Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

SIMESE: **226503**/2022

DICTAMEN A.J. D.G.G.I.E.S. N° 03/2023.

A : **DR. DERLIS LEÓN, Director General**
Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud

DE : **ABOG. LILIANA MENDIETA PATIÑO, Asesora Jurídica**
Asesoría Jurídica – D.G.G.I.E.S.

REF. : **Dictamen sobre Nota presentada por la empresa PROSALUD FARMA S.A. en el marco de la la LPN N° 97/2021 "ADQUISICIÓN DE INSUMOS VARIOS PARA EL MSPYBS" - ID N° 403.608 Contrato Abierto N° 543/2022. SOBRE ACREDITACIÓN DE CAUSAL DE FUERZA MAYOR.**

FECHA : **09 de enero de 2023.-**

A través del Memorándum SEC N° 0007/2023, la Dirección Administrativa solicita parecer jurídico en virtud a la nota ingresada el 22/12/2022 con SIMESE N° 226503 por la empresa PROSALUD FARMA S.A. que en el marco de la **LPN N° 97/2021 "ADQUISICIÓN DE INSUMOS VARIOS PARA EL MSPYBS" - ID N° 403.608 Contrato Abierto N° 543/2022**, solicita prórroga a más tardar hasta el 24/02/2023 en el plazo para la entrega del ÍTEM N° 38 CATETER INTRAVENOSO PARA VIA CENTRAL PEDIATRICO correspondiente a la OC N° 20910 así como la exoneración de las penalidades contractuales, dicho requerimiento obedece a cuestiones de fuerza mayor comunicados por el Agente de Carga Nacional CYM CARGO S.R.L. respecto a la coordinación del embarque, el mismo informó que los productos se encontraban con retrasos en la salida del buque debido a la congstion y la falta de espacio en origen por las festividades de fin de año que afecta la logística a nivel mundial por la alta demanda de productos de exportación para los mercados de occidente, es así que se ha conseguido embarcar el 15/12/2022 desde Hong Kong y se estima el arribo a destino final Asunción el 16/02/2023.

La nota señala cuanto sigue:

ANAHI CASTRO GAUTO en representación de la firma **PROSALUD FARMA S.A.**, se dirige a usted a fin de manifestar cuanto sigue:

En fecha 22 de noviembre del 2022, hemos recepcionado la órden de compra N°20910, emitida en el marco de ejecución de la licitación de referencia, en ellas el MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL solicita la provisión del producto **CATETER VENOSO PARA VIA CENTRAL PEDIATRICO**, la cantidad de 100 unidades.

En atención al vencimiento de la orden de compra, hemos consultado a nuestro agente de carga la situación del producto en cuestión, por lo que mediante nota de fecha 21 de diciembre de 2022, nos ha comunicado: *"Por la presente nota, queremos hacerle llegar nuestras disculpas por los inconvenientes causados en la coordinación del embarque con la carga que dice contener el producto: CATETER VENOSO CENTRAL. El producto más arriba mencionado se encontraba con retrasos en la salida del buque debido a la congestión y la falta de espacio en origen por las festividades de la temporada de fin de año que afecta la logística a nivel mundial por la alta demanda de productos de exportación para los mercados de occidente. Hemos logrado embarcar en fecha 15/12/2022 desde Hong Kong y estimamos que estaría arribando a destino final Asunción el 16/02/2023*

Como puede observarse, mi principal ha realizado todas las diligencias para abastecerse con el producto en cuestión, más aún porque la solicitud de compra fue realizada mucho antes de la emisión de la orden de compra, pero debido a una clara situación de FUERZA MAYOR ocasionado por la falta de espala falta de espacio en origen por las festividades de la temporada de fin de año que afecta la logística a nivel mundial, nos encontramos en imposibilidad de cumplir con los plazos estipulados en el contrato.

Es dable destacar que el presente pedido se formula en tiempo y forma según lo señala la Ley 2051/03 "de Contrataciones Públicas" y doctrinas concordantes.

Que, con relación a la *fuerza mayor y/o Caso Fortuito el Código Civil Paraguayo establece: "Art. 426.- El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originan al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiere tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o ya hubiere incurrido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor".*

Que, para el conocido tratadista argentino GUILLERMO A. BORDA, en su obra *"Manual de Obligaciones"*, Octava Edición Actualizada, Editorial Perrot, Bs. As. – Argentina, Año: 1986, la fuerza mayor o caso fortuito tiene los siguientes caracteres: *"...a) Debe tratarse de un hecho imprevisible... b) Que sea irresistible o inevitable..."* (pág. 89).

Que, por su parte el no menos conocido autor, de la misma nacionalidad, ROBERTO DROMI, en su libro *"Derecho Administrativo"*, 11° Edición, Editorial Ciudad Argentina, Bs. As. – Argentina, Año 2006, dice: *"La fuerza mayor se concreta en un acontecimiento ajeno a la persona que la invoca. Este acontecimiento implica un impedimento para que el obligado cumpla sus obligaciones. El "acontecimiento" debe reunir ciertos caracteres para ser considerado fuerza mayor o caso fortuito y por ende eximir la responsabilidad al obligado. Debe ser: a) exterior, ajeno a la persona obligada y a su voluntad; b) imprevisible, es decir, que no puede ser razonablemente considerado por el contratante en el momento de celebrar el contrato; también se califica al efecto de "extraordinario", presentándoselo como "anormal"; c) inevitable, "irresistible", según algunos, o "insuperable" por el contratante, y d) actual"* (pág. 550).

Que, según se lee en la nota de fecha 23 de abril de 2020, remitida por la Directora Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones y la Jefa de Consultas, a la Cámara de Representantes e importadores de Productos Farmacéuticos, tocador, Domisanitarios y afines (CRIPFA) *"...si la inejecución se debe a un evento extraño a la voluntad del proveedor y no atribuible a una conducta culposa del mismo, estamos ante un caso de imposibilidad de cumplimiento de la prestación, que tiene por consecuencia liberar a las partes del vínculo obligacional. En este sentido, el Art. 78 de la Ley N° 2051/03 expresa: Eximentes de responsabilidad. No se impondrán sanciones cuando se haya incurrido en la infracción por causa de fuerza mayor o de caso fortuito, o cuando se observe en forma espontánea el precepto que se hubiese dejado de cumplir. No se considerará que el cumplimiento es espontáneo cuando sea ulterior a su descubrimiento o verificación por las autoridades o el requerimiento, visita, excitativa o denuncia de las autoridades. En concordancia, la (CGC) 32.2, Condiciones Generales de Contrato indica: El Proveedor no estará sujeto a la ejecución de su Garantía de Cumplimiento, liquidación por daños y perjuicios o terminación por incumplimiento en la medida en que la demora o el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del Contrato sea el resultado de un evento de Fuerza Mayor. Es por ello, que se entiende que el principio de continuidad en la ejecución de los contratos administrativos no es absoluto, pues admite excepciones que deben ser interpretadas, como toda excepción, en forma restrictiva. Enseña Marienhoff que las excepciones son dos: "la fuerza mayor" y el "hecho de la Administración".*

Vale decir, la FUERZA MAYOR no imputable al proveedor, es una eximente de responsabilidad.

Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

Que, conforme a lo expuesto precedentemente, les solicitamos:

1) **El OTORGAMIENTO** de una prórroga en el plazo de entrega de la orden de compra **N°20910**, a más tardar para el **24/02/2023.-** En atención a los acontecimientos ocurridos con el Agente de Carga y a los tiempos de despachos del producto para su posterior entrega.

2) **LA EXONERACIÓN** de las penalidades contractuales (aplicación de multas y rescisiones) hasta la fecha indicada en el párrafo anterior.

En espera de una y pronta favorable respuesta, le saludo con mi más alta estima y consideración.

Adjunto:

1. *Copia autenticada de la nota del Agente de Carga, recibida en fecha 21/12/2022.-*
2. *Copia de las O.C. N°20910*

(SIC)

Se anexa en autos la fotocopia autenticada de la nota de fecha 21/12/2022 del agente de carga nacional CYM CARGO S.R.L; en dicha nota se expone acerca del retraso del embarque que se debe a la congestión y falta de espacio en origen por las festividades de fin de año por la alta demanda de productos de exportación para los mercados de occidente:

Por la presente nota, queremos hacerle llegar nuestras disculpas por los inconvenientes causados en la coordinación del embarque que dice contener el producto: Cateter Venoso central.

El producto más arriba mencionado se encontraba con retrasos en la salida del buque debido a la congestión y la falta de espacio en origen por las festividades de la temporada de fin de año que afecta la logística a nivel mundial por la alta demanda de productos de exportación para los mercados de occidente. Hemos logrado embarcar en fecha 15/12/2022 desde Hong Kong y estimamos que estaría arribando a destino final Asunción el 16/02/2023.

Todas las partes interesadas, estamos haciendo todo lo posible para que la carga siga su curso normal hacia su destino final, en este caso Asunción.

Esperando seguir contando con vuestro apoyo, le saluda atentamente.

(SIC)

Se observa en el informe de Ejecución Contractual que a la fecha 03/01/2023, la OC Nº 20910 cuenta con 12 (doce) días de atraso en la entrega del ítem Nº 38. Dicho informe no cuenta con la observación de que fuera enviada nota de intimación al proveedor por la falta de entrega de los bienes.

PROSALUD FARMA S.A. CONTRATO ABIERTO Nº 543/2022

ITEM	PRODUCTO	PRECIO	CANTIDAD ADJUDICADA S/ CONTRATO	CANTIDAD EMITIDA	SALDO PARA EMISION	Nº DE ORDEN DE COMPRA	CANTIDAD DE ORDEN DE COMPRA	CANTIDAD RECEPCIONADA SEGUN SICIAP	DIAS DE ATRASO
38	CATETER VENOSO CENTRAL, CATETER VENOSO CENTRAL S.F.R., 3 LUMEN X 8 CM A 16 CM, COMPATIBLE PARA TECNICA DE SELDINGER, FIGURE TANO, RADIOPACO CON GUIA METALICA DE Ø 0,021 A Ø 0,021, 45 (+-5) CM, LUMEN DISTAL DE 18 GA-20 GA Y LUMEN PROXIMAL DE 20 GA - 22 GA CON DILATADOR VENOSO Y AGUJA INTRODUCTORA SILICONADO 100%, CADA KIT DEBE CONTENER ABRAZADERA DE CATETER, JERINGA DE 5 ML, AGUJA INTRODUCTORA, HOJA DE BISTURI, DILATADOR ENVASE ESTERIL INDIVIDUAL	59.402	800	526	750	20910	100	0	12
TOTAL CANTIDAD EMITIDA Y RECEPCIONADA RESPECTIVAMENTE							100	0	

VIGENCIA HASTA EL 31/12/2023

(SIC)

En la OC Nº 20910 se establece en el apartado de las condiciones especiales que "*Cantidades Máximas: A ser fraccionadas según necesidad y stock en los parques, las órdenes de compra serán emitidas una vez entregada la totalidad de las cantidades mínimas, con plazos de entrega de hasta 30 días corridos, contados a partir de la recepción por parte del proveedor*" (SIC). Se observa que la recepción de dicha orden de compra fue realizada el 22/11/2022 por el proveedor y el plazo para la entrega de los bienes debió concretarse hasta el 22/12/2022.

Abg. Osvaldo González
Abogado Dictaminante
DGGIES - MSP y BS

Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

La normativa aplicable sobre la fuerza mayor esta sostenida en el Código Civil, en la Ley 2051/03, en el Pliego de Bases y Condiciones que señala el de este llamado cuanto sigue:

> **17. Fuerza mayor**
>
> El proveedor no estará sujeto a la ejecución de su Garantía de Cumplimiento, liquidación por daños y perjuicios o terminación por incumplimiento en la medida en que la demora o el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del contrato sea el resultado de un evento de Fuerza Mayor.
> 1. Para fines de esta cláusula, "Fuerza Mayor" significa un evento o situación fuera del control del proveedor que es imprevisible, inevitable y no se origina por descuido o negligencia del mismo. Tales eventos pueden incluir sin que éstos sean los únicos actos de la contratante en su capacidad soberana, guerras o revoluciones, incendios, inundaciones, epidemias, restricciones de cuarentena, y embargos de cargamentos.
> 2. Si se presentara un evento de Fuerza Mayor, el proveedor notificará por escrito a la contratante en el plazo de siete (7) días calendario sobre dicha condición y causa. A menos que la contratante disponga otra cosa por escrito, el proveedor continuará cumpliendo con sus obligaciones en virtud del contrato en la medida que sea razonablemente práctico, y buscará todos los medios alternativos de cumplimiento que no estuviesen afectados por la situación de fuerza mayor existente.

(SIC).

Este hecho externo, invocado como causal de fuerza mayor, y que no está supeditada a la voluntad, descuido o negligencia de la empresa PROSALUD FARMA S.A. puede ser considerado como una causal de fuerza mayor.

La ley de Contrataciones Públicas en su Art. 63 dispone: Convenios modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios Las Unidades Operativas de Contratación (UOC) podrán, dentro de su presupuesto aprobado y disponible, bajo su responsabilidad y por razones fundadas y explícitas, acordar el incremento en la cantidad de bienes solicitados mediante modificaciones a sus contratos vigentes, dentro de los doce meses posteriores a su firma, siempre que el monto total de las modificaciones no rebase, en conjunto, el veinte por ciento del monto o cantidad de los conceptos y volúmenes establecidos originalmente en los mismos y el precio unitario de los bienes sea igual al pactado originalmente, pudiéndose aplicar los ajustes de precios de conformidad con las fórmulas establecidas en los pliegos concursales respectivos. Tratándose de contratos en los que se incluyan bienes o servicios de diferentes características, el porcentaje se aplicará para cada partida o concepto de los bienes o servicios de que se trate. Cualquier modificación a los contratos deberá formalizarse por escrito por parte de las contratantes y los instrumentos legales respectivos serán suscritos por el funcionario o empleado público que lo haya hecho en el contrato original o quien lo sustituya o esté facultado para ello. Queda prohibido realizar modificaciones contractuales que se refieran a precios, anticipos, pagos progresivos, especificaciones y, en general, cualquier cambio que implique otorgar condiciones más ventajosas a un proveedor comparadas con las establecidas originalmente.

El Decreto Nº 2992/2019 dispone en su Artículo 96. Convenios modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios. Los convenios modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios se sujetarán a lo dispuesto en la reglamentación establecida por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP). La restricción de realizar convenios modificatorios dentro de los doce (12) meses posteriores a la firma del contrato, se refiere únicamente a los contratos de provisión de bienes cuando se requiera el incremento de la cantidad requerida, pudiéndose realizar las demás modificaciones permitidas en la Ley, siempre que el contrato se encuentre vigente.

En atención a lo que dicta el Art. 78 de la Ley 2051/2003 "No se impondrán sanciones cuando se haya incurrido en la infracción por causa de fuerza mayor o de caso fortuito, o cuando se observe en forma espontánea el precepto que se hubiese dejado de cumplir. No se considerará que el cumplimiento es espontáneo cuando sea ulterior a su descubrimiento o verificación por las autoridades o el requerimiento, visita excitativa o denuncia de las autoridades". Cabe mencionar que la Orden Nº 20910, fue recibida por el proveedor en fecha 22/11/2022, en el punto 7 del Contrato respectivo PLAZO LUGAR Y CONDICIONES DE LA PROVISION DE BIENES, se establece que dicha orden que corresponde a las cantidades máximas, para la entrega el proveedor tendrá hasta 30 (treinta) días corridos para entregar, contados a partir de la recepción de la orden de compra por parte del proveedor, por lo que ésta entrega debió cumplirse el 22/12/2022.

Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

Es menester traer a colación lo dispuesto en el Código Civil Paraguayo, que en su art. 426 prescribe que: "El deudor no será responsable de los daños e intereses que originan al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiere tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o ya hubiere incurrido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor".

El Estado tiene el deber de garantizar el acceso a la Salud conforme a lo dispuesto en el Art. 68 de la Constitución Nacional, y a fin de dar cumplimiento a dicho deber las empresas proveedoras deben arbitrar mecanismos a fin de dar cumplimiento a la entrega de reactivos, medicamentos, insumos y equipos médicos que le fueran adjudicados para evitar el desabastecimiento en los servicios de salud pública.

En atención a la comunicación realizada por la firma PROSALUD FARMA S.A. en fecha 22/12/2022 SIMESE Nº 226503 siendo ésta antes del vencimiento de la OC Nº 20910 y analizada la documentación anexada que materializa lo expuesto en la misma, para esta Asesoría Jurídica se acredita la causal de fuerza mayor invocada por la recurrente. En cuanto al plazo de prórroga solicitado, la Dirección Administrativa deberá tramitar por dónde corresponda si el tiempo solicitado para la entrega del ÍTEM Nº 38 CATETER INTRAVENOSO PARA VIA CENTRAL PEDIATRICO correspondiente a la OC Nº 20910 no pondrá en situación comprometida o quiebre de stock en los Servicios de Salud dependientes del MSPyBS, teniendo en cuenta que el plazo solicitado es hasta el 24/02/2023 para la entrega de los bienes comprometidos, cuyos informes servirán para la toma de decisión por parte del Director General en conceder o rechazar la prórroga solicitada y formulada en tiempo y forma por la firma de conformidad a las normas de la Ley Nº 2051/03 que rige la materia y al contrato marco vigente de la LPN Nº 97/2021 "ADQUISICIÓN DE INSUMOS VARIOS PARA EL MSPYBS" - ID Nº 403608.

La Dirección Administrativa deberá comunicar al proveedor lo resuelto sobre lo peticionado conforme a las consideraciones señaladas precedentemente y a las directrices a ser señaladas por la Dirección General de la DGGIES, como así también consignar en la Planilla de Cumplimiento Contractual a sus efectos respectivos. Así mismo, deberá elevar estos autos con las documentaciones correspondientes a la Dirección Operativa de Contrataciones a fin de sustanciar los trámites previstos en la Resolución DNCP Nº 1807/2022 y la Circular DOC N°02/2022 en fecha 22 de junio de 2022 sobre la aplicabilidad interna institucional de la citada la Resolución DNCP N° 1807/2022. **SALVO MEJOR PARECER. ES MI DICTAMEN**.

OBS: El expediente original de 22 (veintidos) fojas es remitido con el ejemplar del presente dictamen a la Dirección General de la DGGIES a su consideración y trámite respectivo.

Adg. Osvaldo González
Abogado Dpto. Jurídico
DGGIES - MSP y BS

Visto Bueno Dr. Derlis León, Director General DGGIES-MSPYBS	Dr. Derlis O. León S. Director General DGGIES - MSP y BS

A Dirección Administrativa
A sus efectos

Dr. Derlis O. León S.
Director General
DGGIES - MSP y BS

Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social — DGGIES
FECHA 12 ENE 2023 — SIMESE Nº 226503
DEPENDENCIAS
DIRECCION ADMINISTRATIVA
DEPENDENCIAS
ASESORIA JURIDICA
ASESORIA Y ASISTENCIA TECNICA
UNIDAD DE CONTROL INTERNO
REACTIVOS Y LABORATORIO
DPTO PROGRAMAS
DPTO GASES Y OXIGENO

Ma. Inés Rachoff F.
Secretaria General
DGGIES - MSPYBS