marzo de 2023, motivo por el cual la consulta tendría que ser evacuada con la debida antelación que garantice su efectivo ejercicio.

Que los mismos recaudos debe ejercer la Presidenta de la OSEF, Sra. Mariana HRUBY, en su carácter de accionista minoritario, formulando la consulta a su servicio jurídico permanente.

Que atento que lo aquí decidido se emite dentro del plazo de feria anual dispuesto por la Resolución Plenaria Nº 225/2022, corresponde habilitar la misma para el dictado de la presente.

Que el presente acto, se emite con el *quorum* previsto en el artículo 27 de la ley provincial Nº 50, en virtud de lo dispuesto en la Resolución Plenaria Nº 46/2022.

Que los suscriptos de encuentran facultados para emitir el presente en virtud de lo dispuesto por los artículos 2º, 26, 27 y concordantes de la Ley provincial Nº 50 y Resolución Plenaria Nº 289/2022.

Por ello,

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE

ARTÍCULO 1º.- Habilitar la Feria Anual dispuesta por la Resolución Plenaria N° 225/2022 a los fines de la emisión de la presente.

ARTÍCULO 2°.- Aprobar y hacer propios los términos del Informe Legal Nº 361/2022 Letra: TCP-CA, el que forma parte integrante de la presente.

ARTÍCULO 3º.- Hacer saber al Sr. Gobernador de la Provincia, Prof. Gustavo A. MELELLA, que deberá dar intervención a la Secretaría General, Legal y Técnica, a efectos de que se expida sobre la totalidad de los asuntos tratados en el informe que se comparte en el artículo que antecede, y sugiera los cursos de acción a seguir.

ARTÍCULO 4º.- Hacer saber al Secretario General, Legal y Técnico, Dr. José G. CAPDEVILA, que en su dictamen puntualmente deberá contemplar si correspondería iniciar la acción de responsabilidad que establece la Ley General de

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 320

Sociedades Nº 19.550, o no, contra los funcionarios del Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM que resulten responsables. En caso de que ello sea afirmativo, el plazo de prescripción opera el 3 de marzo de 2023, motivo por el cual la consulta tendría que ser evacuada con la debida antelación que garantice su efectivo ejercicio.

ARTÍCULO 5º.- Hacer saber a la Presidenta de la OSEF, Sra. Mariana HRUBY, en su carácter de accionista minoritario del Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM, que deberá tomar los mismos recaudos que los señalados en los artículos 3º y 4º, dando intervención de esa forma a su servicio jurídico permanente, el que deberá indicar los cursos de acción a seguir, con la debida antelación que el caso amerita.

ARTÍCULO 6°.- Notificar con copia certificada de la presente al Sr. Gobernador de la Provincia, Prof. Gustavo A. MELELLA.

ARTÍCULO 7º.- Notificar con copia certificada de la presente a la Presidenta de la Legislatura Provincial, Martillera Mónica S. URQUIZA, y por su intermedio a la totalidad de los Legisladores.

ARTÍCULO 8º.- Notificar con copia certificada de la presente al Ministro Jefe de Gabinete del Gobierno, Lic. Paulo A. TITA, para su conocimiento.

ARTÍCULO 9º.- Notificar con copia certificada de la presente a la Ministra de Salud, Dra. Judit DI GIGLIO, para su conocimiento.

ARTÍCULO 10.- Notificar con copia certificada de la presente al Fiscal de Estado, Dr. Virgilio J. MARTÍNEZ DE SUCRE, para su conocimiento.

ARTÍCULO 11.- Notificar con copia certificada de la presente al Secretario General, Legal y Técnico, Dr. José G. CAPDEVILA.

ARTÍCULO 12.- Notificar con copia certificada de la presente a la Presidenta de la OSEF, Sra. Mariana HRUBY, y por su intermedio a su servicio jurídico permanente.

ARTÍCULO 13.- Notificar con copia certificada de la presente al Director de Administración y Finanzas del Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM, C.P. Maximiliano BEARZOTTI, y por su intermedio a la totalidad de los Directores y miembros de la Comisión Fiscalizadora, en virtud de las funciones y responsabilidades que actualmente ejercen dentro de la empresa pública.

ARTÍCULO 14.- Notificar al Secretario Contable a cargo, C.P. Mauricio M. IRIGOITIA, al Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo E. GENNARO, y por su intermedio al abogado dictaminante, con remisión de las actuaciones.

ARTÍCULO 15.- Registrar, comunicar, publicar. Cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA Nº 320 **/2022.**

Tatiana Maia Gessaga
Contador Público
T°2 F°83
C.P.C.E.T.D.F. - UNPSJB

Conjuez

Dr. Miguel LONGHITANO
VOCAL ABOGADO
PRESIDENTE
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Informe Legal Nº 36/2022
Letra: T.C.P. - C.A.
Cde.: Expte. Nº 24/2021, Letra: TCP-SC

Ushuaia, 16 de diciembre 2022.

SEÑOR SECRETARIO LEGAL
DR. PABLO E. GENNARO

Viene a este Cuerpo de Abogados el Expediente del corresponde, caratulado: *"ANÁLISIS DE COMUNICACIÓN OFICIAL N° 105 DEL PERÍODO LEGISLATIVO 2020 S/ MINISTERIO DE JEFATURA DE GABINETE NOTA N° 79/20 ADJUNTANDO INFORME REQUERIDO MEDIANTE RESOLUCIÓN DE CÁMARA N° 127/20"*, a fin de solicitar intervención respecto al tema que a continuación se detalla.

I- ANTECEDENTES:

I.1. Inicio del expediente.

El 2 de febrero de 2021, mediante la Nota Interna N.º 132/2021, Letra T.C.P.-V.A., incorporada a fojas 2/14, el Vocal de Auditoría de este Tribunal de Cuentas, C.P.N. Hugo Sebastián PANI, solicitó a la Secretaría Contable que evaluase la información contenida en la Comunicación Oficial N° 105 del Periodo Legislativo 2020 sobre *"MINISTERIO DE JEFATURA DE GABINETE NOTA*

N° 79/20 ADJUNTANDO INFORME REQUERIDO MEDIANTE RESOLUCIÓN DE CÁMARA N° 127/20" y en particular, la destrucción de stock por un total de $125.474.580 y la baja de un intangible, denominado *"registro Suravir"*, por un importe de $20.272.210.

I.2. Intervención de la Secretaría Contable. Requerimiento al Laboratorio del Fin del Mundo.

Por su parte, la Secretaría Contable realizó los requerimientos pertinentes al Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM (en adelante LFM) sobre los sucesos enunciados mediante la Nota Externa Nº 92/2021, Letra: T.C.P. – LAB. FDM, que se incorporó a fojas 15/16 en estos términos:

"Por medio de la presente, me dirijo a Ustedes, en relación de las actuaciones administrativas N° 24/2021 – T.C.P.-S.C. caratulada 'ANÁLISIS DE COMUNICACIÓN OFICIAL N° 105 DEL PERIODO LEGISLATIVO 2020 S/ MINISTERIO DE JEFATURA DE GABINETE NOTA N° 79/20 ADJUNTANDO INFORME REQUERIDO MEDIANTE RESOLUCIÓN DE CÁMARA N° 127/20' perteneciente al registro del Tribunal de Cuentas

La presente misiva se origina de las circunstancias expresadas en el marco de la Nota del 09 de noviembre de 2020 oportunamente remitida al Secretario Administrativo Legal del Ministerio Jefatura de Gabinete por la Dra. María Florencia ARNST, cuya copia se adjunta.

Ahora bien, a tales efectos:

1) se requiere:

a. Respecto de lo expresado en la nota en cuanto dice que: 'A su vez, se cuenta con un total de $125.474.580 (ciento veinticinco millones cuatrocientos setenta y cuatro mil quinientos ochenta pesos) de producto en stock que ha vencido entre 09/2020 y 10/2020. El mismo debe ser objeto de destrucción (incineración) cumpliendo con los protocolos establecidos a tal fin, para dar cumplimiento a la normativa de ANMAT y procedimientos internos del sistema de calidad propio del Laboratorio', se solicita remita toda la documentación (Informes, Notas, Actas de Directorio, etc.) que justifique la circunstancia que llevaron a su no comercialización y su posterior de destrucción.

b. Sobre la situación mencionada '(…) En relación al valor del Stock de Suravir 300 mg, se informa que el mismo asciende a $ 42.030.450 (cuarenta y dos millones treinta mil cuatrocientos cincuenta pesos) de producto con vencimiento 12/2020, cuya comercialización tiene una muy baja probabilidad (casi nula) de llevarse a cabo por el corto vencimiento del producto (se disponen de 12130 frascos)', se informe situación actual de los mencionados medicamentos y en su caso remita toda la documentación (Informes, Notas, Actas de Directorio, etc.) que justifique la circunstancia que llevaron a su no comercialización.

c. Por último, respecto de lo manifestado: 'a su vez, por haber finalizado el acuerdo comercial con Bristol, el Laboratorio dará de baja el Registro de un intangible, denominado "registro Suravir", por un importe de $20.272.210 (veinte millones doscientos setenta y dos mil doscientos diez pesos) (...)', remita toda la documentación (Informes, Notas, Actas de Directorio, etc.) que justifique tal circunstancia.

2) Asimismo, se solicita al Directorio que dé intervención al área legal del Laboratorio, a los efectos de que emita opinión jurídica sobre: 1) responsabilidad a la luz de las circunstancias enunciadas precedentemente en los

puntos 1) a., b. y c. de la presente; 2) determinado ello y de corresponder, forma de ejercicio de la acción de responsabilidad; 3) plazo de prescripción para ejercerla; y 4) correspondencia de su tratamiento por parte del Directorio.

3) Al margen de lo expuesto, se solicita también se informe sobre si la totalidad o alguna de las circunstancias enunciadas han sido tratadas por parte del Directorio o en su defecto si se encuentran en orden del día para su tratamiento.

El presente pedido deberá ser contestado en un plazo de cinco (5) días hábiles de recepcionada la presente, efectuándose en el marco de las atribuciones conferidas a este Organismo de Control por el artículo 4º inciso c) de la Ley provincial Nº 50".

I.3. Respuesta del Laboratorio del Fin del Mundo a la Secretaría Contable

En respuesta al requerimiento del Auditor Fiscal, a fojas 19/510 se incorporó la Nota N.º 9910/2021 del registro de la Mesa de Ingreso del Tribunal de Cuentas, en la que la Directora Ejecutiva del LFM informó lo siguiente:

"Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en mi carácter de Directora Ejecutiva del Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM, a efectos de remitir respuesta a la nota de referencia, mediante la cual se efectúan diversos requerimientos y solicitudes vinculadas con las actuaciones administrativas N°24/2021 TCP — SC 'S/ANÁLISIS DE COMUNICACIÓN OFICIAL N° 105 DEL PERÍODO LEGISLATIVO 2020 S/MINISTERIO DE JEFATURA DE GABINETE NOTA N° 79/20 ADJUNTANDO INFORME REQUERIDO MEDIANTE RESOLUCIÓN DE CÁMARA N° 127/20', del registro de ese Tribunal de Cuentas.

Previo a efectuar la respuesta de los requerimientos efectuados, se informa que en la totalidad de los casos se han reflejado en la nota enviada a la Legislatura los importes a valores históricos al 31/12/2019. Es por ello que existirá una significativa diferencia entre los valores expuestos y el efectivo resultado negativo por el vencimiento del producto, a raíz del efecto del ajuste por inflación sobre la totalidad de producto vencido y posteriormente destruido. Dicha incidencia ascendería a un valor total cercano a los $52.000.000 (cincuenta y dos millones de pesos) como resultado negativo.

En relación a los puntos requeridos mediante la nota de referencia, se informa los siguiente:

Punto 1):

a. y b. Se remite adjunto informe legal emitido por el Dr. Jorge Kreser Pereyra, a quien se le encomendó emita opinión jurídica, mediante el cual efectúa un análisis de la operatoria vinculada con la compra — venta de SURAVIR 300 MG, cuyos términos se comparten.

Se informa que del total de frascos disponibles con vencimiento 31/12/2020, se produjo una operación de venta de previo al vencimiento, por un total de 70 frascos. Es por ello que del total de producto con vencimiento 31/12/2020, se vencieron efectivamente 12.060 frascos.

c. En relación a este punto, resulta importante informar la situación que llevó a este Laboratorio a efectuar un acuerdo de cierre con BMS. En virtud de ello, se manifiesta que habiendo el Ministerio de Salud de la Nación dejado de adquirir ATAZANAVIR (SURAVIR 300MG), por haberlo reemplazado por otras terapias para la atención de pacientes que se encuentran dentro del Programa

Federal de Salud de VIH, resultó imperativo para esta Dirección celebrar la terminación del contrato de común acuerdo.

El citado acuerdo de terminación surtió efectos a partir del 31 de agosto de 2020, permitiendo ampliar la comercialización al canal privado del Producto Terminado hasta el vencimiento del mismo, ello conforme cláusula '2' de la oferta de terminación.

Sin perjuicio de lo expuesto, se informa que existe la probabilidad de retomar vínculo para comercializar nuevamente dicho producto, razón por la cual este Laboratorio procederá a amortizar el intangible 'Registro Suravir' en un período de 5 años, en lugar de proceder a su baja como fuera informado oportunamente.

La determinación de amortizar el bien radica en la necesidad de mantener el registro en atención a la posible demanda del producto por parte del mercado privado y/o público. Ello por haber mantenido conversaciones con BMS, ya que aún existen a la fecha pacientes con tratamiento con ATAZANAVIR, por haber presentado efectos negativos o no deseados el cambio de prescripción a la combinación establecida por el MSN bajo el Programa Médico Obligatorio (PMO).

El costo para volver al status de 'comercializado' del producto ante ANMAT, no representaría un costo significativo para este Laboratorio (aproximadamente $25.000 anuales).

En el marco de la información solicitada, se adjunta la siguiente documentación:

• Convenio marco de cooperación entre el Ministerio de Salud de la Nación (MSN en adelante), los Laboratorios Públicos y la ANLAP. (fs. 1 a 6)

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO N° 543

• Memorandum de entendimiento entre Bristol-Myers Squibb Company (en adelante BMS) (fs. la 16)

• Contrato firmado entre el LFM SAPEM y BMS. (fs; 17 a 80)

• Extensión de los términos de negociación entre LFM SAPEM y BMS y Oferta de Terminación. (fs. 82 a 86)

• Convenio interadministrativo por la venta de 1.800.000 cápsulas y acta de recepción definitiva (21/12/2018). (fs. 87 a 92)

• Solicitud de redeterminación de precios del convenio interadministrativo indicado previamente. (fs. 93 a 137)

• Carta de intención firmada entre el LFM SAPEM y el MSN por las condiciones de cooperación para la posible comercialización de 5.904.000 cápsulas (sin fecha) (fs. 138 a 139)

• Oferta económica presentada al MSN por la posibilidad de adquisición de 5.904.000 cápsulas, que no llegó a concretarse. (15/08/2018) (fs. 140)

• Solicitud de rectificación propuesta económica del 15/08/2018 efectuada el 31/10/2018 al MSN. (fs. 141 a 154)

• Órdenes de Compra vinculadas con la adquisición de ATAZANAVIR realizadas por este Laboratorio en el marco del contrato firmado con BMS. (fs. 155 a 436).

Punto 2) Se remite adjunto informe legal emitido por el Dr. Jorge Kreser Pereyra, a quien se le encomendó emita opinión, cuyos términos se comparten.

Punto 3) Se informa que la situación está en conocimiento del Directorio de la Sociedad y se encuentra previsto tratarlo en la próxima reunión de Directorio, conjuntamente con el Dictamen Jurídico emitido en el marco del presente requerimiento".

Entre la documentación que acompaña dicha misiva, a fojas 461/466, destaca el dictamen jurídico del asesor legal del LFM en el que opina lo siguiente:

"Tengo el agrado de dirigirme a Ud. en contestación a su Nota del día 12/02/2021 por la cual solicita al suscripto emita opinión legal en relación al punto 2] de la Nota Externa N2 92/2021 Letra: T.CP. — LAB.FDM de fecha 11 del corriente mes y año.

En virtud de su comunicación se requiere me expida '... sobre: 1) responsabilidad a la luz de las circunstancias enunciadas precedentemente en los puntos 1) a, b y c ... 2) determinado ello y de corresponder, forma de ejercicio de la acción de responsabilidad; 3) plazo de prescripción para ejercerla; y 4) correspondencia de su tratamiento por parte del Directorio'.

Cabe aclarar aquí que el análisis que se realizará se enmarca en las negociaciones llevadas a cabo y en los acuerdos celebrados por el LFM SAPEM y las decisiones que los Directores (con la asesoría de los Gerentes y demás personal jerárquico) tomaron con el objeto de llevar a cabo su objeto social, más allá del resultado positivo o negativo que -al final- pudieran haberse derivado de los negocios realizados en la adquisición y venta de la droga Atazanavir, en especial los frascos que hubo que desechar (incinerar) por no haber sido comercializados.

Asimismo, se aclara que conforme lo requerido en el punto 1), apartados a, b y c, deberá el Directorio remitir al Tribunal de Cuentas de la

Provincia toda la documentación (Informes, Notas, Actas de Directorio, etc.) relativas a las cuestiones planteadas en los mismos. A criterio del suscripto debería adjuntarse copia de los acuerdos marco, contratos, actas de intención, propuestas, memorandos, etc., celebrados con el Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación, Bristol-Myers Squibb Company y demás que se entienda pudiere corresponder.

Se deberá, también, dar respuesta al requerimiento formulado en el punto 3).

Finalmente cabe aclarar que el análisis que se realizará es el que corresponde desde el punto de vista jurídico -no contable, por escapar al área de mi competencia profesional- considerando las decisiones tomadas, el momento que se determinó llevarlas a cabo y las expectativas que pudieran haber impulsado a los Directores a implementarlas.

I.

A los fines indicados deberá tenerse presente el Convenio Marco de Cooperación entre el Ministerio de Salud de la Nación y los Laboratorios Públicos y la ANLAP celebrado el 12/07/2017 en el marco de la Ley 26.688.

Dicho Convenio Marco llevó a las autoridades del LFM SAPEM a tener conversaciones con BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY (en adelante BMSC) laboratorio que producía la droga Atazanavir 300 mg, celebrando el 15/08/2017 un Memorando de Entendimiento -que derivó en el Contrato 1/2018 de fecha 06/04/2018, enmendado el 12/12/2018- en virtud del cual el segundo proveería al primero una cantidad mínima de 180.000 frascos de 30 comprimidos en el año 2018 a u$s78 la botella y otra cantidad mínima de 180.000 frascos de 30 comprimidos en el año 2019 a u$s55 la botella.

No analizaré en el presente las distintas cláusulas de los acuerdos indicados dado que no son de interés para el tema sobre el cual se solicita me expida.

II.—

En ese contexto el LFM SAPEM presenta con fecha 15/08/2018 ante el Ministerio de Salud de la Nación una oferta económica para la provisión de 5.904.000 comprimidos (196.800 frascos) de la droga Atazanavir 300 mg.

Es así que con fecha 21/12/2018 se celebró el Convenio lnteradministrativo entre el Ministerio de Salud y de Desarrollo Social de la Nación (en adelante el MSyDSN) y el LFM SAPEM en el marco de la Contratación Directa N9 80-0049-CDI18 para el suministro a la Dirección de SIDA, Enfermedades de Transmisión Sexual, Hepatitis y TBC de la Secretaría de Gobierno de Salud del MSyDSN de la cantidad de 1.800.000 comprimidos (60.000 frascos) de la droga Atazanavir.

Como corolario del mismo, el 11/03/2019 se suscribió el Contrato N~ 80-1263-CON19 con vigencia desde el 08/03/2019 al 08/03/20 en el Expediente N9 EX2018-37564976-APN-DCyC MS adjudicando a LFM SAPEM la provisión de 1.800.000 comprimidos (60.000 frascos) de la droga Atazanavir (Acto Administrativo de Adjudicación Acto-2019-12606001-APN-JGM).

A mérito de dichas tratativas con el MSyDSN el LFM SAPEM adquirió a BMSC el producto Atazanavir 300 mg conforme el siguiente detalle de Órdenes de Compra:

N.º 350 de fecha 10/08/2018 frascos 60.000 precio u$s70 c/u

N.º 353-3 07/11/2018 36.500 u$s 55 c/u

N.° 552 13/11/2018 60.000 u$s 55 c/u

N.° 552-1 21/11/2018 500 u$s 55 c/u

Total 157.000

Sin perjuicio de ello debe tenerse presente que de las Órdenes de Compra Nros. 552 y 552-1 solamente se adquirieron, recibieron y abonaron un total de 30.504 frascos.

Por ende, se adquirieron, recibieron y abonaron un total de 127.004 frascos.

Recuérdese en este punto que las expectativas del LFM SAPEM era que -finalmente- el MSyDSN le adquiriera más droga Atazanavir 300 mg., dado que el pedido de cotización había sido por un total de 196.800 frascos.

Esas operaciones de compra según el acuerdo celebrado con BMS deberían haber sido por un mínimo de 180.000 frascos a un precio de u$s78 cada uno, en el año 2018 y de otros 180.000 frascos a un precio de u$s55 cada uno en el año 2019.

No obstante ello, las autoridades del LFM SAPEM adquirieron en el año 2018 solamente un total de 127.004 frascos, pagando por los primeros 60.000 la suma de u$s70 cada frasco y los restantes 67.004 frascos al precio de u$s55 cada uno.

Esto es, consiguieron un mejor precio al pactado por la compra de un número sustancialmente menor de frascos y siempre considerando la expectativa de venta de los mismos al MSyDSN.

III.—

Como se indicó anteriormente, a mérito de la Oferta Económica de fecha 15/08/2018 por un total de 5.904.000 comprimidos (196.800 frascos) de Atazanavir 300 mg., se celebró entre el LFM SAPEM y el MSyDSN un convenio en el marco de la Contratación Directa N~ 80-0049-CDI18 para el suministro a la Dirección de SIDA, Enfermedades de Transmisión Sexual, Hepatitis y TBC de la Secretaría de Gobierno de Salud del MSyDSN de la cantidad de 1.800.000 comprimidos (60.000 frascos) de la droga Atazanavir 300 mg.

Es así que con fecha 17/04/2019 se remite y factura al MSyDSN un total de 1.800.000 comprimidos (60.000 frascos) de Atazanavir (por Remitos Nros. 00003-00000019/20/21/22/23/24, respaldados por Facturas Nros. 00001-00000003/4/5/6/7/8).

IV.

Se desconoce por parte del suscripto las causas por las cuales el MSyDSN no adquirió más droga Atazanavir en el marco del tratamiento del SIDA pero cabría presumir que en el transcurso del año 2019 la autoridad de aplicación podría haber cambiado dicha droga por otra.

Sea cual fuere la circunstancia que motivara la decisión de no adquirir más el producto Atazanavir 300 mg. por parte de las autoridades del MSyDSN, queda claro que de haberse continuado con la operatoria el remanente hubiera sido menor y, quizás, hasta inexistente.

Siempre en el marco de las suposiciones y atendiendo a la autorización brindada por BMSC a LFM SAPEM para vender el producto a empresas privadas

(Orien S.A., Sitio Salud SA. y Helios), cabe presumir que entre las operaciones realizadas y las que el Directorio del LFM SAPEM esperaba realizar con el MSyDSN, es probable como sostuve anteriormente que el sobrante hubiera sido menor o quizás inexistente.

V. -

En el contexto expuesto en los apartados precedentes y teniendo en consideración que el LFM SAPEM es una sociedad anónima regida por las disposiciones de la Ley General de Sociedades, debe tenerse presente que en el cumplimiento de su objeto social realiza actividades comerciales y, por ende, sujetas a los riesgos propios derivados de ella.

Los actos de sus autoridades (Directores, Gerentes y empleados jerárquicos con facultades para tomar decisiones) deben ser analizados con la mirada del acto comercial y no del acto administrativo.

En la actividad comercial si no se arriesga no se gana.

Ello no implica aceptar la toma de decisiones que pudieran calificarse como descabellados y sin sentido o sustento. Con ello quiero expresar que las decisiones comerciales en toda empresa se toman asumiendo un riesgo que, en el caso bajo análisis, pareciera -a la luz de lo expuesto- haber sido relativo o casi nulo, aun cuando visto como coloquialmente se dice 'con el diario del lunes' resulte ser de pérdida importante por el haber tenido que desechar (incinerar) 48.272 frascos.

Incluso, si se tiene en consideración que la firma BMSC había fijado para el año 2018 una compra mínima de 180.000 frascos a un valor de u$s78 cada uno y que LFM SAPEM adquirió en ese año un total de 127.004 frascos pagando por los primeros 60.000 la suma de u$s70 y por los restantes la de u$s55, cabe

concluir que las negociaciones fueron más que razonables e, incluso, debe tenerse presente que por los primeros 60.000 frascos se obtuvo una reducción adicional de u$s5 por cada frasco y por los últimos 67.004 frascos se negoció una reducción adicional en el precio de u$s23 por cada frasco, en todos los casos sobre el precio convenido contractualmente.

Asimismo, incluso ante la decisión del MSyDSN de no concretar más adquisiciones de la droga Atazanavir, tramitaron ante BMSC la autorización para vender los productos a terceras empresas (Orien S.A., Sitio Salud S.A. y Helios).

Es así que puede advertirse que los sucesivos Directorios intentaron por todos los medios posibles la venta de los productos remanentes, no resultando posible -a la luz de lo acontecido- lograr el cometido de reducir la pérdida de frascos a cero.

VI.-

De lo expuesto surge como necesario -dadas las circunstancias- el haber dado por finalizado el acuerdo comercial con BMSC atendiendo a la poca venta del producto Atazanavir 300 mg., único incluido en el convenio.

Cabe tener presente que el LFM SAPEM al rescindir de común acuerdo el convenio vigente con BMSC evitó -a costo cero- la posibilidad que se le exigiera la adquisición de los frascos de Atazanavir 300 mg comprometidos para los años 2018 y 2019 que no habían sido comprados oportunamente a tenor del acuerdo vigente.

VII.-

En conclusión, respecto de las distintas cuestiones sobre las cuales el C.P. Sebastián Robelin -Auditor Fiscal del Tribunal de Cuentas de la Provincia-

requiere se expida el Asesor Legal del LFM SAPEM, en el punto 2) de la Nota Externa N° 92/2021 Letra: T.C.P. — LAB. FDM de fecha 11 del corriente mes y año, cabe referir:

1) Responsabilidad a la luz de las circunstancias enunciadas en los puntos 1), a, b y c:

Tratándose en el caso de una sociedad anónima regulada por la LGS que realiza actos comerciales, las pérdidas resultantes de decisiones tomadas por el Directorio y el personal jerárquico habilitado a tal fin, a criterio del suscripto no puede generar responsabilidad civil, salvo dolo. En el caso particular, de los actos reseñados no se evidencia "prima facie" acto doloso por parte de quienes tuvieron a su cargo las tramitaciones contractuales bajo análisis.

Por el contrario, pareciera que ante la expectativa de un negocio interesante tomaron las medidas que, a su criterio, en ese momento- eran las más adecuadas y convenientes, asumiendo el riesgo pertinente. Con posterioridad las decisiones del mercado afectaron los intereses del LFM SAPEM por no haber podido comercializar los frascos que, en perspectiva serían comprados por el MSyDSN.

Téngase en cuenta a éstos fines que es usual que las empresas en el ejercicio de su actividad tengan beneficios y pérdidas, más no deriva de las pérdidas juicio de responsabilidad contra sus directivos, salvo que se demostrare un accionar doloso por parte de los mismos tendiente a perjudicar a los accionistas o cuotapartistas o dueños de las empresas (según sea su tipo societario).

2) determinado ello y de corresponder, forma de ejercicio de la acción de responsabilidad

3) plazo de prescripción para ejercerla

4) correspondencia de su tratamiento por parte del Directorio: Atendiendo a las conclusiones expuestas en relación al punto 1) precedente, esto es, que a criterio del suscripto no existiría responsabilidad por parte de los Directores que determinaron la ejecución de los actos comerciales analizados en la presente opinión jurídica, entiendo no se estaría ante un caso que ameritara el ejercicio de acciones de responsabilidad civil.

En virtud de ello, siempre a criterio del suscripto, no debería el Directorio actual -salvo opinión en contrario por parte de dicho cuerpo-tratar el tema del ejercicio o inicio de acciones de responsabilidad civil".

I.4. Informe Contable N.° 169/2021, Letra: TCP-LFM SAPEM

A partir de dicha documentación, la Delegación LFM SAPEM de la Secretaría Contable confeccionó el Informe Contable N.° 169/2021, Letra: T.C.P.-LFM-SAPEM, del 20 de mayo de 2020 (a fojas 511/514) en que se consideró:

"a) CONVENIO MARCO DE COOPERACIÓN ENTRE EL MSN, LOS LABORATORIO PÚBLICOS Y LA AGENCIA NACIONAL DE LABORATORIOS PÚBLICOS (12/07/2017).

El 12/07/2017 se suscribió un Convenio Marco de Cooperación entre el Ministerio de Salud de la Nación (en adelante MSN), los laboratorios públicos – entre ellos LFM- y la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (en adelante ANLAP) con un plazo de vigencia de 5 años contados de dicha suscripción.

A través del mismo se fijaron las condiciones de cooperación entre las partes, según Ley 26.688, para la provisión y distribución pública y gratuita de

medicamentos, vacunas e insumos médicos y en lo que en este caso importa, medicamentos ligados a tratamientos del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). A fin de establecer términos, condiciones y procedimientos de ejecución tanto administrativos como financieros de cada uno de los proyectos, se prevé la suscripción de Convenios Específicos.

b) MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO ENTRE BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY Y LFM (15/08/2017)

El 15/08/2017 se suscribió un Memorándum de Entendimiento (en adelante MOU por sus siglas en inglés) entre la firma BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY (en adelante BMS) y LFM. En dicho documento se plasma que BRISTOL-MYERS SQUIBB HOLDINGS IRELAND es una compañía parte del grupo económico de BMS y el legítimo titular de la patente Argentina Nro. ARO 14417 B1 y BMS está legítimamente en posesión de know-how e información técnica relacionados con la fabricación del Producto.

El presente MOU establece que en función del 'Convenio Marco de Cooperación' se celebrará un futuro contrato entre BMS y LFM.

La Cláusula II.2 Condiciones Precedentes del MOU establece que el contrato a suscribir entre BMS y LFM deberá contener ciertas condiciones precedentes para su plena efectividad, definiendo entre otras, la celebración de un 'Acuerdo entre MSN/LFM'.

Según el MOU, el MSN deberá adquirir el Producto Terminado exclusivamente de LFM, conforme el volumen establecido en el 'Acuerdo MSN/LFM' con el expreso propósito de cumplir los requerimientos del Programa Federal de Salud de VIH en Argentina.

Se prevé la suscripción de un acuerdo de transferencia tecnológica, en el que BMS se compromete a otorgar a LFM ciertas licencias no exclusivas sobre el know-how específicamente relacionado con la presentación del Atazanavir.

Por su parte, LFM deberá adquirir el Producto conforme el volumen establecido en el futuro contrato a suscribir con BMS comprometiéndose a (i) importar y adquirir el Producto de BMS (o de cualquiera de sus afiliadas o tercero designado por BMS); (ii) realizar el envasado secundario del Producto, que incluye el rotulado, utilizando el know-how y la tecnología de BMS, en la medida de lo autorizado por BMS para dichos fines; (iii) realizar los estudios de control de calidad y liberación de testeo del Producto; (iv) realizar las actividades de depósito y farmacovigilancia; y (v) distribuir y suministrar el Producto Terminado bajo su propia marca al Programa Federal de Salud de HIV. Se limita la comercialización definiendo como proveedor exclusivo del MSN al LFM en los términos del 'Acuerdo MSN/LFM'.

Tanto BMS como LFM podían terminar el MOU, sin tener que justificar sus motivos, responsabilidad o penalidad alguna, mediante una notificación por escrito cursada a la otra parte a tales efectos.

Además, se establecen en este MOU, el precio y condiciones de pago - Carta de Crédito Stand-by BTF-, proyecciones y volúmenes mínimos a adquirir de LFM a BMS de 180.000 frascos de 30 cápsulas en 2018 a 78 dólares por frasco y 180.000 frascos en 2019 a 55 dólares por frasco.

Por último, en relación a este MOU, que tenía vigencia hasta el 15/01/2018, fue prorrogado mediante la suscripción de una EXTENSIÓN DEL TÉRMINO DE NEGOCIACIÓN de fecha 12/02/2018 por 60 días más, con efectos retroactivos al 15/01/2018.

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO N° 549

c) CONTRATO ENTRE BMS y LFM (06/04/2018)

Este contrato se motiva en el 'Acuerdo de Cooperación' del MSN y LFM, que establece bases para celebrar futuros acuerdos específicos para la adquisición de medicamentos y en el 'MOU' de BMS y LFM en el que se comprometieron a entablar negociaciones, para realizar la transferencia de tecnología y suministro entre SWORDS LABORATORIES (compañía que integra el grupo de BMS) y LFM.

Entre las pautas del Contrato se fija que el suministro del Producto es únicamente para que se destine a proveer al MSN, indicando que la demanda completa que este último le solicite se requerirá en su totalidad a BMS. Además, se establecen volúmenes mínimos de compra (180.000 frascos de 30 cápsulas c/u por año) y cláusulas resolutivas.

d) CARTA INTENCIÓN ENTRE MSN Y LFM (14/08/2018)

En este instrumento, el MSN declara su intención de realizar las gestiones conducentes para llevar a cabo la firma de un Convenio Interadministrativo con el LFM para la adquisición de 5.904.000 comprimidos, cápsulas o tabletas del Antirretroviral ATAZANAVIR 300 miligramos destinado a la DIRECCIÓN DE SIDA, ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL, HEPATITIS Y TBC del Ministerio.

Establecen el precio de referencia para el medicamento en $92 por cada unidad, totalizando la suma de $543.168.000 y se fija un cronograma de cuatro entregas:

- *1°: 1.800.000 unid. dentro de los 30 días de perfeccionado el contrato.*

- *2º: 900.000 unid. entre de los 30 y 60 días de perfeccionado el contrato.*

- *3º: 252.000 unid. entre los 90 y 120 días de perfeccionado el contrato.*

- *4º:2.952.000 unid. entre los 120 y 150 días de perfeccionado el contrato.*

e) OFERTA ECONÓMICA PRESENTADA POR LFM A MSN (15/08/2018).

El 15/08/2018 LFM envía al MSN una oferta económica en los términos del Proceso de Compra 80-0049-CDI18, Expediente-2018-37564976 -APN-DCYC#M5. Dicha oferta consta de 5.904.000 cápsulas de Atazanavir 300 mg a $92 por cápsula totalizando $543.168.000 previendo la entrega en un plazo de hasta 150 días hábiles administrativos, contados desde la firma del contrato respectivo y con entregas parciales acorde a las que se estipulen en el pliego involucrado.

f) COMUNICACIÓN DE LFM AL MSN SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE MANTENER LA OFERTA ECONÓMICA (31/10/2018).

El 31/10/2018 se remite Nota por parte del LFM al MSN comunicando la imposibilidad de mantener las condiciones económicas de lo ofertado el 15/08/2018 con relación a la Contratación Directa Interadministrativa N° 80-0049-CDI18. Fundamenta su pedido en el desfasaje de la ecuación económica financiera considerada al momento de ofertar, por un cambio sustancial en el contexto macroeconómico con posterioridad a la firma de la Carta de Intención y la presentación de la Oferta Económica.

Además, se solicita que al no tener un contrato perfeccionado y habiendo comenzado a su propio riesgo con la producción de un lote de SURAVIR 300 mg, se permita rectificar la Carta Intención, solicitando aplicar la TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, presentando una nueva OFERTA ECONÓMICA AJUSTADA con ALTERNATIVAS que implican modificaciones en cantidades, tiempos de entrega, solicitud de anticipos financieros, entre otros.

g) PROPUESTA DE ENMIENDA PRESENTADA POR LFM y ACEPTACIÓN DE SWORDS LABORATORIES-Compañía del grupo BRISTOL-MYERS SQUIBB COMPANY- (12/12/2018)

Esta Propuesta de Adenda entre otras cuestiones, implica vender el Producto Terminado al MSN y a otros clientes del ámbito privado dentro de Sudamérica, previa autorización por escrito por parte de BMS.

h) CONVENIO ENTRE MSN y LFM (28/01/2019) y DECISIÓN ADMINISTRATIVA RATIFICANDO CONVENIO (01/03/2019)

Mediante este Convenio entre MSN (ya conformado como Ministerio de Salud y Desarrollo Social) se pacta que el Laboratorio suministrará a la DIRECCIÓN DE SIDA, ENFERMEDADES DE TRANSMISIÓN SEXUAL, HEPATITIS Y TBC, 1.800.000 comprimidos de Atazanavir 300mg. El precio unitario por cápsula es de $92,00 totalizando la suma de $165.600.000,00.

j) ACUERDO DE TERMINACIÓN ENTRE BMS/LFM(31/08/2020)

En virtud de que el MSN no adquirió el Producto Terminado a LFM, se decide de mutuo acuerdo la rescisión anticipada del Contrato a partir del 31/08/2020 suscribiendo al efecto este Acuerdo de Terminación. Desde esta fecha, concluyen todos los derechos y licencias oportunamente otorgados.

Se permite ampliar la comercialización del stock remanente del Producto Terminado al canal privado, exclusivamente a las instituciones autorizadas que se detallan a continuación: Droguería Orien, Helios, Novus Farma, Sitio Salud, OSEF (Obra social del estado Fueguino), OSEIV (Obra social del vidrio), Municipalidad de Tierra del Fuego y Hospitales de Tierra del Fuego hasta el 31/12/2020 LFM.

Por último, la suscripción del Contrato entre BMS y LFM se motiva en volúmenes de ventas de LFM a MSN, categorizándolo como proveedor exclusivo del MSN sin contar a esa fecha con un 'Acuerdo MSN/LFM' suscripto que justifique esas circunstancias. Las órdenes de compra emitidas por LFM bajo este Contrato a favor de BMS son las siguientes:

Orden de Compra y Fecha	***Cantidad***	***Comentarios***
O.C. 350 del 10/08//2018	*60.000 frascos*	*Previo a la suscripción de la Carta Intención entre MSN y LFM*
O.C. 353 del 07/11/2018	*36.504 frascos*	*Posterior a la suscripción de la Carta Intención entre MSN y LFM* *Previo suscripción del Convenio entre MSN y LFM*
O.C. 552 del 13/11/2018 y complementaria 21/11/2018	*30.504 frascos*	*Posterior a la suscripción de la Carta Intención entre MSN y LFM* *Previo suscripción del Convenio entre MSN y LFM*

II- CONSULTA:

En virtud de lo expuesto anteriormente, se solicita se de intervención a la Secretaria Legal de este Tribunal de Cuentas, a fin de que se expida en relación a:

a ***El Contrato suscripto entre BMS y LFM.***

b Si la pérdida de los productos en stock por haber operado su vencimiento implicaría responsabilidad a los miembros del Directorio y en su caso, las posibles acciones a seguir.

c ***Otras cuestiones que estime pertinente al análisis de las actuaciones".*** (el resaltado no es del original)

I.5. Consulta de la Secretaría Contable a la Secretaría Legal

En consideración a lo solicitado por la Auditora Fiscal, la Secretaría Contable remitió a la Secretaría Legal, mediante la Nota Interna N.° 1016/2021, Letra: T.C.P.-S.C., del 21 de mayo de 2021, incorporada a fojas 515, una consulta legal en estos términos:

"Por medio de la presente, me dirijo a Usted, con el objeto de remitir las actuaciones de la referencia, habiéndose agregado a fojas 511/514 el Informe Contable N.° 169/2021 Letra T.C.P.-L.F.M. SAPEM, suscripto por la Auditoria Fiscal Subrogante CP María B. Rojas, en la cual la profesional solicita se dé intervención a la Secretaría Legal de este Órgano de Control, a los fines de que se expida sobre la cuestión planteada en el informe antes citado".

I.6. Ampliación de la información por parte del Laboratorio del Fin del Mundo.

Posteriormente, ante mayores requerimientos de información, el 29 de julio de 2021, a fojas 516/535, desde la casilla de correo mbearzotti@labfindelmundo.com.ar, el LFM informó lo siguiente:

"Se responde cada punto y se aporta la documentación elaborada por los responsables técnicos de cada área del Laboratorio:

** respecto al contrato de BRISTOL MYERS SQUIBB COMPANY: el anexo III y IV del contrato enviado están en blanco. Podrán mandar esos anexos nuevamente. Te adjunto el archivo enviado oportunamente por Laboratorio. La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021.*

** Por otro lado, me consultan si tuvieron respuesta formal a la petición que realizó el Dr. Carlos López como presidente del Laboratorio con el MSN, el día 31/10/2018 relacionado a 'Adquisición ATAZANAVIR 300 mg. EX-201 8-37564976- -APN-DCYC#Ms LABORATORIO DEL FIN DEL MUNDO – SAPEM'. Te adjunto el archivo relacionado. La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021.*

** Igual al punto de arriba, respuesta al pedido de la Nota enviada por el Dr. Santiago Villa respecto de la redeterminación de precios. La información vinculada disponible en esta Administración ha sido aportada a ese Tribunal. A su vez, se informa que se remitió nota por correo electrónico al Ministerio de Salud de la Nación, sin respuesta al día de la fecha (se remite en adjunto al presente).*

** ¿Existe algún acuerdo entre el Ministerio de Salud que le otorga al LFM la exclusividad para proveer el atazanavir? ¿se fija volumen que le comprarían MSN a LFM durante dos años en algún documento?*

La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021.

** ¿A partir de qué fecha y a partir de qué documentos se les permitió vender a otros clientes que no fueran el Ministerio de Salud de la Nación?*

La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021. Esa documentación consta en lo remitido en la Nota 9910/2021, son dos documentos mediante los cuales se habilitó la comercialización.

** Documento donde se indique que el MSN reemplaza el Atazanavir 300mg por otras terapias. No disponemos de un documento en la Administración del Laboratorio.*

** Confirmar si fueron enviados a esta oficina todos los convenios, acuerdos, contratos, convenios marco, informes técnicos, estimaciones del volumen de transacciones con el Ministerio de Salud de la Nación, etc. que estén vinculados al Atazanavir 300mg.*

La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021.

[...]

Respecto al Atazanavir 300 mg incinerado:

Identificar por número de lote.

Sobre esos lotes incinerados:

1. ¿En qué fecha y orden de compra se pidieron?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector contable del Laboratorio.

2. ¿Por qué los compraron? ¿Hay informes técnicos, plan de negocios o algún análisis que recomiende la compra? ¿Algún contrato con el Ministerio de Salud de la Nación que obligara a la compra?

La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021.

3. ¿Cuánto costó el flete desde Estados Unidos a Ushuaia?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector contable del Laboratorio.

4. ¿Se pagaron tributos? Si ese fuese el caso ¿Cuánto se pagó?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector contable del Laboratorio.

5. ¿En qué fecha se recibieron?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector productivo del Laboratorio.

6. ¿En qué fecha y mediante qué órdenes de pago se abonaron?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector contable del Laboratorio.

7. ¿De dónde salieron los fondos que financiaron los pagos (transferencias del Estado Provincial, créditos bancarios, etc.)?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector contable del Laboratorio.

8. ¿Por qué no se vendieron?

La totalidad de la información vinculada que se encuentra en nuestra Administración ha sido aportada al TCP a través de la Nota 9910/2021.

9. ¿En qué fecha, lugar y bajo qué procedimiento se incineraron?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector productivo del Laboratorio.

10. ¿Cuál era el valor en dólares a la fecha de incineración?

Se adjunta documentos conteniendo el detalle de lo solicitado, elaborado por la responsable del sector contable del Laboratorio. Respecto de este punto, se aclara que cada frasco se registró a un valor de USD 55 cargándose al Resultado del Ejercicio correspondiente los gastos necesarios para dejar el producto en condiciones de ser comercializado. Esto surge del balance cerrado al 31/12/2019.

Es importante remarcar que la totalidad de las respuestas se brindan a ese Tribunal, se realizan en base a los documentos obrantes en la Administración de este Laboratorio".

II. ANÁLISIS

II.1. Preliminar.

El hecho que se analiza es la incineración de 48.272 frascos de Atazanavir 300 mg. Considerando que por cada uno de dichos frascos se pagaron US$55, se quemaron medicamentos vencidos por un valor de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA (US$ 2.654.960), sin considerar en dicha suma los impuestos, seguros, honorarios, fletes, etc. pagados y que también forman parte del costo total.

Estos datos se respaldan en los informes confeccionados por el LFM (fojas 4/9; 19 y 456/459 de este expediente) y de la documentación acompañada.

Una vez que fue conocido este hecho, el Tribunal de Cuentas pidió al LFM ciertas precisiones e informes (a fojas 15/16). A los fines del presente análisis, lo más relevante consistía en que el área legal de la empresa se expresara sobre la responsabilidad de los ex integrantes del directorio, si existía una acción judicial al respecto y cuál sería el plazo de prescripción aplicable.

Sobre estos puntos, el abogado contratado por la empresa estatal contestó (a fojas 461/466 del expediente) que: a.- Que la actividad comercial de los integrantes del directorio no genera responsabilidad civil salvo existencia de dolo; b.- Que no percibe que los ex integrantes del Directorio hayan cometido acto doloso. c. que no opina respecto de la acción de responsabilidad ni de la prescripción, pero recomienda que el actual Directorio no trate el tema de la responsabilidad civil (a fojas 461/466).

Sin embargo, aclaró que para dar esa respuesta no analizó los contratos que vinculaban al LFM con Bristol Myers Squibb (en adelante BMS) ni el que

firmaron LFM con el Ministerio de Salud de la Nación. Además, expresó que las ganancias o pérdidas a las que hubieran dado lugar las acciones de los ex integrantes del directorio estaban fuera de incumbencia profesional.

Ante esa respuesta, la Secretaría Contable realizó una consulta a la Secretaría Legal a los fines de emitir opinión legal respecto de: *"a) El Contrato suscripto entre BMS y LFM; b) Si la pérdida de los productos en stock por haber operado su vencimiento implicaría responsabilidad a los miembros del Directorio y en su caso, las posibles acciones a seguir. c) Otras cuestiones que estime pertinente al análisis de las actuaciones*" (fojas 511/515).

A partir de ello, en este trabajo: en primer lugar, en el punto *"II.2 La obligación de los directores de rendir cuentas y de responder por los daños que causen a la empresa que administran"* (página 29 de este informe) se analiza si los integrantes de los directorios responden sólo por dolo; en segundo lugar, se estudia la relación contractual del LFM y BMS en el apartado *"II.3 Acerca del contrato entre el Laboratorio del Fin del Mundo y Bristol Myers-Squibb"* (páginas 40/61 de este informe); en tercer lugar en el capítulo *"II.4. De las Objeciones al dictamen jurídico del asesor legal del LFM"* (páginas 62/69 de este informe) se comparan las fuentes de derecho y los hechos con las afirmaciones del asesor legal de la empresa estatal; y finalmente en el punto *"III. Ejercicio de la acción societaria de responsabilidad por mal desempeño en el cargo de los ex integrantes del directorio"* (páginas 70/83 de este documento) se analiza la posibilidad de que los accionistas ejerzan una acción civil de resarcimiento por daños.

II.2. La obligación de los directores de rendir cuentas y de responder por los daños que causen a la empresa que administran

Se ha dicho en estas actuaciones que *"Tratándose en el caso de una sociedad anónima regulada por la LGS que realiza actos comerciales, las pérdidas resultantes de las decisiones tomadas por el Directorio y el personal jerárquico habilitado para tal fin, a criterio del suscripto no puede generar responsabilidad civil, salvo dolo"* (dictamen jurídico del asesor legal del LFM a fojas 461/466 de este expediente).

Sin embargo, se podría sostener que tal afirmación no tendría sustento jurídico, pues al confrontar tal afirmación con las fuentes de derecho, resulta que la Ley General de Sociedades (artículos 58, 59, 72, 99, 274 y ssgtes.) y el Código Civil y Comercial (artículos 159, 160, 1717, 1724 y 1725) establecen que los integrantes de los órganos de control y dirección de las sociedades responden por los daños que su accionar produzca tanto por dolo como por culpa, negligencia, impericia o imprudencia, ya sea por acción u omisión.

Además, es indispensable aclarar que cuando se habla de dolo en la responsabilidad de los directores por mal desempeño, se trata del concepto civil que consiste en *"la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos"* (artículo 1724 del Código Civil y Comercial).

Por ello debe entenderse que están incluidos tanto el dolo delictual (producir un daño de manera intencional) como el que se genera por el incumplimiento de las obligaciones propias del administrador de un patrimonio de otro (daño producto de la indiferencia por los intereses ajenos).

Es claro que para poder determinar si hubo incumplimiento de las conductas a las que están obligados los directores, el primer paso es precisar cuáles son. Para ello, debe aplicarse un plexo jurídico conformado por los artículos 274 y 59 de la Ley nacional N.º 19.550 -Ley General de Sociedades-, leídos a la luz de las previsiones del codificador nacional.

Puesto que el artículo 274 prevé que *"Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (...)"*, resulta indispensable acudir al artículo 59, que ordena: *"Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión"*.

Para la comprensión integral de esta norma debe leerse juntamente con los artículos 160, 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación, a saber:

El artículo 160 legisla acerca de la: *"Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión"*.

Por su parte, en el Artículo 1724 se prevé que *"Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos"*.

A los fines de esclarecer aún más que los directores no sólo responden por dolo (y que, aún en ese caso, se trata tanto de dolo penal como civil), entiéndase que se ya se definió que:

- **La imprudencia** *"es todo aquello que, con arreglo a las circunstancias del caso, y en función del tema cuyo análisis debe efectuarse, aparece como atrevido, riesgoso o peligroso para las personas o bienes ajenos; o sea un comportamiento actuado sin la adopción de los cuidados debidos, precipitado, irreflexivo o que ha implicado la asunción de riesgos innecesarios"* (RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, *"Código Civil y Comercial de la Nación Comentado"*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, Tº. IV, pág. 1032);

- **La negligencia** es la despreocupación por el modo de cumplir los deberes, es la *"Omisión de la atención debida por inacción o descuido o por acción incorrecta, inadecuada o insuficiente"* (*"Diccionario Panhispánico de Español Jurídico"*, https://dpej.rae.es/lema/negligencia); y

- **La impericia** consiste en la *"incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte"* (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos A., *"Los factores subjetivos de atribución, en responsabilidad civil"*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 144).

Sin duda, es cierta la afirmación que los directores deben responder por los daños que causen al patrimonio societario cuando actúen con dolo. Pero insuficiente.

El abogado dictaminante debió precisar que además de la noción de dolo delictual se incluye la de dolo civil; de ahí se sigue que los integrantes del directorio deben responder por la producción de los desequilibrios patrimoniales generados tanto de manera intencional como cuando se producen por las acciones realizadas con indiferencia respecto de las consecuencias que puedan generar sus decisiones.

Sobre estos temas se ha dicho que: *"en la medida que uno tenga que hacerse responsable de lo que dice o promete, existe un incentivo alternativo para ser veraz, incluso si se es deshonesto y está dispuesto a engañar al otro"* (STREB, Jorge, *"El significado de racionalidad en la economía"*, Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina, https://ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/139.pdf).

Hay que agregar a todo ello el artículo 1725 del Código Civil y Comercial, que es la norma de clausura que permite comprender la responsabilidad por el mal desempeño de los ex-directores, en el que se prevé: *"Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente"*.

Todo este plexo normativo ordena que los integrantes del Directorio de la SAPEM deben: 1) actuar con integridad y veracidad en la defensa de los intereses societarios; y 2) que las decisiones que afecten el patrimonio que

administran se tomen con conocimiento y prudencia, atendiendo a las distintas circunstancias imperantes, buscando minimizar riesgos y optimizar beneficios, informando con claridad a los accionistas. Y que, si no lo hacen, están obligados a resarcir por el daño causado.

Es que estas características (integridad, veracidad, conocimiento, prudencia, etc.) son intrínsecas al cargo que se asume. Recuérdese que se sentenció: *"Los directores de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria —en el caso, Argentina Televisora Color— que habrían celebrado negocios perjudiciales para ella,* ***no pueden liberarse de responsabilidad so pretexto de inexperiencia en la actividad que la entidad desarrolla, por cuanto la imputación que se les endilga se asienta en el quebrantamiento de los principios de diligencia y buena fe en el ámbito de la administración comercial***" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, causa "A*dministradores de A.T.C. S.A.*", del 12 de junio 2006).

Además, por supuesto, tienen la obligación de rendir cuentas de su actuación. Es oportuno resaltar que el artículo 858 del Código Civil y Comercial de la Nación especifica que: *"Se entiende por cuenta la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque consista en un acto singular. Hay rendición de cuentas cuando se las pone en conocimiento de la persona interesada, conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes".*

A todo ello hay que agregar que no se requiere que el acto u omisión del director infrinja una norma legal para tener que reparar el daño al patrimonio de la empresa estatal, sino que basta que la pérdida patrimonial no esté justificada ya que *"Cualquier acción u omisión que causa daño a otro es antijurídica si no está justificada"* (artículo 1717 del Código Civil y Comercial).

Vale la pena mencionar que los integrantes del órgano de administración del LFM fueron nombrados en razón de su aparente experiencia. El Dr. Carlos LÓPEZ se había desempeñado como Director del Laboratorio del Hospital Regional de Ushuaia, la C.P. Clara LÓPEZ RÍOS ocupó los cargos de Directora de Administración del Ministerio de Salud de Tierra del Fuego y de Contadora General de la Provincia, y el Dr. Santiago VILLA, especialista en patentes, había sido empleado de BMS hasta ser nombrado en el LFM.

Es claro que, al menos en apariencia, eran personas formadas y con conocimiento en lo que hacían; por ello corresponde analizar sus decisiones *"con mayor rigor por tratarse de un comerciante profesional con alto grado de especialización; condición que la responsabiliza de manera especial por su superioridad técnica que les impone el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento del negocio, exigiéndole una diligencia acorde con su objeto"* (Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, sentencia del 20 de septiembre de 1999 en la causa *"Banesto Banco Shaw S.A. c. Dominutti, Cristina"*, reiterada en *"Molinari, Antonio F. c. Tarraubella Compañía Financiera S.A."* el 24 de noviembre de 1999).

Sin embargo, respecto del segundo grupo de adquisiciones de Atazanavir, existe una llamativa desproporción entre la cantidad del medicamento comprado (US$3.685.440), el vendido (US$1.030.480) y el incinerado (US$2.654.960).

De estos datos objetivos resulta que la adquisición de estas drogas fue imprudente, fruto de la falta de planificación y de cuidado por el patrimonio que administraban y de una absoluta ausencia de análisis racional de las circunstancias. No se percibe, de las actuaciones bajo análisis, una sola justificación que haga creer lo contrario.

Teniendo presente que esas compras se hicieron con dinero de la deuda pública y con fondos del tesoro provincial, no encuentro reparos para afirmar que los directores no actuaron con la diligencia del buen hombre de negocios, según prevé el artículo 59 de la Ley 19.550, o fue una *"(...) asunción de riesgos que ya en condiciones normales resultaban excesivos, en absoluta contradicción con las obligaciones del cargo y en el marco de un colosal desorden administrativo"* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 12 de junio de 2006, fallo *"Administradores de A.T.C. S.A."*, LA LEY AR/JUR/2802/2006).

En esa línea, a partir de la consulta de la Secretaría Contable, debe profundizarse aún más y analizar la decisión de comprar 127.008 frascos sin tener siquiera un contrato firmado con el Ministerio de Salud de la Nación y conociendo *o teniendo la obligación de haber conocido* que el Atazanavir 300 mg dejaría de usarse en el Programa Federal de Salud VIH.

Lo que en este capítulo estamos viendo es si los directores deben responder sólo por dolo o si son responsables por los daños que hayan generado a la sociedad tanto por dolo como por culpa, por impericia, por imprudencia o negligencia, tanto sea por acción o por omisión.

Sabemos que esto es así y sobre ello se han manifestado los jueces, estableciendo que:

"La operatividad de esos dispositivos normativos se asienta en la noción del dolo y también de la culpa valorada, en lo pertinente, según las pautas de los arts. 1724 y 1725 del Cód. Civ. y Comercial (antes arts. 512 y 902 del Cód. Civil), que puede ser in commitendo cuando se ejecutan actos que violentan disposiciones legales o estatutarias; in negligendo cuando no se cumple con las obligaciones que emanan de la ley, el estatuto o las resoluciones asamblearias; e

in vigilando cuando se cometen faltas, descuidos o inobservancia de funciones en perjuicio de la sociedad (…)

La responsabilidad del director no empieza allí donde termina su diligencia, sino allí donde comienza su culpa o malicia, traducida en la voluntad constante de causar daño a sabiendas o en un descuido injustificado o negligente de sus obligaciones como buen hombre de negocios.

La responsabilidad, entonces, no se vincula con la mera presencia del poder de dirección, sino con la conducta observada por el director en el ejercicio de tal poder (esto es no haberse conducido con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, o haberlo hecho con culpa, dolo o abuso de facultades); y por ende, para que se configure la responsabilidad civil es necesario que los hechos u omisiones hayan ocasionado un perjuicio (cfr. Halperín, en 'Sociedades anónimas', Buenos Aires, 1975, ps. 449 y sig.; esta Sala, "Devoreal SA s/ quiebra c. Moreno y otros", 01/11/2016, íd., "Dios Echeverría, Federico D. c. Ruca Covún SRL", 04/04/2017; íd., "Carloni, Aladino E. c. A Campo Traviesa SRL", 10/04/2018)" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, *"Belac S.A. c. Curet, Sebastián Y Otros s/ ordinario"*, 3 de octubre de 2019, TR LALEY AR/JUR/56362/2019)

También en sede judicial se sentenció que: *"(…) asiste razón al quejoso en lo relativo al factor de atribución en el caso sub lite. Se trata en mi opinión de una actuación dolosa por parte de la demandada, ya que a la luz del art. 1724 in fine del ordenamiento sustancial vigente, hubo una manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, esto es, una despreocupación por el resultado que se pudiera causar en el damnificado debido a la conducta seguida por la accionada"* (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación, causa:

"S. D.A. c. C. B. M. - Ordinario - Daños y Perj.-Recurso de apelación", Expte. N.º 6355956, sentencia del 28 de mayo de 2019).

Asimismo, la jurisprudencia ha resuelto que los directores responden tanto por dolo como por culpa en las acciones dañosas cometidas contra la sociedad y que *"Para que tal responsabilidad opere es necesario la existencia de culpa, la cual se erige como fundamento de la responsabilidad, siendo una noción adecuable a cada caso y persona en concreto a apreciar prudencialmente por el juez. Dicha apreciación debe hacerse a la luz de las pautas configuradas en los arts. 59, L.S.C. y 512 y 902, C. Civ. Están demostradas en autos las irregularidades registrales. La ilicitud apuntada constituye un quebrantamiento de la lealtad y la diligencia exigible a un 'buen hombre de negocios' (arts. 59 y 274, L.S.C.)."* (causa *"Navalesi Marta Laura y otro c/ Les Bejart S.A. y otro s/ despido"* –Cámara Nacional del Trabajo –Sala V – sentencia del 30 de octubre de 2015).

También es aplicable al caso que *"Es deber del administrador ser leal y diligente, en tanto actúa administrando un patrimonio e intereses ajenos"* (Cámara Nacional en lo Comercial, sala B, "*Isabella, Pascual c. Frymond SA y otros"*, 28/09/2012,, AP/JUR/3601/2012; y en "*San Justo SA s/ quiebra c. Garavano, Alfredo J. E. y otra*", 05/12/2013).

En el mismo sentido, se sentenció que: *"El art. 59 de la ley 19.550, al fijar en cabeza de los administradores societarios el deber de un obrar leal y conforme al estándar del buen hombre de negocios, establece la necesidad de que cumplan con ciertos deberes fiduciarios que la doctrina ha examinado largamente, uno de los cuales es, por cuanto aquí interesa, el de informarse sobre la marcha de los negocios sociales a los efectos de establecer un adecuado control sobre ellos. El de informarse es un deber que, en efecto, deriva del de diligencia resultante del citado art. 59"* (causa *"García del Ro Luis c/ YPF S.A. s/ exhibición*

de libros" –Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, sentencia del 6 de noviembre de 2013).

Aún en la hipótesis que alguien tuviera dudas, los prudentes decidores del derecho sentenciaron:

"Los administradores de una sociedad deben actuar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios y son responsables por las faltas cometidas en los términos de la LS: 59. La responsabilidad nace de la circunstancia de integrar el órgano de administración, de manera que cualesquiera que sean las funciones que efectivamente cumple el administrador, su conducta debe ser juzgada en función de la actividad obrada –o no realizada- por el órgano.

Ello, aunque el imputado alegue funciones nominales o no, que no haya actuado efectivamente en relación con los hechos que se reputan disvaliosos, o no haya tenido conocimiento de ellos; porque es función de cualquier integrante del órgano de conducción la de controlar la calidad de la gestión empresarial. En el contexto descripto, el incumplimiento a sus obligaciones da lugar a una suerte de culpa in vigilando pues el distingo entre la condición de administradores y su ejercicio efectivo en torno a una cuestión concreta, antes de dispensarlo de responsabilidad, la agrava porque importa no haberse interesado debidamente en la actuación del ente" (*"Comisión Nacional de Valores c/Massuh SA s/ organismos externos"* –CNCOM –SALA B –17/04/2012, elDial.com -AA7718).

Resulta oportuno agregar que *"Desempeña mal su cargo el director desleal con la sociedad administrada, el negligente o imprudente, el dispendioso con los recursos societarios, el incompetente para el ejercicio de la función y, en fin, aquel que no pusiera en el cuidado y manejo de los negocios sociales la misma aplicación, diligencia e interés que en los propios"* (MASCHERONI, Fernando

H., *"El directorio en la sociedad anónima"*, Ed. Cangallo, Buenos Aires, 1978, pág. 109).

Como consecuencia de lo expuesto, es claro que tanto las fuentes de derecho como los jueces entienden que los directores de una SAPEM responden por dolo civil, culpa o negligencia, ya sea por acción o por omisión, siempre que el daño producido a la empresa haya sido resultado de un abuso del poder de discreción (asumiendo riesgos que aun en condiciones normales resultan excesivos) o con indiferencia por las consecuencias que puedan acarrear a la sociedad o sean el efecto del descuido injustificado o negligente de sus obligaciones como buenos hombres de negocios, que en este caso se materializó con la compra innecesaria de los medicamentos. Sobre este punto seguidamente se efectúa el análisis respectivo.

II.3 Acerca del contrato entre el Laboratorio del Fin del Mundo y Bristol Myers-Squibb

II.3.a) El memorandum de entendimiento

Para poder interpretar el contenido y alcance del contrato entre LFM y BMS, las partes nos proveyeron de una herramienta insustituible: el Memorándum de Entendimiento (firmado el 15 de agosto de 2017, a fojas 27/36 de este expediente).

En este documento preparatorio se formalizó la voluntad de las empresas y se fijaron las pautas para realizar el contrato firmado el 6 de abril de 2018, incorporado a fojas 469/510 en el que se reglaron sus derechos y obligaciones recíprocas.

Especialmente relevante en este análisis es que se definió cuál era la finalidad perseguida por las partes: que el LFM pueda cumplir con los requerimientos que le haría el Programa Federal de Salud VIH SIDA del Ministerio de Salud de la Nación de una de las presentaciones del medicamento Atazanavir (grageas de 300 mg). Cualquier otra venta a otro programa o interesado, ya sea de ésta u otra presentación, quedaban vedadas.

En este documento se acordó que en el contrato entre LFM y BMS *"quedará expresamente limitado a vender el Producto terminado al MOH* [Ministerio de Salud de la Nación] *para el Programa de Salud de HIV de acuerdo con el Proyecto ATZ, solamente dentro del territorio Argentino (…) salvo acuerdo escrito de las Partes, no tendrá derecho a comercializar, vender, revender, distribuir, almacenar, donar o deshacerse del Producto y/o Producto Terminado de ninguna otra manera que no sean aquellas expresamente permitidas bajo el Acuerdo"* (a fojas 29 vuelta del expediente).

Asimismo, se estableció en la Sección *"II.2 Condiciones Precedentes"* (a fojas 30 de este expediente) que, para que el contrato fuese plenamente efectivo, que el LFM debía cumplir ciertas condiciones previas.

Entre estas condiciones precedentes se incluyó: a) el nombramiento de la empresa estatal como proveedor exclusivo del Producto Terminado en relación con el Programa Federal de Salud de VIH de acuerdo con el Proyecto ATZ; y b) que se celebrara el acuerdo entre el Ministerio de Salud de la Nación y el LFM. Sin embargo, en los hechos, el único acuerdo concretado entre ellos es la contratación interadministrativa por 60.000 frascos que se perfeccionó el 1° de marzo de 2019 mediante la Decisión de la Jefatura de Gabinete N.° 145/2019 (a fojas 112 de este expediente).

Por otra parte, en la sección *"II.3 Condiciones Resolutorias"* (a fojas 30 de este expediente) se pactó que cesarían las obligaciones derivadas del contrato si el acuerdo entre el Ministerio de Salud de la Nación y el LFM: *"(...) pierde vigencia y si FARMA* [por el LFM] *deja de ser proveedor exclusivo del Producto Terminado respecto al Programa Federal de HIV; b. Si el acuerdo MOH/FARMA* [por el Ministerio de Salud de la Nación y el LFM] *es terminado, anulado, declarado nulo, expira o pierde vigencia por cualquier razón; c. Si la demanda del Producto y/o Producto Terminado se reduce en más de un 20% (veinte por ciento) en relación a la proyección establecida bajo el Acuerdo".*

De este modo se puso por escrito que sería resolutoria la frustración del fin del contrato entre el LFM y el Ministerio de Salud de la Nación, ya que, si se diese tal condición, el contrato conexo (entre LFM y BMS) se quedaba sin uno de sus elementos esenciales (la causa).

Profundizando sobre esta afirmación, hay que reconocer que no se puede escribir más claro que el contrato que se celebraría entre el LFM y Bristol estaría subordinado a la relación jurídica entre el Estado Nacional y el LFM para cumplir con la provisión de un medicamento determinado (únicamente en una de sus posibles presentaciones) y sólo para uno de sus programas. Sin esta finalidad, el contrato a celebrar no tendría sentido y se debería realizar una operación jurídica distinta.

Por otra parte, hay que hacer hincapié en los elementos explícitos que serían determinantes para la firma del contrato: La existencia de un convenio entre el Ministerio de Salud de la Nación y el LFM en el que se lo nombre como proveedor exclusivo de Atazanavir 300 mg para el Programa Federal de Salud VIH SIDA en el que se estableciera cuál sería la demanda por dos años.

Debe subrayarse que este acuerdo de exclusividad entre el Ente Nacional y el LFM sería la condición para fijar el volumen mínimo de adquisiciones que haría el Ministerio de Salud al laboratorio estatal fueguino y de ahí se deriva la cantidad que este último le compraría a Bristol Myers-Squibb.

Incluso se previó que en el contrato a firmarse entre el LFM y BMS, *"En el supuesto de que el Volumen Mínimo disminuya en una cantidad mayor al 20% (veinte por ciento) del Volumen Mínimo anual en cualquier año del contrato, BMS puede (i) revisar los términos del Acuerdo, incluso el precio del Producto, con vistas a arribar a un acuerdo justo acerca a cómo ajustar las diferencias de la demanda real; o ii) BMS podrá terminar el acuerdo sin cualquier encargo, de acuerdo con la Sección II.3 (c) anterior"* (a fojas 31 del expediente).

Agregado a ello, resulta vital para este análisis que en el memorándum se fijó que el contrato que se celebraría entre el LFM y BMS tendría una validez de tres años *"siempre que se cumplan las condiciones precedentemente establecidas en la Sección II.2"*, (a fojas 30 vuelta del expediente).

Resulta así evidente que el contrato que se firmaría entre las partes no era un fin en sí mismo, sino un medio para la obtención de un fin: cubrir la demanda del Ministerio de Salud para su Programa de Salud VIH.

Esta es, en definitiva, la principal herramienta que nos brinda el memorándum la de darnos a conocer la finalidad perseguida, el objetivo final, la razón por la que se firmaría el contrato. Como seguidamente se puede comprobar, esto también se reflejó en el documento final.

II.3.b) Derechos y obligaciones establecidos en el contrato entre LFM y BMS

Como consecuencia de las negociaciones llevadas a cabo según lo pautado en el memorándum de entendimiento, el 6 de abril de 2018 se firmó el contrato entre BMS y LFM -al que se lo identifica como *"FARMA"*-. Allí se consideró que:

"La epidemia de VIH/SIDA es una crisis de salud grave y están entrando en este Contrato como parte de un esfuerzo humanitario con el objetivo de aumentar el acceso efectivo y el uso de sulfato de atazanavir 300 mg) (…) FARMA hará todo lo posible para comercializar y poner a disposición las cantidades adecuadas del Producto Terminado (según se define a continuación) con la finalidad de satisfacer las necesidades del MINISTERIO DE SALUD DE ARGENTINA (el MSAL) en el Territorio bajo el Programa Federal de Salud VIH" (fojas 469 vuelta del expediente).

En el mismo sentido se afirmó que el laboratorio del Estado fueguino *"es parte de un 'Acuerdo de Cooperación' con el MSAL, adjunto al presente como Anexo III, mediante el cual … establecieron las bases para que el MSAL y FARMA puedan celebrar acuerdos específicos para la adquisición del Producto Terminado de FARMA hasta julio de 2019, al menos, con el propósito expreso de cumplir con los requisitos del Programa de Salud Federal de VIH"* (a fojas 470).

En esta instancia hay que aclarar cuatro asuntos: que el Anexo III está vacío, que cuando se lee FARMA se hace referencia al LFM, que por MSAL debe entenderse el Ministerio de Salud de la Nación y que a fojas 471 se define que Proyecto ATZ *"Significa, exclusivamente dentro del Territorio, (i) la importación y compra por parte del Producto por parte de FARMA exclusivamente de BMS (o cualquiera de sus Filiales o un tercero designado por BMS;(ii) la realización del envasado secundario del Producto por parte de FARMA, incluyendo el etiquetado*

utilizando la Información Técnica (según se define a continuación) de BMS, en la medida autorizada y proporcionada por BMS para tal fin como se detalla en este Contrato;(iii) Conducción por parte de FARMA del control de calidad y las pruebas de liberación del Producto Terminado basadas en la Información Técnica;(iv) Almacenaje y realización de farmacovigilancia por parte de FARMA; y (v) el suministro y venta del Producto Terminado bajo la marca propia de FARMA al MSAL, en relación con el Programa Federal de Salud VIH, limitado a, y exclusivamente para, el canal de comercialización institucional como proveedor exclusivo del MSAL en el Territorio".

Además de dar por sentado que existe un contrato en el que se establece al LFM como proveedor exclusivo, al definir los términos de referencia del contrato, se precisó que "*'Estimación' significa la estimación anticipada por FARMA con respecto a la cantidad de Productos que planea comprar a BMS como se especifica en la Sección 8.4*" (fojas 471 vuelta del expediente). Como luego se corroborará, esta definición es fundamental para determinar las responsabilidades por incinerar medicamentos valuados en 2.6 millones de dólares.

Para una mejor comprensión de la situación, también se aclaró que "*'Programa Federal de Salud de VIH' significa el programa federal de salud del MSAL para ayudar a pacientes con VIH y SIDA al proporcionar el Producto Terminado, comprado exclusivamente a FARMA, al menos hasta el año 2019, según la decisión del MSAL que se adjunta como Anexo IV*" (fojas 471 vuelta del expediente).

Más aún, al establecer el alcance del contrato se precisó que la "*autorización de BMS a FARMA para la venta del Producto Terminado a MSAL durante el Plazo de este Contrato solo dentro del Territorio y exclusivamente en*

relación con el Programa Federal de Salud de VIH, de conformidad con el alcance del Proyecto ATZ.

2.2. Durante la vigencia de este Contrato, FARMA reconoce y acepta que cualquier licencia otorgada en virtud del presente para proceder al envasado secundario, uso, venta y/o reventa del Producto y/o Producto Terminado se concede únicamente bajo y con respecto de la Información Técnica en el Territorio, para asistir al Programa Federal de Salud de VIH en relación con el Proyecto ATZ" (a fojas 474 del expediente).

Puede corroborarse que una y otra vez se hace referencia a que la autorización al LFM de comercializar sólo una de las tres posibles presentaciones de Atazanavir está dirigida a cumplir el Programa Federal de Salud VIH SIDA.

Por si hubiera alguna duda, se estipuló que: *"2.2.1. Durante el Plazo de este Contrato, ni FARMA ni ninguna de sus Filiales promoverá, distribuirá, comercializará, venderá, revenderá o dispondrá de cualquier otra forma del Producto o del Producto Terminado, ni directa ni indirectamente, ni participará en ninguna colaboración o distribución, vender, revender y/o donar arreglos u otorgar (o pretender hacer cualquiera de los anteriores) a un tercero cualquier derecho de fabricar, envasar, re-envasar, usar, promover, distribuir, comercializar, vender, revender, donar o disponer de cualquier otro producto que contiene IFA del Producto, el Producto o el Producto Terminado fuera del Territorio y/o un tercero que no sea MSAL para el Programa Federal de Salud de VIH"* (fojas 474 y vuelta).

Así queda claro que el LFM sólo podía comprar una de las presentaciones de Atazanavir 300 mg (las de 150 mg y 200 mg quedaron fuera del acuerdo) para etiquetar y vender únicamente al Programa Federal de Salud de VIH

del Ministerio de Salud de la Nación, a ningún otro comprador ni siquiera a otro programa del mismo Ministerio.

Todo esto tendría como fundamento un contrato mediante el cual el Ministerio de Salud de la Nación le garantizaría al LFM ser el único proveedor del medicamento por el plazo de dos años y un volumen determinado que estaría agregado en el Anexo IV del contrato.

Sin embargo, al verificar el Anexo IV del contrato resulta que éste se encuentra vacío (fojas 496 vuelta del expediente). Dicho sea de paso, es notable que en el contrato escrito en lengua inglesa la foja de este anexo no está presentada al Tribunal de Cuentas, como se puede confrontar a fojas 82/83 del expediente, pues se pasa del Anexo III (vacío) al Anexo V.

De ello resulta que no había un volumen de Atazanavir 300 mg pactado y su stock se basó en una estimación de los mismos directores del LFM cuyas decisiones ahora se analizan. Acorde con la cláusula transcripta, este pronóstico podía ser modificado bimestralmente, sujetándolo a la demanda del Ministerio de Salud de la Nación.

Podría intentarse oponer a este análisis dos objeciones, pero ambas son posteriores a la firma del contrato con BMS y tampoco cumplen con los recaudos básicos.

La primera, vinculada al Anexo III, sería que hay un acuerdo entre el Ministerio de Salud de la Nación y la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos de la que el LFM forma parte, sin embargo dicho convenio de ningún modo otorga exclusividad al LFM para proveer Atazanavir 300 mg, ni fija el volumen de medicamentos a suministrar.

La segunda de las impugnaciones podría ser que hay una carta de intención a fojas 158 del expediente (de fecha y origen inciertos). Sin embargo, se trata de un documento que en nada obliga al Ministerio de Salud de la Nación.

Lo primero que hay que decir es que una carta de intención muestra el inicio de tratativas para evaluar si se concretará o no un vínculo contractual, refleja negociaciones que se pueden abandonar en cualquier momento. Tal y como surge a las claras del artículo 993 del Código Civil y Comercial, una carta de intención no es un acuerdo, ni un convenio ni un contrato. Es claro que no debe confundirse el proceso de negociación con el contrato en sí.

Además, por aplicación de este mismo criterio, cabe decir de la presentación de ofertas en una contratación administrativa no es una obligación contractual, como es el caso de la oferta presentada el 15 de agosto de 2018 (a fojas 160 del expediente).

Para dicha circunstancia se aplicaría el artículo 20 del Decreto nacional Nº 1023/2001 en el que se prevé: *"Los contratos quedarán perfeccionados en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumento respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación. Las jurisdicciones o entidades podrán dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin lugar a indemnización alguna en favor de los interesados u oferentes".*

Es claro, y así se entiende en sede judicial, que *"(...) los oferentes no poseen un derecho subjetivo al contrato administrativo ni un interés legítimamente protegido, pues como regla del proceso licitatorio, solo tienen expectativas fácticas que consisten en la posibilidad abstracta de adquirir algún derecho si concurren, simultánea o sucesivamente, varios acontecimientos, siento totalmente inseguro que el proceso de formación del derecho se realice"* (Corte Suprema de

Justicia de la Nación, *"Cadesa S.A. c. Estado Nacional (ANA) s/daños y perjuicios"*, Fallos: 312:343).

En concreto, volviendo al análisis, es claro que el contrato entre BMS y LFM tiene como finalidad satisfacer la demanda del Ministerio de Salud de la Nación para su Programa Federal de Salud VIH; esto es fundamental porque el volumen de compra de Atazanavir 300 mg por parte del LFM estaba subordinado a los contratos de provisión que en exclusividad éste tuviera con el Ente nacional. Es lógico que, si se elimina esa finalidad, el contrato no tiene sentido y ya no es posible exigir el cumplimiento de ejecuciones pendientes.

Justamente, cuando el Ministerio de Salud de la Nación discontinuó el Atazanavir, BMS, no exigió indemnización alguna. Este comportamiento en una empresa comercial sólo se explica si eran conscientes de la conexidad entre los contratos y de la subordinación a los requerimientos del Programa Federal de Salud VIH SIDA.

También, ya se hizo hincapié en el excesivo stock que derivó en el vencimiento de los medicamentos, y su posterior quema fue una decisión desacertada de los directores de la empresa. Este hecho (la incineración) es una prueba contundente que obraron de manera imprudente, negligente y culpable.

A los fines del análisis, es obvio que se trata de dos o más contratos autónomos coligados, en el que hay uno que determina a los demás: Aquél por el cual el Ministerio de Salud de la Nación se compromete a comprar exclusivamente al LFM el Atazanavir 300 mg para satisfacer una cantidad determinada de dosis.

Si bien es cierto que el LFM no ha acreditado la existencia de tal acto jurídico, sí se cuenta con el contrato interadministrativo perfeccionado el 1° de marzo de 2019 mediante la Decisión Administrativa N.° 145/2019, de la Jefatura

de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional por 60.000 frascos, de 30 dosis cada uno, y un valor total de PESOS CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($165.600.000) a fojas 112. Tan cierto como ello es que esa es la única venta que se hizo al Programa Federal de Salud VIH SIDA.

Para finalizar este apartado: la buena técnica jurídica identifica a estas relaciones como contratos conexos, y una de las consecuencias es que, si se extingue el contrato principal la misma suerte siguen los que están a él condicionados. Esta conexidad entre los contratos surge de la conducta de los contratantes, así lo entiende el Código Civil y de este modo lo establecieron los firmantes. Sobre estos asuntos se profundiza seguidamente.

II.3.c) Conducta de los contratantes y fuentes de derecho que corroboran de que se trataba de contratos conexos - consecuencias jurídicas -

Si nos ceñimos a lo que ocurrió en la realidad, resulta que el contrato entre BMS y LFM establecía (por estimaciones hechas por los ex integrantes del directorio del LFM) una transacción de 360.000 frascos, a razón de 180.000 en el año 2018 y 180.000 en 2019. Sin embargo, estas compras estaban subordinadas a los requerimientos del Programa de Salud VIH del Ministerio de Salud de la Nación.

Desde el año 2018 en adelante, el Ministerio de Salud de la Nación sólo hizo una compra de Atazanavir 300 mg por 60.000 frascos (el contrato interadministrativo con el LFM de marzo de 2019, ya señalado).

Sin embargo, el LFM compró 127.008 frascos (cuadro provisto por el laboratorio estatal a fojas 456 del expediente) entre el 10 de agosto y el 13 de noviembre de 2018.

Si fuese cierta la afirmación del asesor jurídico de la empresa estatal respecto de que el LFM tenía la obligación contractual de comprar 180.000 frascos por año, ¿por qué esta conducta no generó por parte de BMS ninguna sanción ni reclamo por el remanente del volumen estimado al momento de contratar?

La falta de reclamo de BMS se explica, por un lado, por la propia naturaleza del contrato de suministro cuya finalidad era la de satisfacer los requerimientos del Programa Federal de Salud VIH SIDA, más allá de que se hubieran programado ciertos cupos entre LFM y BMS. Por otro, en la doctrina de la frustración de la finalidad del contrato, originada en los casos paradigmáticos *"Chandler vs. Webster"* y *"Krell vs. Henry"*.

Dicho en otros términos: si el Ministerio de Salud de la Nación no requería medicamentos, el LFM no estaba obligado a comprar a BMS. Así lo previeron tanto al momento de sentar las bases de la negociación como en el propio contrato.

Puede confrontarse que al definir los términos de referencia del contrato se estableció que la estimación que realizaría el Directorio del LFM respecto de volumen de droga a adquirir se especificaba en la *"Sección 8.4"* (a fojas 471 vuelta). Siguiendo ese envío, se corrobora que en la Sección 8.4. se puntualizó lo siguiente:

"8.4. <u>Proyección</u>: Para permitir la planificación de la producción por BMS, FARMA acuerda proporcionar a BMS una proyección móvil continua de veinticuatro (24) meses para el Producto con una desviación limitada de 20%

veinte por ciento (hacia arriba o hacia abajo) en relación con una proyección enviada previamente, que será proporcionada por FARMA a BMS cada dos meses (la 'Estimación') de acuerdo con el Programa Federal de Salud VIH. Los productos serán solicitados por FARMA a través de órdenes de compra vinculadas a la Estimación.

8.4.1. FARMA confirmará la Estimación inicial durante al menos los primeros seis (6) meses dentro de los quince (15) días posteriores a la obtención del Registro Sanitario y la Estimación restante para el período de veinticuatro (24) meses dentro de los sesenta (60) días de obtenido el Registro Sanitario"(a fojas 481 vuelta y 482).

De la propia fuente de derecho que une a las partes (el contrato) surge que la provisión del medicamento estaba destinada al Programa Federal de Salud VIH SIDA y que quien debía realizar las estimaciones del volumen de la operación (con actualizaciones bimestrales) era el LFM.

De lo primero se deriva que si el programa no necesitaba medicamentos, entonces no era necesario el suministro, tal y como ya se dijo.

De lo segundo, que el LFM era el responsable de *"estimar"* el volumen de transacción con BMS de acuerdo a lo que requiriese el Ministerio de Salud en cantidad y calidad, incluida una fecha de caducidad de los productos que *"no podrá ser menor de dieciocho (18) meses contados a partir de la entrega"* (Punto 1.3 del Pliego de Bases y Condiciones del llamado a presentar ofertas en el que se originó la contratación interadministrativa).

Sobre este asunto volveremos al momento de tratar la responsabilidad de los directores que compraron los medicamentos incinerados en los puntos *"II.4 Objeciones al dictamen jurídico del asesor legal del LFM"* (páginas 62/69 de este

informe) y *"III. Ejercicio de la acción societaria de responsabilidad por mal desempeño en el cargo de los ex integrantes del directorio"* (páginas 70/83 de este dictamen).

Así se puede confirmar, por un lado, la conexidad entre los contratos; por otro, que no se puede invocar al contrato entre BMS y LFM como obligación para comprar los medicamentos incinerados, **pues era a partir de la información del propio comprador que se establecía el volumen**. Además, como veremos en el apartado siguiente, era obvio que se dejaría de utilizar el medicamento. Entonces, es claro que los directores no tuvieron la diligencia suficiente y estimaron mal, o fueron imprudentes y se equivocaron al comprar. Lo que es claro es que, sin importar la excusa que esgriman, son los únicos responsables.

Podría cuestionarse que sólo se trata de una opinión jurídica, pero si se recurre al Código Civil y Comercial como fuente de derecho objetivo, resulta evidente que era posible la resolución del contrato con BMS sin tener que pagar compensación alguna, por *"frustración de la finalidad contractual"*. Para ello se aplica el plexo normativo que resulta de los artículos 281, 957, 1073 a 1075 y 1090.

"La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes" (artículo 281).

"Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" (Artículo 957).

"Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las

consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor" (artículo 961).

"Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074" (Artículo 1073).

"Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido" (artículo 1074).

"Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común" (artículo 1075).

"La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial" (artículo 1090).

Como ya se ha señalado, en el caso hay dos contratos coligados: el principal, entre el Ministerio de Salud de la Nación y LFM. El otro, subordinado, entre LFM y BMS, en el que los contratantes establecieron una finalidad común: satisfacer las necesidades de Atazanavir 300 mg en el Programa Federal de Salud.

Aunque se trata de contratos aparentemente autónomos, procuran un resultado común (expresado por escrito en ambos) de tal modo que no se podría alcanzar el uno sin el otro: **sin demanda del medicamento por parte del Ministerio de Salud, pierde la causa final del contrato de suministro con BMS.**

Se trata de una situación jurídica sencilla, que no podía escapar al conocimiento de los directores del LFM, que contaban con numerosos abogados como asesores.

Además, es propio del buen hombre de negocios interiorizarse de los compromisos que asume en nombre de la entidad que administra. Esto nos lleva al núcleo de la consulta que realiza la Secretaría Contable cuando interroga: *¿Hay responsabilidad en los directores que compraron el medicamento incinerado?* Seguidamente se indaga sobre las circunstancias y fundamentos que, como ya se puede advertir, avizora una respuesta afirmativa.

II.3.d) Situación contractual del LFM al momento de la emisión de las órdenes de compra.

Tanto el LFM, en su Nota N.° 9910/2021, del 9 de marzo de 2021 (a fojas 19/466), como la Secretaría Contable, en el Informe Contable N.° 169/2021 (a fojas 511/514) nombran dos tipos de contratos y de relaciones jurídicas de distinta naturaleza: por un lado, la que vinculaba al LFM con el Ministerio de Salud de la Nación; la otra, entre el LFM y Bristol Myers-Squibb.

La primera es propia del Derecho Público y se manifestó en una contratación interadministrativa para la compra de 60.000 frascos de Atazanavir 300 mg. (Decisión de Jefatura de Gabinete N.° 145/2019 a fojas 112). Este contrato estuvo sometido al régimen general de las contrataciones públicas del Estado Nacional, regulado en el Decreto nacional Nº 1023/2001 y su reglamentación, el Decreto nacional Nº 1030/2016.

La segunda, entre el LFM y Bristol Myers-Squibb (en adelante BMS), derivó en un contrato de derecho privado cuyo objeto era proveer al LFM las cápsulas de 300 mg (una de las tres presentaciones de la droga Atazanavir) para que la empresa estatal suministre a uno de los programas del Ministerio de Salud de la Nación: el Programa Federal de Salud VIH SIDA.

Como bien se señala en el Informe Contable Nº 169/2021, las partes dejaron claro que este contrato de provisión estaba sujeto a la celebración de un acuerdo con el Ministerio de Salud de la Nación en el que deberían fijarse, entre otros asuntos, que ese Ministerio: *"deberá adquirir el Producto Terminado exclusivamente de LFM, conforme el volumen establecido en el 'Acuerdo MSN/LFM' con el expreso propósito de cumplir los requerimientos del Programa Federal de Salud de VIH en Argentina"* (a fojas 30 y 512).

Afirmación que se puede confrontar con las condiciones fijadas para celebrar el contrato, según las cuales el LFM debería: *"(v) distribuir y suministrar el Producto Terminado bajo su propia marca al Programa Federal de Salud de VIH, estando esto limitado de manera exclusiva para el canal de comercialización institucional como proveedor exclusivo del MOH* [Ministerio de Salud de la Nación] *en Argentina"* (a fojas 28 vuelta de este expediente).

Tanto es así, que además se fijó como obligación que el LFM mantendría informado a BMS: *"sobre las condiciones comerciales (volumen y*

precio) del Producto Terminado proporcionando acuerdos que puedan suscribir en relación con el Programa Federal de Salud de VIH y el Proyecto ATZ. FARMA mantendrá informado a BMS tan pronto como sea posible, pero a más tardar quince (15) días después de la ejecución de cualquier acuerdo con el MSAL con respecto al suministro del Producto Terminado, el Programa Federal de Salud VIH y/o el Proyecto ATZ" (a fojas 477 de este expediente).

Para ello el Directorio del LFM garantizó que: *"13.2.7. MSAL ha designado como proveedor exclusivo del Producto Terminado en lo que respecta al Programa Federal de Salud de VIH, de conformidad con el Proyecto ATZ"* (a fojas 486 vuelta del expediente).

Por otro lado, se pactó que BMS tendría derecho a rescindir el Contrato, a su exclusivo criterio, inmediatamente después de la entrega de un aviso a FARMA, cuando se produzca cualquiera de las siguientes circunstancias *"15.3.4. si por alguna razón: (i) el MSAL cancela el Programa Federal de Salud VIH, y/o (ii) MSAL no adquiere el Producto directamente de FARMA, y/o (iii) MSAL, en su totalidad o en parte, usa, transfiere, vende, dispone y/o asigna el Producto no para atender al Programa Federal de Salud del VIH, y/o (iv) si FARMA ya no es el proveedor exclusivo del Producto Terminado para el MSAL"* (a fojas 489 del expediente).

A partir de estas expresiones de los contratantes, es clara la subordinación del contrato de suministro de medicamentos entre LFM y Bristol Myers-Squibb a las compras que el Ministerio de Salud de la Nación hubiera comprometido con el LFM.

II.3.e) ¿Era necesario comprar 67.008 frascos más en noviembre de 2018? ¿Había algún contrato pendiente?

Como ya hemos visto, todo gira sobre el mismo hecho: el sobre stock innecesario de una droga que al momento de la compra (8 al 13 noviembre de 2018) ya era obsoleta.

Otro hecho relevante para responder la consulta de la Secretaría Contable, es que el Ministerio de Salud de la Nación decidió mejorar la calidad de atención a las persona que padecen SIDA y dejar de utilizar el Atazanavir 300 mg en su Programa Federal de Salud VIH, pasando a otras estrategias más simples y efectivas, siguiendo la recomendación del VII Consenso de Terapia Antirretroviral, publicadas el 21 de mayo de 2019 (https://www.sadi.org.ar/documentos/guias-recomendaciones-y-consensos/item771-vii-consenso-argentino-de-terapiaantirretroviral-2018-2019).

Esta recomendación es el reflejo de lo establecido por: a) la Organización Mundial de la Salud entre los años 2016 y 2018 (http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/273632/WHO-CDS-HIV-18.18-eng.pdf?ua=1a); b) la Sociedad Clínica Europea SIDA en octubre de 2017 (https://www.eacsociety.org/files/guidlines-9.0-spanish.pdf); c) el Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos en 2017/2018 (https://clinicalinfo.hiv.gov/en/guidelines/adult-and-adolescent-arv/optimizing-antiretroviral-therapy-setting-virologic-suppression); y d) el Grupo de Estudio del SIDA del Gobierno de España en enero de 2019 (https://gesida-seimc.org/wp-content/uploads/2019/02/Guia_Tar_Gesida_Ene_2019.pdf).

Por supuesto que las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, la Sociedad Clínica Europea, el Departamento de Salud de Estados Unidos, el Gobierno de España y el Consenso argentino no brotaron de la noche a

la mañana, sino que se fundan en estudios desarrollados y publicados a lo largo de los años.

Sólo por poner unos ejemplos, entre los muchos en donde se estudian estas situaciones y se fundan las decisiones de los organismos internacionales, se podrían citar los trabajos de:

ORRELL C., HAGINS D., BELONOSONOVA E. y otros en *"Fix dose combination of DTG/ABC/3TC versus ATV plus TDF/FTC in previously untreated women with HIV-1 infection (ARIA): Week 48 results from a randomised, open-label, non-inferiority, phase-3b study"*, publicado en Lancet HIV 2017; 4 (12): 536-546.

KOZAL M., LUPO S., DEJESUS E, y otros, *"A nucleoside- and ritonavir-sparing regimen containing atazanavir plus raltegravir in antiretroviral treatment-naive HIV-infected patients: SPARTAN Study results"*, publicado en HIV Clinic, Trial 2012;13 (3):119-30.

REYNES J., TRINH R., PULIDO F. y otros, *"Lopinavir/ritonavir combined with raltegravir or tenofovir/emtricitabine in antiretroviral-naive subjects: 96-week results of the PROGRESS Study"*, publicado en AIDS Res & Human Retrov, 2013;29 (2):256-65.

RAFFI F., BABIKER A., RICHERT L. y otros en *"Ritonavir-boosted darunavir combined with raltegravir or tenofovir-emtricitabine in antiretroviral-naiveadults infected with HIV-1: 96-week results from the NEAT001/ANRS143 randomised non-inferiority trial"*, publicado en Lancet 2014;384:1942-51.

A partir de las recomendaciones públicas de los organismos internacionales y del Consenso de Terapia Antirretroviral (sumada a la abundante documentación científica) es claro que no fue súbita la decisión de sustituir el

Atazanavir 300 mg y elegir tratamientos *"con mayor potencia, menor toxicidad, mayor barrera genética y que sean aptos para ser utilizados por múltiples poblaciones. Incorporar y ampliar la utilización de nuevos esquemas de tratamiento que sean fácilmente tolerables, de posología sencilla que facilite la adherencia, que tengan robustez suficiente y que sean asequibles a un bajo costo"* (https://bancos.salud.gob.ar/recurso/boletin-sobre-el-vih-sida-e-its-en-laargentina-ndeg-37).

Dentro del análisis expuesto es posible comprender que había una subordinación entre el contrato entre LFM y BMS con los requerimientos del Programa Federal de Salud VIH SIDA.

Como consecuencia de ello, el volumen de medicamentos a comprar por el LFM se establecía por los contratos que tuviera con el Ministerio de Salud y la estimación que realizara el LFM.

En los hechos concretos, **no había ningún contrato que obligara a la empresa estatal a comprar ese segundo grupo de Atazanavir 300 mg**. En realidad, ya había reclamos al Ministerio de Salud de la Nación (a fojas 114/130 y 161/173) **en el que los propios ex integrantes del Directorio ya reconocían la inconveniencia del negocio, que los costos superaban el valor de la venta y de ahí se infiere el pleno conocimiento de las pérdidas que estaban ocasionando.** Asuntos que también se reflejan en las Actas de Asamblea General Extraordinarias N°1, del 18 de septiembre de 2018, y N°2, del 21 de diciembre de 2018, y de las Actas de Directorio N.° 16, del 19 de septiembre de 2018, N.° 18, del 26 de octubre de 2018, y N.° 21, del 20 de diciembre de 2018.

Por otro lado, si la compra se fundó en estimaciones de los ex-directores, resulta que estas no se fundaron en análisis objetivos ni en informes

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO N° 570

técnicos (herramientas elementales del buen hombre de negocios). Al menos, esos instrumentos para la toma de decisiones no constan en este expediente.

Es claro que habiendo recomendado los organismos internacionales de salud dejar de utilizar el atazanavir en los tratamientos contra el VIH desde el año 2017 (fundados en una multiplicidad de trabajos científicos anteriores), la decisión de comprar medicamentos sin tener que satisfacer un contrato con el Ministerio de Salud de la Nación significó asumir riesgos exorbitantes.

De hecho, el Consenso Argentino de Terapia Antirretrovial se hizo eco de esas recomendaciones el 21 de mayo de 2019. Este evento, que dio certeza de algo conocido por todos: que el Estado Nacional ya no compraría más el producto. A partir de esa fecha, hasta el 3 de marzo de 2020 en que los accionistas decidieron cambiar el directorio, solo vendieron 10.065 frascos, el 15% de los 67.008 comprados en el segundo grupo (7 y 13 de noviembre de 2018, órdenes de compra N.º 353-3/2018, N.º 552/2018 y N.º 552-1/2018).

De esta manera, resulta claro que:

a) No había ninguna obligación de comprar los 67.008 frascos.

b) La causa final del contrato con BMS, suministrar la droga al Programa Federal de Salud de VIH, había dejado de existir.

c) La desproporción de la cantidad adquirida en relación a las condiciones del mercado.

d) Esta desproporción demuestra que la decisión de comprar el medicamento se realizó con grosera indiferencia por los intereses del LFM o con absoluto desconocimiento de las condiciones del mercado.

e) El desconocimiento de las condiciones del mercado no es otra cosa que negligencia, impericia o imprudencia en el manejo del laboratorio estatal.

f) Tanto sea que la compra se realizó con indiferencia por los intereses del LFM o con desconocimiento de las condiciones del mercado, la consecuencia jurídica es la misma: deben responder por el perjuicio injustificado que le causaron a la empresa que administraban.

g) La incapacidad de los ex directores en colocar el medicamento en el mercado o de devolvérselas a BMS después del 21 de mayo de 2019 (solo vendieron el 15%) confirma su negligencia, impericia e imprudencia en su desempeño como directores del LFM.

II.4) De las objeciones concretas al dictamen jurídico del asesor legal del LFM.

A la luz de todo lo dicho, los ex administradores de la empresa estatal son responsables de haber tomado la decisión de comprar 67.008 frascos de los cuales se quemaron el 72% (48.272 frascos).

Respecto de este hecho, ya señalamos que a fojas 461/466 de este expediente, el asesor legal del LFM afirmó que el daño patrimonial por la cantidad de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA (US$2.654.960) es una consecuencia normal de las operaciones comerciales.

Para así afirmar, se sustenta en sus propias opiniones, hipótesis e intuiciones que no se corroboran en los documentos acompañados, que no ocurrieron en la realidad y que no resultan de las normas aplicables al caso.

Contrariamente a la buena técnica jurídica no precisa cuáles son las fuentes de derecho aplicable al caso, sino que se limita a pasar del lenguaje descriptivo al prescriptivo.

Por ejemplo, afirma que el LFM estaba obligado a adquirir 180.000 frascos por año (fs. 463 del expediente), cuando en realidad la demanda estaba sujeta a las compras que realizara el Programa Federal de Salud de VIH y eran los propios directores los que debían hacer las estimaciones (asunto que se analizó en el punto II.3).

Otro error es el afirmar que los directores sólo responden por dolo, cuando tanto la Ley nacional N.° 19.550 (artículos 59 y 274) como el Código Civil y Comercial (artículos 159, 160, 1724 y 1725) establecen que responden por los daños que su accionar produzca tanto por dolo *civil* como por culpa o negligencia (tema que se estudió en el punto II.2).

Asimismo, se puede confrontar en el expediente que la Directora Ejecutiva del LFM afirma que se le encomendó al asesor legal que *"emita opinión jurídica, mediante la cual efectúa un análisis de la operatoria vinculada con la compra-venta de SURAVIR 300 mg"* (fojas 19 vuelta del expediente).

No obstante que el objeto de la tarea que se encomendó era la compra de la droga a BMS y la venta posterior al Ministerio de Salud de la Nación, el abogado dictaminante decidió no analizar *"las distintas cláusulas de los acuerdos indicados dado que no son de interés para el tema sobre el cual se solicita me expida"* (fojas 462).

De ahí que se le pueda cuestionar, por un lado, que no explica por qué los contratos en los que se basan las operaciones no son de interés sobre el tema; por otro, pasó a hacer justamente lo contrario a lo que enunciaba y opinó -sin

fundar- sobre las prestaciones a las que estaban obligadas las partes pero sin corroborarlo con las fuentes ni verificar los hechos.

Sin perjuicio que en el dictamen se afirma que: "(…) *pareciera que ante la expectativa de un negocio interesante tomaron las medidas que, a su criterio, en ese momento- eran las más adecuadas y convenientes, asumiendo el riesgo pertinente. Con posterioridad las decisiones del mercado afectaron los intereses del LFM SAPEM por no haber podido comercializar los frascos que, en perspectiva serían comprados por el MsyDSN"*, resulta que fueron las decisiones de los directores las que produjeron el daño, pues asumieron un riesgo exorbitante, con absoluta indiferencia de las consecuencias que ocasionaría al patrimonio provincial.

No hay en el expediente un solo estudio ni plan de negocios que analice el riesgo de comprar un producto que se podía vender únicamente a uno de los programas del Ministerio de Salud, en un plazo brevísimo de dos meses, cuando ya se sabía que la recomendación de los entes internacionales era dejar de usar ese medicamento y que, de la cotización solicitada, de concretarse se limitaría a los 60.000 frascos iniciales.

Considérese además que el laboratorio BMS perdió la exclusividad de la patente sobre la atazanavir -registrada como Reyataz- en el año 2018 tema que se vio en el punto *"II.1.b LABORATORIO DEL FIN DEL MUNDO SAPEM. EMPRESA PUBLICA. EL FIN PUBLICO PERSEGUIDO CON SU CONSTITUCION Y LA LABOR DESARROLLADA"* del Informe Legal N.º 245/2019, aprobado e incorporado en la Resolución Plenaria N.º 10/2020.

Por otro lado, tampoco tiene fundamento la afirmación respecto que en la actividad comercial *"si no se arriesga no se gana"* (fojas 464). Justamente, la conducta del buen hombre de negocios es la contraria, ya que en la ciencia de la

administración resulta que la decisión racional es el mecanismo con que cuenta el empresario para maximizar su utilidad-beneficio y a reducir sus costos y riesgos (se puede confrontar, entre muchos otros, en https://Dialnet-LaRacionalidadEnLaTomaDeDecisiones5031502.pdf;https://www.uco.es/~dh1lavif/INT_ECONOMIA/MaximizacionBeneficio.pdf; https://www.cerem.es/blog/las-claves-para-reducir-costes; https://www.auladeeconomia.com/microap-material6.htm)

La ciencia de la administración de empresas (incluso la experiencia más rudimentaria) demuestra que los buenos comerciantes reducen las pérdidas a partir de estrategias que les permiten gestionar tanto los riesgos cotidianos como los excepcionales, evaluando continuamente la información vinculada a los productos que comercializan y a la cadena de suministros. Esto es lo que se espera de la *"lealtad y diligencia del buen hombre de negocios"* (artículo 59 de la Ley nacional N.º 19.550)

Hay que subrayar que tanto la decisión racional como la gestión de riesgos en la cadena de suministros no son arcanos reservados para algunos iluminados, sino de cuestiones elementales en la administración de empresas, conocidos por cualquier empresario diligente, incluso, es propia de la experiencia del negociante ordinario, de un profesional promedio.

A partir de allí, se puede inferir que si no se aplicaron herramientas que están al alcance del hombre común, significa que la incineración de medicamentos por un valor de dos millones seiscientos mil dólares fue fruto de la falta de diligencia o de la impericia o de la imprudencia de las personas a cargo de la toma de decisiones o de que los fines perseguidos no estarían vinculados con optimizar los beneficios del LFM. En todos estos casos su conducta se podría asimilar tanto al dolo como a la culpa (comprensiva de la negligencia, impericia e imprudencia) y la consecuencia jurídica en ambos casos es la misma: deben responder por el daño causado.

El Legislador ha resuelto que si para tomar decisiones en la vida común se analizan las alternativas, se identifica cuál de las opciones es la más útil, la más adecuada a la finalidad perseguida, se verifican los hechos en la realidad y luego se elige lo más conveniente, **con mucha más razón debe realizarse este análisis en el caso de administrar el patrimonio de ajeno.**

Nada de eso se ve reflejado en una compra de medicamentos que derivó en la incineración que ahora se estudia. La operación de compra-venta de un producto que se paga en dólares y que su posterior reventa se cobra en pesos se realizó en medio de una monumental crisis económica, asunto que el Presidente del Directorio reconoce a fojas 161/173 del expediente, más allá de la inopia de confundir un contrato con la presentación de una oferta (hecho que no genera obligación ninguna).

Además, de la lectura del Pliego de Bases y Condiciones de la única venta de Atazanavir 300 mg que hizo el LFM al Programa Federal de Salud VIH, resulta que el vencimiento de los productos no podría ser menor a 18 meses contados desde la entrega (punto *"1.3 Vencimiento"*, a fojas 138 del expediente).

Si se tiene en cuenta que los medicamentos incinerados ingresaron al LFM el 6 de febrero de 2019 y el 24 de abril de 2019, pero que los vencimientos ocurrirían en septiembre, octubre y diciembre de 2020 (fojas 518 del expediente), el límite para entregarlos en las condiciones del pliego (18 meses) fenecería los meses de mayo y junio de 2019, entonces sólo había un período de uno y dos meses para concretar la venta y entrega.

De ello resulta que la operación de llamado a contratar por parte del Ministerio de Salud de la Nación, la oferta, aceptación, firma del contrato y entrega de los 67.008 frascos de Atazanavir 300 mg al Programa Federal de Salud VIH SIDA debía iniciarse en mayo de 2019 y estar concretada antes de julio del mismo

año. A la luz de la experiencia de la compraventa anterior (que comenzó en abril de 2018, y se aprobó en marzo de 2019) resultaba extremadamente improbable.

Así, la compra de los 48.272 frascos quemados se realizó sin tener una obligación contractual de comprárselos a BMS ni de vendérselos al Ministerio de Salud y conociendo o debiendo haber sabido que la Organización Mundial de la Salud, la Sociedad Clínica Europea, el Departamento de Salud de Estados Unidos, el Gobierno de España advertían no usar Atazanavir 300 mg en el tratamiento del SIDA.

De esta recomendación se hizo eco el VII Consenso Argentino de Terapia Antirretrovial 2018/1019, lo que derivó en que el Programa Federal de Salud VIH SIDA ya no utilizó más esa presentación de la droga.

Considerando que la conducta del buen hombre de negocios consiste en tomar decisiones racionales que le permitan reducir riesgos en la cadena de suministros, disminuir los costos y maximizar los beneficios, se puede concluir que los directores que tomaron riesgos desmesurados (comprar un producto en dólares para vender en pesos, teniendo un único potencial comprador pero sin un contrato que obligue a realizarlo, en medio de una crisis económica) ignorando las recomendaciones de los organismos internacionales, sin tener un plan de negocios y que produjeron una pérdida del 72% del insumo adquirido, actuaron como malos hombres de negocios. O, al menos, como hombres de negocios negligentes e ignorantes.

Además, sabiendo antes de recibir los medicamentos que sería imposible venderlos, de todos modos continuaron con la operación.

Entonces, contrariamente a la opinión del respetado colega, tanto las órdenes de compra y de pago, los informes técnicos, las investigaciones científicas

que debajo se citan, así como las fuentes de derecho (contratos firmados, Ley General de Sociedades, Código Civil y Comercial, Decretos nacionales N.º 1023/2001 y N.º 1030/2016 y las decisiones de los jueces en casos similares) demuestran que el daño fue generado por las decisiones imprudentes y arbitrarias de los directores.

La consecuencia jurídica de este modo de administrar el patrimonio de la SAPEM es la posibilidad que tienen los accionistas de ejercer la acción de responsabilidad por mal desempeño en el cargo.

En sede judicial se ha resuelto que: "*el administrador societario debe obrar con la diligencia del buen hombre de negocios; su diligencia deberá apreciarse según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512, Cód. Civ.), y la actuación presumible de un buen hombre de negocios, o sea de un comerciante experto ante los mismos (art. 902, Cód. Civ.). La omisión de tal diligencia hará responsable al administrador societario por los daños y perjuicios causados, lo que constituye la culpa leve in abstracto y además responderá por los daños y perjuicios causados por la omisión de los cuidados más elementales, lo que configura la responsabilidad por la culpa grave y, obviamente, el dolo*" (CNCom., sala B, 5-11-93, E. D. 156-120).

Así, el desempeño de los directores ha de evaluarse según los artículos 59 y 274 de la Ley General de Sociedades. La falta de lealtad o diligencia es suficiente para imponer la responsabilidad de resarcir el daño.

Los criterios para juzgar tanto las circunstancias, el tiempo y el lugar como las condiciones personales de los ex directores en relación a su mayor deber por sus incumbencias profesionales y el patrimonio ajeno administrado, son los fijados por los artículos 159, 160, 1717, 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial.

En concreto: Todo el que por su culpa o dolo cause daño a otro está obligado a indemnizarlo. Los ex integrantes del directorio del LFM deben responder por los perjuicios que su actuación provocó a la empresa estatal, ya sea por acción u omisión siempre que haya sido realizada con dolo, culpa, imprudencia, impericia o negligencia.

Así se podría afirmar que:

1. María Clara LÓPEZ RÍOS, Carlos LÓPEZ y Santiago VILLA, con manifiesta indiferencia por los intereses de la empresa, compraron 67.008 frascos de ATAZANVIR 300 mg a un valor de US$55 cada uno, por un total de US$3.685.440 (O.C. N.º 353-3/2018 y O.C. N.º 552-1/2018, informe del LFM a fojas 456 del expediente) sin tener obligación para hacerlo, ni plan de negocios para colocarlo en el mercado, ni preocupación por la fecha de vencimiento.

2. De esos frascos, el LFM incineró el 72% (48.272 que no vendió según los documentos de fojas 4/9; 19; 456/459 y 464), generando una pérdida de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA (US$2.654.960).

3. Los accionistas del Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM tendrían una acción civil que les permite reclamar el resarcimiento por los perjuicios que los directores les hayan causado, ya sea por acción u omisión, con dolo, culpa, imprudencia, impericia o negligencia, si no se desempeñaron con la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios (artículo 274 y 59 de la Ley nacional N.º 19.550).

III. El ejercicio de la acción societaria de responsabilidad por mal desempeño en el cargo de los ex integrantes del directorio

III. 1) Presentación

En los capítulos precedentes se ha sostenido:

1°) Que a los ex integrantes del Directorio les cabe la responsabilidad civil por mal desempeño en cargo, tanto por dolo como por culpa, negligencia, impericia o imprudencia;

2°) Que los ex integrantes del Directorio obraron de manera negligente e imprudente cuando compraron una cantidad exorbitante de Atazanavir 300 mg sin tener la obligación de hacerlo y sin realizar un análisis mínimo previo. Se trataba de medicamentos que pagaron en dólares para intentar venderlos en pesos, en el brevísimo plazo de dos meses, a un único potencial comprador que ya no quería adquirirlos.

3°) Que existe una acción civil, de responsabilidad por el mal desempeño en el cargo, que el LFM puede ejercer contra Carlos LÓPEZ, Clara LÓPEZ RÍOS y Santiago VILLA, cuyo plazo de prescripción fenecería el 3 de marzo de 2023.

Estas afirmaciones se fundan en:

a) La aplicación de la Ley nacional N.° 19.550 (artículos 59 y 274, leídos conjuntamente con el artículo 72), en el Código Civil y Comercial (artículos 159, 160, 1717, 1724 y 1725), Decretos nacionales N.° 1023/2001 y N.° 1030/2016, en el contrato celebrado entre el LFM y Bristol Myers-Squibb (incluyendo el memorándum de entendimiento, las adendas modificatorias y el acuerdo de terminación) y en el único contrato interadministrativo celebrado por

el LFM con el Poder Ejecutivo Nacional para proveer 1.800.000 dosis de Atazanavir 300 mg;

b) La doctrina judicial que emana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *"Cadesa S.A. c. Estado Nacional (ANA) s/daños y perjuicios"*, Fallos: 312:343; de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación, causa: *"S. D.A. c. C. B. M. - Ordinario - Daños y Perj.-Recurso de apelación"*, Expte. N.° 6355956, sentencia del 28 de mayo de 2019; de la Cámara Nacional del Trabajo, Sala V, en la causa *"Navalesi Marta Laura y otro c/ Les Bejart S.A. y otro s/ despido"*, sentencia del 30 de octubre de 2015; de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, en los autos *"García del Ro Luis c/ YPF S.A. s/ exhibición de libros"*, sentencia del 6 de noviembre de 2013; de la Cámara Nacional en lo Comercial, en *"Comisión Nacional de Valores c/Massuh SA s/ organismos externos"*, sentencia del 17 de abril de 2012; de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II, 12 de junio de 2006, fallo *"Administradores de A.T.C. S.A."*; de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, en la causa *"Estancias Procreo Vacunos S.A: c. Lenzi, Carlos y otros"* sentencia del 9 de noviembre de 1995; de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, en la causa *"Banesto Banco Shaw S.A. c. Dominutti, Cristina"*, sentencia del 20 de septiembre de 1999, reiterada en *"Molinari, Antonio F. c. Tarraubella Compañía Financiera S.A."* el 24 de noviembre de 1999; y de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala A *"Eledar S,A, c/ Serer, Jorge s/ sumario"*, sentencia del 8 de octubre de 1997.

c) Los hechos, documentos, informes y actas de Directorio acompañados por el Laboratorio del Fin del Mundo SAPEM y que forman parte del expediente.

Profundizando en ello, en el campo jurídico está fuera de discusión que los directores de la SAPEM deben responder por los daños que generen al patrimonio que administran tanto si actuaron con dolo (delictual o civil) como con culpa.

Mientras que por dolo civil debe entenderse la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, la culpa consiste en la omisión de las diligencias propias del buen hombre de negocios e incluye la imprudencia, la impericia y la negligencia, conforme se ya se definió en el punto II.2.

La mejor doctrina nacional en esta materia señaló que:

"Como nadie ignora, la ley 19.550 posee un esquema sancionatorio que permite castigar no solo a los directores 'pillos', sino también a los síndicos infieles o negligentes, a los socios 'controlantes' o no pero que perjudicaran a la sociedad, a los auditores cómplices o incapaces y a los terceros involucrados en conductas lesivas para el sujeto ideal de que se trate.

Dicho mecanismo punitivo se ejecuta a través de las llamadas 'acciones de responsabilidad societaria', las cuales revisten 'una función de resguardo hacia el socio o terceros', el que se suele plasmar en la práctica por medio de un esquema resarcitorio (...)

En consonancia con los tiempos que se viven, no solo el país cuenta con un esquema normativo —en la LGS— aplicable a las SA, las SAU, las SAS y las SRL, que rige la responsabilidad de administradores sociales, síndicos y controlantes y que permite también sancionar a los auditores negligentes o infieles sino que, además, la reciente sanción del nuevo Código Civil y Comercial, fundamentalmente en lo referido a la 'Teoría de la Responsabilidad Civil', viene

ahora a aportar un plexo normativo aggiornado que, por regular cuestiones absolutamente ajenas a la Ley de Sociedades —como los conceptos de autoría, coautoría, factores de atribución y un vastísimo etcétera— ha venido a convertirse en el complemento integral para comenzar a construir el cuerpo sancionatorio con el que deberemos castigar al mal administrador" (MARTORELL, Ernesto E., *"Perfil actual de la responsabilidad de un director de sociedades"*, LA LEY2018-A, 911).

Así se entiende que, para poder ejercer la acción de responsabilidad por mal desempeño en el cargo, el accionista damnificado debería verificar la vigencia de la acción y acreditar los recaudos que el Código requiere para los casos de la responsabilidad civil: autoría, conducta antijurídica, daño, factor de atribución y nexo causal.

III.2) Prescripción de la acción de responsabilidad por mal desempeño en el cargo como director.

En este punto se analiza la aplicación de la prescripción de la acción que podrían esgrimir los ex directores de la empresa estatal para liberarse de su responsabilidad por el mal desempeño.

En este sentido, la norma más relevante es el artículo 2561 del Código Civil y Comercial, que en el segundo párrafo establece *"El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años"*.

Considerando que la acción de responsabilidad por mal desempeño contra los directores es una de las acciones de responsabilidad civil, entonces el

reclamo contra Carlos LÓPEZ, Santiago VILLA y Clara LÓPEZ RÍOS prescribiría a los tres años a contar desde que la sociedad tuviera la acción expedita.

Debe tenerse presente que una excepción a ello sería que se dieran las previsiones del artículo 275 de la Ley nacional N.º 19.550, toda vez que regula: *"La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento"*.

Ahora bien, como no consta en el expediente que la asamblea de accionistas haya aprobado su gestión (tampoco habría en el expediente causas de justificación del daño) y que en este caso la acción de responsabilidad por mal desempeño estaría fundada en la conducta contraria a la Ley General de Sociedades (artículos 274 y 59) y el Código Civil y Comercial (artículos 159, 160, 1717, 1724 y 1725), el artículo 275 LGS no sería de aplicación.

Establecido que el plazo de la prescripción es de tres años, queda por precisar a partir de qué día comenzó a correr el plazo. El principio general es que el plazo debe comenzar a computarse desde que la acción se encuentra expedita.

Si se aplican los artículos 276 y 277 de la Ley General de Sociedades, resultaría que el ejercicio de la acción de responsabilidad tendría como requisito la declaración de causal por parte de la asamblea. Sin embargo, se objeta que si la empresa (eventual acreedora) no tratase el tema en asamblea o lo postergara, el inicio de la prescripción quedaría diferido indefinidamente.

Por otro lado, si se entiende que el término debería computarse desde el acaecimiento del hecho dañoso, esto es, desde la emisión de las órdenes de compra N.º 353-3/2018, N.º 552/2018 y N.º 552-1/2018 los días 7 y 13 de noviembre de

2018. Si se toman dichas fechas, la acción de responsabilidad por mal desempeño en el cargo prescribiría a comienzos de noviembre de 2021.

Sin embargo, el Legislador nacional previó en el artículo 2543 del Código Civil y Comercial que *"El curso de la prescripción se suspende (...) d) entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, mientras continúan en el ejercicio del cargo"*.

El motivo es claro: no debe computarse el plazo mientras los directores infieles estuvieron en condiciones de tergiversar la información y de ocultar el daño al dueño del patrimonio que administran. Es lógico que la ley no beneficie al mal administrador que, por acción u omisión, dificulte la acción de responsabilidad en su contra.

Así las cosas y teniendo presente que los ex directores cesaron en sus cargos el 3 de marzo de 2020 (conforme fojas 5 vuelta) asunto que se plasmó en el acta de Asamblea Extraordinaria N.° 8, el ejercicio de la acción de responsabilidad prescribiría el 3 de marzo de 2023.

Aún quedan por señalar otros dos factores que podrían modificar dicho vencimiento: el momento del conocimiento del daño y la dispensa judicial.

Por un lado, puede considerarse como el día de comienzo del cómputo de la prescripción al momento en que el accionista tuvo conocimiento del daño o de la conducta reprochable de los directores si las consecuencias de ésta no fueren inmediatas. En este supuesto, habría de tenerse como *dies a quo* el 9 de noviembre de 2020, fecha en que se informó al accionista de los vencimientos e incineración del Atazanavir 300 mg (a fojas 5/14 del expediente).

Por otro, el artículo 2550 del Código prevé: *"El juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el*

titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos".

En este caso ya no se trata de la interrupción o suspensión del término, sino que se excusaría a los accionistas de la extinción del plazo por motivos como la pandemia producida por el COVID-19 o por el ocultamiento de la información, siempre y cuando la acción se iniciara en el plazo en seis meses de finalizado el impedimento.

Así, dentro del análisis expuesto, se pueden apreciar varias alternativas jurídicas; sin embargo, *considerando la documentación que consta en el expediente*, como conclusión de este punto se podría adelantar:

1°) Que la acción social de responsabilidad por mal desempeño en el cargo de los ex-directores Carlos LÓPEZ, Santiago VILLA y Clara LÓPEZ RÍOS está vigente.

2°) Que si los accionistas deciden ejercer dicha acción, deberían expresarlo en la asamblea y teniendo en mente el artículo 2543 del Código Civil y Comercial, considerar como fecha de inicio del cómputo de prescripción el 3 de marzo de 2020.

III.3) Autoría

En cuanto a la autoría, en los artículos 59 y 274 de la Ley nacional N° 19.550 se establece la responsabilidad solidaria por el solo hecho de integrar el órgano societario si no se ha opuesto a la actuación dañosa. La excepción es clara, siendo que las decisiones son colegiadas, si uno de los directores, a pesar de estar en desacuerdo con una determinada vía de acción, omite objetarla, es corresponsable de las consecuencias.

Se ha dicho que *"La responsabilidad del directorio de una sociedad anónima nace de la sola circunstancia de integrar el órgano de gobierno. Por tanto, es función de cualquier integrante del órgano de administración --aun cuando no se la indique expresamente-- controlar la calidad de la gestión empresaria, función cuyo incumplimiento da lugar a una suerte de culpa in vigilando"* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, causa *"Jinkus, Gabriel A. c. Video Producciones Internacionales S. A. y otros"*, sentencia del 6 de noviembre de 1996, AR/JUR/3528/1996).

Con este criterio, si bien de la documentación adjunta resulta que Carlos LÓPEZ ordenó las compras (a fojas 349 y 403/406) y María Clara LÓPEZ RÍOS ordenó los pagos, como no consta en estas actuaciones que el director Santiago VILLA haya cuestionado las decisiones de adquirir un medicamento que sería extremadamente improbable vender, a los fines del ejercicio de la acción social de responsabilidad por mal desempeño de los directores, corresponde tener por autores a todos los integrantes del órgano: Carlos LÓPEZ, como presidente, María Clara LÓPEZ RÍOS como vicepresidente y Santiago VILLA como director.

III.4) Conducta antijurídica: el incumplimiento de las obligaciones del administrador del patrimonio ajeno bajo el estándar del buen hombre de negocios.

Como se vio en los puntos II.2.1 y II.2.3, de la lectura conjunta de los artículos 59 y 274 de la Ley Nacional Nº 19.550 y de los artículos 159, 160, 1717, 1724 y 1725, los directores tienen un deber jurídico calificado cuyo incumplimiento impone el deber de resarcir.

Además, provocaron un grave perjuicio a la empresa estatal que administraban, sin causa de justificación alguna, que resulta ser la previsión del Código Civil y Comercial cuando establece: *"Cualquier acción u omisión que causa daño a otro es antijurídica si no está justificada"* (artículo 1717).

Por otro lado, al emitir las órdenes de compra N.º 353-3/2018, N.º 552/2018 y N.º 552-1/2018 sin tener obligación contractual que se los imponga, de un medicamento que los organismos internacionales recomendaban dejar de utilizar en los pacientes con VIH, que se compraba en dólares y se vendía en pesos, en medio de una monumental crisis económica, que sólo podía ser vendido a uno de los programas federales del Ministerio de Salud de la Nación se evidenció su apresuramiento, imprudencia, desconocimiento de las normas de las contrataciones públicas, la falta de un plan de negocios, nulo análisis de los factores de riesgo tanto sean internos o externos, falta de diligencia en el estudio del mercado, de planificación estratégica y de toma de decisiones racionales.

Un mínimo de planificación hubiera permitido anticipar que, si se compraban drogas en esas condiciones, la consecuencia más probable era que no se iban a poder revender.

En definitiva, el resultado de la imprevisión y falta de diligencia de los integrantes del Directorio desembocó en la incineración mercadería por un valor de 2.6 millones de dólares y en que la empresa terminara con patrimonio neto negativo.

Por esta vía es de fácil comprensión que si la conducta jurídicamente esperada, la del buen hombre de negocios, es la de proyectar, planificar, ejecutar y administrar eficientemente el plan de negocios del LFM; pero de la verificación de los hechos resulta que; a) no se proyectó ni se planificó ni se administró de manera eficiente; o b) que, si hubiera habido un plan de negocios, este se ejecutó

deficientemente. Entonces, en cualquiera de los dos casos, se comportaron como malos hombres de negocios.

Esto es: los accionistas del LFM -*si no aprobaron hasta el momento la gestión de Carlos LÓPEZ, Santiago VILLA y María Clara LÓPEZ RÍOS*- tienen la posibilidad de iniciar una acción social contra ellos por no haber cumplido con la conducta apropiada, prudente y diligente del buen hombre de negocios, provocando con ello perjuicio a la empresa que administraban por un valor de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA (US$2.654.960).

III.5) Daño

El perjuicio patrimonial sufrido por la empresa estatal es de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA (US$2.654.960) por el vencimiento y la incineración de 48.272 frascos de Atazanavir 300 mg, según el siguiente detalle:

Pérdida patrimonial del LFM por incineración de frascos de Atazanavir 300 mg						
Denominación del lote según BMS	Denominación del lote según el LFM	Cantidad de frascos	Ingresó al LFM	Venció	Fecha de incineración	Costo de los frascos incinerados (en US$)
KM3403	SU1901	9108	6/2/19	sep-20	6108 el 4/11/20	$ 335.940,00
					3000 el 26/11/20	$ 165.000,00
	SU1901-1	2996	6/2/19	sep-20	9/11/20	$ 164.780,00
KM3405	SU1903	11160	6/2/19	oct-20	6480 el 15/12/20	$ 356.400,00
					4680 el 17/12/20	$ 257.400,00
	SU1903-1	596	6/2/19	oct-20	15/12/20	$ 32.780,00
KT2669	SU1904	12352	24/4/19	oct-20	4560 el 18/12/2020	$ 250.800,00
					7792 el 23/12/2020	$ 428.560,00
KT2670	SU1905-1	5740	24/4/19	dic-20	12/1/21	$ 315.700,00
	SU1905-2	6320	24/4/19	dic-20	6/1/21	$ 347.600,00
Totales		48272			48272	$ 2.654.960,00

III-5) Factor de atribución

El LFM no tiene el deber jurídico de soportar los daños que le produjeron Carlos LÓPEZ, Santiago VILLA y María Clara LÓPEZ RÍOS cuando integraban el Directorio de la empresa.

Como se vio en los puntos II.2.1. y II.4.c., los ex integrantes del Directorio del LFM tenían un estándar legal que cumplir: la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios.

Para dar mayor precisión al concepto del buen hombre de negocios, la jurisprudencia ha realizado sucesivas aproximaciones que se pueden resumir en la obligación de: 1. Adquirir conocimientos necesarios para poder desarrollar las funciones asignadas con diligencia y probidad; 2. Informarse adecuadamente previo a la adopción de decisiones sociales e investigar las informaciones que se le suministren; 3. Gestión y representación persiguiendo y priorizando los intereses sociales sobre los propios; 4. Vigilancia hacia los otros integrantes de los órganos de dirección y administración.

Puede confrontarse que estos recaudos fueron reconocidos en sede judicial cuando se sentenció:

"(iv) ***El mal desempeño de los administradores no sólo consiste en participar directamente o indirectamente en hechos o actos violatorios de la ley y los estatutos, sino también por omisión de las diligencias exigidas por las circunstancias de tiempo, lugar y modo, para evitar subsanar incorrectos procederes que no podían desconocer de haber aplicado la debida atención y preocupación por los asuntos sociales*** *(arts. 59, 274 y cc. LSC; 502 y 902 Cciv.);*

(v) ***Es deber del administrador ser leal y diligente, en tanto actúa administrando un patrimonio e intereses ajenos; motivo por el cual debe***

evidenciar una actitud de cooperación sobre la base de las expectativas que se tutelan en función del objeto social. *La responsabilidad, nace de integrar el órgano de administración; de manera tal, que su conducta debe meritarse en función de su actividad (u omisión) y aunque no actúe directamente en hechos que originan responsabilidades, es función de cualquier integrante del órgano de administración controlar la gestión empresarial (CNCom, esta Sala, in re, 'Only Plastic S.A s/ quiebra - incidente de calificación de conducta', del 26/03/1991; idem, in re 'Eugenio Izak S.A s/ quiebra s/ incidente de calificación de conducta', del 07/12/1994);*

(vi) ***La diligencia debida es un marco que fija un modelo o tipo de conducta; presupone un nivel de exigencia traducido en concreta idoneidad, capacidad, conocimiento suficiente y eficiente de la actividad social***" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, *"GPCOM S.R.L v. Pérez, Marcelo J."*, sentencia del 29 de marzo de 2010).

Estos criterios también han sido el fundamento de otros fallos respecto de situaciones análogas, tal es caso *"Otanaw SAAICI y F c. Edenor SA y otro s/ servidumbre"*, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, sentencia del 29 de abril de 2014; también en *"Siempre S.A. c/ Rao, Francisco"* de la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, sentencia del 22 de septiembre de 2006.

Sobre el mal desempeño de los directores y aplicando esa misma doctrina judicial, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, agregó: ***"La perturbación de la economía argentina y las dificultades financieras no son excusa ni eximen de responsabilidad en relación a la escandalosa conducción de sus funciones"*** (sentencia del 26 de noviembre de 1998 en la causa *"Estructuras Elcora S.A. v. Yurcovich, Rosa y otro"*).

Como conclusión parcial de este apartado, lo abordado en los párrafos anteriores significa que:

1) Carlos LÓPEZ, María Clara LÓPEZ RÍOS y Santiago VILLA estaban obligados proyectar, planificar y ejecutar un plan de negocios con sus contingencias, tarea que incluían informarse adecuadamente antes de tomar decisiones que afectaren el patrimonio estatal, a verificar los datos y novedades que les fuesen suministradas, comparar alternativas y prever las consecuencias de cada una de las opciones.

2) Habiendo sido elegidos como directores por su aparente idoneidad y siendo profesionales universitarios con experiencia, pudieron haberlo realizado con un mínimo de esfuerzo y contracción a su tarea, pero no lo hicieron.

3) Considerando los resultados de su actuación como directores, resulta que no fueron prudentes en la toma de decisiones, ni diligentes en el estudio de mercado e incapaces en la gestión del capital ajeno.

4) Teniendo presente que el artículo 1724 del Código Civil y Comercial establece que el concepto jurídico de culpa incluye las nociones de imprudencia, impericia y la negligencia; forzosamente ha de reconocerse que el factor de atribución es la culpa.

III.6) Nexo Causal

Conforme los informes de la empresa estatal (a fojas 349, 403, 406 vta, 456/460, 518 y 522, entre otros), el nexo causal entre la actuación de los ex directores del LFM y el perjuicio patrimonial de la empresa consiste en las órdenes de compra Nº 353-3/2018, del 7 de noviembre de 2018, por 36.504 frascos y un

valor de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SIETE MIL SETECIENTOS VEINTE (US$2.007.720) y Nº 552/552-1/2018, del 13 de noviembre de 2018, mediante la que se adquirieron 30.504 frascos por un valor de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS UN MILLÓN SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS VEINTE (US$1.677.720).

IV. CONCLUSIÓN

IV.1. Resultado del análisis:

Como consecuencia de lo expuesto a lo largo de este informe, hay elementos suficientes, razonables y justificados para refutar el dictamen del asesor legal del Laboratorio del Fin del Mundo.

Ante un hecho concreto, la incineración de medicamentos por un valor de US$2.654.960, el Órgano de Control pidió información al LFM acerca de cuál fue la causa.

De los documentos remitidos por la empresa estatal surge:

a Que por la orden de compra N.º 350/2018, correspondiente a la primera operación en la que se adquirieron (agosto 2018) 60.000 frascos de Atazanavir 300 mg, se pagaron US$4.200.000 (a fojas 457 del expediente) sólo por la materia prima.

b Que por esos 60.000 frascos de Atazanavir 300 mg se facturó al Ministerio de Salud de la Nación (Facturas B 0001-3 a 8, del 17 de abril de 2019) el equivalente a US$3.860.139,86 (fojas 458 del expediente).

c Que en noviembre de 2018 se compraron 67.008 botellas de atazanavir 300 mg sin que fuese necesario ni obligatorio (puntos II.3.c) y II.3.d), páginas 50 a 57 de este informe);

d Que había un plazo para venderlos al Programa Federal de Salud de VIH de dos meses (II.4, resaltado en la página 65 de este documento); y

e Que sólo estaban habilitados a comercializarlo con uno de los programas del Ministerio de Salud de la Nación (puntos II.3.a y II.3.b, páginas 40 a 49 de este dictamen).

Por otro lado, se ha constatado que al tiempo en que los ex integrantes del Directorio del LFM hicieron las compras, existían los estudios y recomendaciones que señalaban que el Programa Federal de Salud VIH-SIDA ya no utilizaría el Atazanavir 300 mg y que la patente de ese medicamento había fenecido en el año 2018 (asunto que ya se estableció en la Resolución Plenaria N.º 10/2020).

Esta indiferencia por los intereses que debían proteger es considerada dolo civil tanto por el artículo 1724 Código Civil y Comercial como por los jueces. Por otro lado, la imprudencia, incompetencia o ignorancia al manejar los negocios ajenos se asimila a la culpa o negligencia (puntos II.2 y III páginas 29/40 y 69/82 de este informe).

Concurre a ello que en los Informes Legales N.º 138/2019, Nº 149/2019, N.º 157/2019 y N.º 245/2019, así como en los análisis de la Cuenta de Inversión de los Ejercicios 2019 y 2020 se verificó que al momento de comprar la droga tenían un sólo potencial comprador, un sólo contrato y un sólo producto.

Además, se constató que como resultado de la gestión de los ex integrantes del directorio se verificó un patrimonio neto negativo en los estados contables, que se quemaron US$2.654.960 en medicamentos vencidos, que se dio información falsa a los accionistas, que no registraron deudas en los libros contables ni incrementos de capital en la Inspección General de Justicia, etc.

Entonces, bien se puede concluir que los ex directores no actuaron con la debida lealtad y diligencia del buen hombre de negocios. *Ni siquiera con la lealtad y diligencia de un empresario ordinario.*

Mientras que el crecimiento y consolidación de la empresa es lo propio de la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios, de la gestión de Carlos LÓPEZ, Santiago VILLA y María Clara LÓPEZ RÍOS durante tres años en el directorio del LFM lo que quedó fue un patrimonio neto negativo y un colosal desorden administrativo.

En definitiva, a partir de las constancias de este expediente se observa que la decisión de comprar una cantidad desmesurada de un tipo de medicamentos, estando limitados a vendérselo únicamente a uno de los programas del Ministerio de Salud de la Nación, tratándose de drogas cuya patente ya había vencido, sin tener un contrato que garantice las ventas y que finalizó en una masiva incineración, produjo pérdidas millonarias en dólares.

Si se considera que cuando el administrador de un patrimonio ajeno toma decisiones comerciales con absoluta indiferencia por las consecuencias que pudiere acarrear, actúa con dolo civil y que cuando esa decisión se toma con imprudencia, impericia o negligencia se le reputa de culpa (artículo 1724 del Código Civil y Comercial). De los documentos analizados surge patente la falta de aptitud, carencia de adaptación al mercado en el que opera el LFM y la falta culpable de conocimientos elementales.

Además, debería sumarse a ello que las condiciones particulares de los ex directores agravan la acción (artículo 1725 del Código Civil y Comercial), por ser profesionales universitarios, con experiencias previas en la dirección del laboratorio de análisis clínicos del Hospital de Ushuaia (Carlos LÓPEZ), como contadora general de la provincia (María Clara LÓPEZ RÍOS), y como dependiente del reconocido laboratorio internacional Bristol Myers-Squibb (Santiago VILLA).

Entonces, a la consulta de la Secretaría Contable acerca de si hay responsabilidad en los directores que compraron el medicamento incinerado, se puede responder que *sí*, y que para estos casos la Ley nacional N.º 19.550 prevé la acción social de responsabilidad por mal desempeño en el cargo (artículos 59 y 274). Este estándar jurídico se califica conforme los criterios fijados en los artículos 159, 160, 1717, 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial.

Para su ejercicio debería considerarse que el período de prescripción debe comenzar a computarse el 3 de marzo de 2020 (en virtud del 2543 inciso d del Código Civil y Comercial), que el daño producido es de DÓLARES DE ESTADOS UNIDOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA (US$2.654.960.-), que el factor de atribución es la culpa (comprensiva de la negligencia, impericia e imprudencia) y que el nexo causal lo conforman las Órdenes de Compra Nº 353-3/2018, del 7 de noviembre de 2018, y Nº 552/552-1/2018, del 13 de noviembre de 2018.

IV. Sugerencia sobre los cursos de acción a seguir:

Teniendo en cuenta que el ejercicio de la acción de responsabilidad por mal desempeño en el cargo de los ex directores del LFM le corresponde a la sociedad

perjudicada, como paso previo a su tratamiento por parte de los accionistas en asamblea, se sugiere que ello sea analizado por la Secretaría General, Legal y Técnica de Gobierno, quien además debería expedirse en su totalidad respecto a lo aquí esgrimido.

Lo dicho obedece a que existe una disparidad de criterios entre lo que aquí se ha mencionado y lo que fuera vertido en el dictamen elaborado por el abogado asesor del Laboratorio del Fin del Mundo.

De compartir el Cuerpo Plenario de Miembros lo que se conseja, el Poder Ejecutivo se encontraría con dos posiciones jurídicas encontradas, motivo por el cual se entiende pertinente que se someta la cuestión debatida a quien tiene la facultad legal de asistir al Gobernador.

En ese sentido, la Ley de Ministerios Nº 1301 es clara, cuando fija en su artículo 21 que: "*Compete a la Secretaría General, Legal y Técnica asistir al Gobernador, en orden a sus competencias, en todo lo inherente a evaluar y considerar los aspectos legales y técnicos de los actos administrativos, de gobierno, de la administración e instituciones públicas provinciales, y en particular: (…) 6. asistir al Gobernador en las tareas y acciones específicas y necesarias que hacen al objeto de sus atribuciones y competencias, con el fin de posibilitar el desarrollo de sus actividades de gobierno, atendiendo aquellas cuestiones que hagan a la diligencia y eficiencia de la gestión del Poder Ejecutivo;*".

De esa forma, el Secretario General, Legal y Técnico debería abordar en su dictamen si correspondería iniciar la acción de responsabilidad, o no. En caso que ello sea afirmativo, el plazo de prescripción opera el 3 de marzo de 2023, motivo por el cual la consulta debería ser evacuada con la debida antelación que garantice su efectivo ejercicio.

Lo mismo se sugiere para el accionista minoritario (OSEF), quien por intermedio de su Presidente debería someter la consulta a su servicio jurídico permanente.

Sin más, se eleva el presente para su consideración.

Dr. Luis Mario GRASSO
Abogado
Mat. N° 710 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Sr. Vocal Abogado
En ejercicio de la Presidencia
Dr Miguel Longhitano

Comparto el criterio vertido por el Dr Grasso, por lo que elevo los presentes para su continuidad.

Dr. Pablo E. GENNARO
a/c de la Secretaria Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia

21 DIC. 2022