Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

SIMESE: 98.088/2022

DICTAMEN A.J. D.G.G.I.E.S. N° 77/2022.

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 BIOTENG S.A. en el marco de la LPN N° 37/2021 *"ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS E INSUMOS PARA EL INSTITUTO NACIONAL DE NEFROLOGÍA DEL MSP Y BS"* PLURIANUAL ID N° 385. CONTRATO ABIERTO N° 72/2022 SOBRE ACREDITACIÓN DE CAUSAL DE FUERZA MAYOR.**

FECHA : **30 de junio de 2022.-**

En atención al MEMORANDUM SEC 631/2022, se solicita parecer jurídico respecto a la prórroga solicitada por la firma BIOTENG S.A., para la entrega de los productos adjudicados en la licitación de referencia, siendo los mismos:

- AGUJA PARA FISTULA ARTERIOVENOSA, en la cantidad de 1.080 unidades, consignado en la Orden de Compra N° 18.218.
- TUBULADURA ARTERIO VENOSA PARA HEMODIALISIS, en la cantidad de 3.840 unidades, consignado en la Orden de Compra N° 18.508.

Según nota obrante en autos, de fecha 9 de junio de 2022, la contratista solicita la prórroga del plazo para la entrega de los productos supra citados, hasta la fecha 31 de julio de 2022, en consideración a lo manifestado por su representante EUROQUIMICA S.A., según nota de fecha 8 de Junio de 2022, cuya copia autenticada se acompaña en autos. Al respecto, la referida nota señala cuanto sigue: *"Mediante la presente le comunicamos que aún no contamos con disponibilidad de los productos AGUJA PARA FISTULA ARTERIOVENOSA y TUBULADURA ARTERIO VENOSA PARA HEMODIALISIS, todo esto debido a cuestiones de fuerza mayor suscitadas con el agente de carga "CYM CARGO S.R.L", el cual en fecha 07 de junio del corriente año nos han comunicado que la llegada de los productos se ve demorada ya que no se ha podido coordinar la salida del buque contenedor debido la falta de espacio disponible en los buques con destino a Latinoamérica. A su vez ha extendido el compromiso en la llegada del producto para el 20 de julio del 2022.*

La normativa aplicable sobre la fuerza mayor está contemplada 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 Proveedor. 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. 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 un obligación únicamente más difícil o más onerosa para la parte correspondiente. ***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***

A. D. Administrativo a sus efectos

Dr. Derlis C. León
Director General
DGGIES - MSP y BS

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 pública comprometido. 5. 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".

Según se desprende de lo señalado por la recurrente, el hecho invocado como fuerza mayor se encuentra acreditado documentalmente, al constituirse como un evento fuera de su razonable control, imprevisto, inevitable y que no puede ser atribuible a su descuido o negligencia, como la demora en la llegada de los productos afectados debido a la falta de espacio disponible en los buques transportadores, conforme a lo expresado precedentemente por el representante del proveedor. No obstante, se encuentra explicito en las condiciones contractuales un plazo de notificación de la fuerza mayor que impida cumplir las entregas estipuladas, cuya inobservancia acarrea el rechazo de la causal invocada.

En ese tenor, las condiciones contractuales exigen un plazo de 7 días calendario para la notificación del evento de fuerza mayor a la contratante, cuyo requisito ha sido cumplido en tiempo y forma por la contratista por las siguientes consideraciones:

Las condiciones especiales de la Orden de Compra Nº 18.508 establecen un plazo de 30 días corridos para su cumplimiento, cuya recepción por parte del proveedor se registra en fecha 8 de junio, siendo el vencimiento de la citada orden de compra en fecha 8 de julio de 2022.

En lo relativo a la Orden de Compra Nº 18.218, las condiciones especiales disponen un plazo de 20 días corridos, siendo recibida dicha orden por el proveedor en fecha 20 de mayo de 2022 y el vencimiento en fecha 9 de junio de 2022.

Por tanto, se puede colegir que la contratista ha cumplido con las disposiciones contenidas en las condiciones contractuales referentes a la fuerza mayor, al notificar a la contratante con anterioridad al vencimiento de las obligaciones emergentes del contrato y las órdenes de compra supra citadas.

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

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

(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.

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".*

Que conforme a la Resolución SG N° 64/2022 se aprueban los lineamientos para la elaboración y presentación del Programa Anual de Contrataciones PAC 2022 y la programación de la ejecución del presupuesto correspondiente al ejercicio fiscal 2022 y en el Anexo II se señala las competencias para la programación de los llamados, las UOC y Sub UOC, siendo la Dirección Operativa de Contrataciones competente en materia de compras púbicas siendo esta Dirección la UOC para los llamados y procesos (amparados por la Ley N°2051/2003 y concordantes) solicitados por la Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud.

Respecto a la reglamentación del procedimiento para la Prórroga la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas a través de su Resolución DNCP N° 1807 de fecha 31/05/2022 comunicada a esta Asesoría Jurídica en fecha 24/06/2022 señala:

*"**Articulo 2. Modificación.***

El inciso i) del Artículo 71 de la Resolución DNCP N° 5695/2019, quedará redactado de la siguiente forma:

*"**1) Prórroga del plazo de ejecución contractual.** Desplazamiento del cómputo del cronograma o plazo de ejecución contractual, reconocido por la contratante, cuando existieren motivos debidamente justificados que demuestren la imposibilidad de ejecutar el contrato durante el periodo de tiempo indicado. El desplazamiento de la ejecución contractual debe ser equivalente al periodo durante el cual el contratista, proveedor o consultor no pudo ejecutar el contrato por motivos que no le resultan imputables."*

Articulo 7". Comunicación. Requisitos documentales.

Las convocantes deberán comunicar las prórrogas y suspensiones a través del Sistema información de las Contrataciones Públicas (SICP) en un plazo de hasta diez (10) dias hábiles posteriores al otorgamiento de las mismas, acompañando los siguientes documentos:

a) Documento que acredite la designación realizada de conformidad al Art. 4" de la presente resolución; b) Dictamen técnico y legal que explique los motivos y exponga los fundamentos y justificaciones de la prórroga o suspensión; c) Documento debidamente suscripto por la persona competente en los términos de los Arts. 3 y 4 de la presente resolución, a través del cual, se reconozca la prórroga o la suspensión de los plazos contractuales, según corresponda;

d) Notificación al proveedor, consultor o contratista del reconocimiento de la prórroga o suspensión; e) Cualquier documentación adicional requerida por la DNCP.

Articulo 8". Adenda contractual.

Cuando la prórroga o suspensión de los plazos de ejecución contractual ocasione la modificación de datos contenidos en las bases y condiciones del pliego correspondiente al procedimiento de contratación, la convocante deberá emitir una adenda contractual, conforme lo previsto en la reglamentación vigente.

Dr. Derlis C. León
Director General
DGGIES - MSP y BS

Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

Articulo 9. Responsabilidad de las convocantes.

Las convocantes son exclusivamente responsables de la validez, contenido e integridad de los documentos comunicados a la DNCP, correspondientes a las prórrogas y suspensiones otorgadas en marco de la ejecución de los contratos, así como de la regularidad del control, seguimiento y ejecución de las garantías contractuales, hasta la finalización de cada contrato" (Sic)

La Dirección Operativa de Contrataciones emite la Circular DOC Nº 02/2022 que establece los lineamientos de aplicación de la Resolución DNCP Nº 1807/2022.

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.

Para esta Asesoría Jurídica se acredita la causal invocada para el pedido de prórroga. Se deja a consideración del Administrador del contrato el reconocimiento de la prórroga solicitada mediante nota a ser tramitada por la Dirección Administrativa conforme a la Resolución DNCP Nº 1807/2022 y Circular DOC Nº 02/2022.

La Dirección Administrativa deberá elevar los autos a la Dirección Operativa de Contrataciones conforme a la Circular DOC Nº 02/2022, Art. 7 y concordantes de la Resolución DNCP Nº 1807/2022. **SALVO MEJOR PARECER. ES MI DICTAMEN**.

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

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

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL
DIRECCIÓN GENERAL DE INSUMOS ESTRATÉGICOS EN SALUD