Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

SIMESE: 100.295/2024

DICTAMEN A.J. D.G.G.I.E.S. N° 60 / 2024.

A : **DRA. PATRICIA LURASCHI PATRI, Directora General**
Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud

DE : **ABG. LILIANA MENDIETA PATIÑO, Asesora Jurídica, Jefe**

REF. : **Nota presentada por la empresa BIOTENG S.A. – Solicitud de Prórroga.**

PROCESO : LPN N° 37/2023 ADQUISICIÓN DE INSULINA HUMANA RÁPIDA PARA EL PROGRAMA NACIONAL DE DIABETES. ID N° 422.510.-

FECHA : **21 de Mayo de 2024.-**

VISTO el Memorándum SEC Nº 391/2024, de fecha 10/05/2024, en el marco de la LPN N° 37/2023 ADQUISICIÓN DE DE INSULINA HUMANA RÁPIDA PARA EL PROGRAMA NACIONAL DE DIABETES N° 422.510, se trajo a estudio el expediente intitulado en la referencia, al efecto de emitir parecer jurídico sobre la prórroga solicitada por la firma BIOTENG S.A., para la entrega del producto INSULINA HUMANA RÁPIDA, de las Ordenes de Compra N° 29505 y 29507.

La citada nota señala cuanto sigue:
Mi representada hasta la fecha no ha dado cumplimiento a la entrega de la orden de compra N° ° 29505 Y 29507, debido a un atraso en la coordinación del embarque comunicado por nuestro proveedor local EUROQUIMICA S,A todo esto por cuestiones de fuerza mayor. Dicha situación, lo estamos comunicando oportunamente a fin de prever cualquier situación que pudiera presentarse al vencimiento de las correspondientes ordenes de entrega. A través de la presente nota pasamos a exponer la situación de FUERZA MAYOR suscitada en el marco de la ejecución del presente contrato, según una comunicación con nuestro proveedor local EUROQUIMICA S.A, en donde nos informó los inconvenientes con su agente de carga debido a los retrasos en la salida debido a la falta de espacio en las acrolíneas teniendo en cuenta el embalaje espacial con la que el mismo es transportado. En este punto es conveniente mencionar que el único motivo de retraso en el que incurrirá mi principal lo constituye el acaecimiento de una situación de fuerza mayor. Por causa mayor se entiende una circunstancia que, por no poder ser prevista o evitada, imposibilita absolutamente para el cumplimiento de una obligación. Se trata pues de una circunstancia inevitable e imprevisible que obliga a cierta cosa y que escapa al ámbito de posibilidad de gestión de una persona, en este caso de BIOTENG S.A. Entenderá el proveyente tan bien como nosotros, que nuestra firma no se ha encontrado jamás en la posibilidad de hacerse siquiera la idea de que el proveedor local EUROQUIMICA S.A, se encontrara imposibilitado para la provisión en tiempo y forma del producto solicitado. Entonces, claramente se subsume la circunstancia en que nos encontramos en la teoría de la fuerza mayor, ya que como se explicara, mi representada no ha tenido conocimiento del impedimento en la provisión en tiempo y forma de los productos en cuestión por parte del proveedor EUROQUIMICA S.A, debido a los inconvenientes en la coordinación del embarque, y aun habiendo eventualmente tenido conocimiento de estas circunstancias, no habría podido evitar la situación en la que hoy se encuentra. Queda claro que la responsabilidad en la demora en la provisión no es imputable a Bioteng S.A., sino que cae en un ámbito ajeno a su conducta. 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).

AJ/LM/MR

Que, por su parte el no menos conocido autor, de la misma racionalidad, ROBERTO DROMI, en su libro "Derecho ristrativo", 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, 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 Garantia 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. Más aún que el presente pedido se formula en tiempo y forma. Según lo señala la Ley 2051/03 "de Contrataciones Públicas" y doctrinas concordantes... (SIC)

Por las circunstancias señaladas, la recurrente formula su petitorio de prórroga en el plazo de entrega de las ordenes de compras N° 29505 y 29507 y se compromete a la entrega el 10/06/2024, considerando los plazos de despacho y acondicionamiento del producto.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en que para reunir las condiciones exigidas bajo el caso fortuito o fuerza mayor el acontecimiento debe ser: (i) ajeno o extraño a la persona del deudor, (ii) imprevisible y sobreviniente a la constitución de la obligación contractual, (iii) subsistente a la época en que ella debe cumplirse -es menester señalar que el hecho o acontecimiento que afecta el cumplimiento de la obligación debe ser presente y no tratarse de una simple amenaza-, (iv) el hecho o acontecimiento debe hacer imposible el cumplimiento de la obligación, (v) el deudor no debe encontrarse en mora en el momento en el que se configura el evento de caso fortuito o fuerza mayor -salvo que ésta también haya acaecido por fuerza mayor-, y (vi) la parte que pretenda invocar este eximente de responsabilidad deberá actuar de buena fe, y adoptar medidas necesarias para mitigar los efectos dañosos derivados del acontecimiento.

En las Condiciones Contractuales con respecto a la Fuerza Mayor, reza cuanto sigue: *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 autoridad en su capacidad soberana, guerras o revoluciones, incendios, inundaciones, epidemias, pandemias, restricciones de cuarentena, y embargos de cargamentos. 2. El proveedor deberá demostrar el nexo existente entre el caso notorio y la obligación pendiente de cumplimiento. La fuerza mayor solamente podrá afectar a la parte del contrato cuyo cumplimiento imposible fue probado. 3. No se considerarán casos de Fuerza Mayor los actos o acontecimientos que hagan el cumplimiento de una obligación únicamente más difícil o más onerosa para la parte correspondiente.

AJ/LM/MR

4. Si se presentara un evento de Fuerza Mayor, el proveedor notificará por escrito a la contratante sobre dicha condición y causa, en el plazo de siete (7) días calendario a partir del día siguiente en que el proveedor haya tenido conocimiento del evento o debiera haber tenido conocimiento del evento. Transcurrido el mencionado plazo, sin que el proveedor o contratista haya notificado a la convocante la situación que le impide cumplir con las condiciones contractuales, no podrá invocar caso fortuito o fuerza mayor. Excepcionalmente, la convocante bajo su responsabilidad, podrá aceptar la notificación del evento de caso fortuito en un plazo mayor, debiendo acreditar el interés público comprometido. La fuerza mayor debe ser invocada con posterioridad a la suscripción del contrato y con anterioridad al vencimiento del plazo de cumplimiento de las obligaciones contractuales.
6. A menos que la contratante disponga otra cosa por escrito, el proveedor continuará cumpliendo con sus obligaciones en virud del contrato en la medida que sea razonabiemente práctico, y buscará todos los medios alternativos de cumplimiento que no estuviesen afectados por la situación de fuerza mayor existente.

La actual normativa rectora en materia de contrataciones públicas - Ley N° 7021/2022 "*DE SUMINISTRO Y CONTRATACIONES PÚBLICAS*"- dispone en su art. 159 con respecto a la vigencia de normas anteriores: "*Los contratos celebrados con sujeción a la Ley N° 2051/2003 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS", respecto a los cuales no se hubiere suscrito el acta de recepción definitiva o de liquidación, se sujetarán a las disposiciones de reajuste de precios vigentes a la fecha de la convocatoria. Los procedimientos iniciados antes de la vigencia de la presente Ley, la celebración y ejecución de contratos en curso se sujetarán a lo establecido en las leyes vigentes al momento de la convocatoria. Las controversias derivadas de contratos suscritos al amparo de la Ley N° 2051/2003 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS", deberán sujetarse, en materia de competencia, procedimientos y recursos, hasta su conclusión y ejecución, al trámite previsto en esas leyes*"

Considerando que el procedimiento licitatorio sub examine, tuvo inicio en el periodo de vigencia la Ley Nº 2051/2003 "*DE CONTRATACIONS PÚBLICAS*", deberán aplicarse las disposiciones de este cuerpo legal, concordante con lo dispuesto en el Art. 159 aludido precedentemente.

En ese sentido, la Ley N° 2051/03 contempla la *FUERZA MAYOR* como eximiente de responsabilidad según lo preceptuado en el art. 78, que en lo atinente dispone: "*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".*

El Código Civil, dispone en su art. 426 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".*

La Dirección Nacional de Contrataciones Públicas emitió la Resolución DNCP N° 1807 de fecha 31/05/2022" y a través de la misma SE MODIFICA Y AMPLÍA EL ARTÍCULO 71 DE LA RESOLUCIÓN DNCP N° 5695/2019 Y SE REGLAMENTA EL PROCEDIMIENTO Y LA COMUNICACIÓN DE LAS PRÓRROGAS Y SUSPENSIONES DE LOS PLAZOS DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL DE CONTRATOS SUSCRIPTOS EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN REGIDOS POR LA LEY N° 2051/2003.

La Dirección Operativa de Contrataciones dependiente de la Dirección General de Administración y Finanzas -MSPyBS- emitió la Circular DOC N°02/2022 en la que se detalla el procedimiento para el reconocimiento y concesión de prorrogas y suspensiones reconociéndose a los administradores de contrato la facultad de otorgarlas con sujeción a la citada Resolución DNCP N°1807 de fecha 31/05/2022.-

MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y BIENESTAR SOCIAL DIRECCION GENERAL DE INSUMOS ESTRATEGICOS EN SALUD

Abg. Lic. [illegible]

AJ/LM/MR

Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

La fuerza mayor se refiere a eventos imprevisibles e inevitables que están fuera del control humano y que impiden el cumplimiento de un contrato. El nexo causal, en éste caso lo constituye copia autenticada de la nota del Agente de carga CYM CARGO debidamente autenticada por Esb.Pblco. Juan Romero Davalos, adscripto al Reg. N° 712 y nota del proveedor local EUROQUIMICA S.A., en la fuerza mayor que es el vínculo necesario entre la causa del evento o circunstancia que impide el cumplimiento del contrato y la imposibilidad resultante de cumplir con las obligaciones del mismo. En otras palabras, el nexo causal en la fuerza mayor se refiere a demostrar que la causa del evento o circunstancia es la única y directa responsable de la incapacidad de cumplir con el contrato.

Por tanto, para esta Asesoría Jurídica, con base a las consideraciones que anteceden y con arreglo a las disposiciones legales citadas, se acredita la causal invocada como fuerza mayor para el otorgamiento de la prórroga solicitada por la firma BIOTENG S.A. para la entrega del producto individualizado como INSULINA HUMANA RÁPIDA, descrito en las Ordenes de Compra N° 29505 y 29507.

Con relación al plazo de prórroga requerido, se eleva a consideración de la Dirección General, conforme a su prudente criterio. No obstante, en el supuesto de entregas ulteriores al plazo concedido por el administrador del contrato, deberán aplicarse las penalidades previstas en el Contrato Abierto Nº 132/2023.

La Dirección Administrativa de la DGGIES notificará al proveedor la decisión del Administrador del contrato respecto a la solicitud de prórroga. **SALVO MEJOR PARECER.**
ES MI DICTAMEN.

Abg. Liliana Men... Asesora Jurídica DGGIES - MSP y ...

OBS: El expediente es remitido con el ejemplar del presente dictamen a la Dirección General de la DGGIES a su consideración y tramite respectivo.
Se adjunta expediente original con 26 fojas.

Visto Bueno Lic. Oscar Ariel Noldin Nuñez, Encargado de Despacho DGGIES - MSPYBS	Lic. Oscar A. Noldin Nuñez Encargado de Despacho Dirección General - DGGIES

OBS: Resolución DGRRHH N° 1771/2024 desde el 20/05/2024 al 29/05/2024.

MSPBS - DGGIES - DIRECCION ADMINISTRATIVA
Fecha: 21/05/24 Simese N°: 100295
Hora: 14:50 Firma:
- Dirección de Planificación
- Dirección de Gestión Logística
- Dirección de Biomédica
- Coordinación
- Dpto. Administrativo
- Dpto. de Finanzas
- Asesoría Jurídica
- Asesoría y Asistencia Técnica
- ✓ Unidad de Control Interno
- Dpto. de Contrataciones
- Dpto. de Reactivos

MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y BIENESTAR SOCIAL DIRECCION GENERAL DE INSUMOS ESTRATEGICOS EN SALUD

MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y BIENESTAR SOCIAL RECIBIDO 22-05-2024 DGGIES DIRECCION DE CONTRATACIONES

SEC p/ comunicar al proveedor y DOC.

Lic. Antonio Cartes, Jefe
Dpto. de Contrataciones
Dir. Administrativa
DGGIES - MSPYBS

Lourdes Recalde
DGGIES - MSP y BS
100295

AJ/LM/MR