DICTAMEN DIRECCIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA N° 53/2019, 28 de abril de 2020.

REFERENCIA: Dictamen UOC N° 12/2020 a la Prórroga y Ampliación de plazos del Contrato UOC N º 09/2018, ID N º 353.958.– Red Nacional de Fibra Óptica.

Abg. Gustavo Berni, *Director*
UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACIONES

ANTECEDENTES

Primeramente, en fecha 18 de diciembre de 2018 a través de la Resolución MITIC N° 069/18 se adjudica a la empresa CELEXX S.A. en el marco de la Licitación Pública Nacional N° 02/2018 "*Suministro, instalación y puesta Servicio de Equipamientos y Accesorios para la Actualización de la Red Nacional de Fibra Óptica".*

Seguidamente, en fecha 20 de diciembre de 2018 se suscribe el Contrato UOC N° 09/2018 entre la firma CELEXX S.A. y esta Cartera de Estado, con el objeto de establecer las condiciones legales, técnicas y financieras que regirán para la adquisición de bienes, derivada de la mencionada Licitación Pública Nacional N° 02/2018, formando parte del citado Contrato, los siguientes documentos: El Pliego de Bases y Condiciones (PBC), las Instrucciones a los Oferentes (IAO) y las Condiciones Generales del Contrato (CGC) publicadas en el Portal de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), los datos cargados en el SICP, la Oferta del Proveedor, la Resolución de adjudicación y la garantía de mantenimiento de contrato.

En ese sentido, el Contrato citado fue modificado a través de convenios modificatorio, estipulándose en el Convenio Modificatorio N° 02, como nueva fecha de finalización de ejecución del Contrato, el 15 de noviembre de 2019.

Posteriormente, el Contratista Celexx S.A. presentó las Notas de (Expedientes Nº 1896/2019, 1986/2019, 2070/2019, 2188/2019, 90/2020) mediante las cuales alertó los atrasos de 12, 19, 33 y 131 días respectivamente, de acuerdo al plan originalmente previsto (03 de septiembre de 2019) que impiden la continuidad de los trabajos, alegando razones de fuerza mayor.

En consecuencia, en fecha 22 de abril del 2020, a través del Memorándum DOM 27/2020 la Dirección General de Infraestructura solicita iniciar los trámites correspondientes para la realización de una Prórroga o Ampliación los Plazos, según corresponda, al Contrato UOC Nº 09/2018 "*SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PUESTA EN SERVICIO DE EQUIPAMIENTOS Y ACCESORIOS PARA LA ACTUALIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LA RED NACIONAL DE FIBRA ÓPTICA*", teniendo en cuenta los días que deberán descontarse debido a factores externos, considerados de fuerza mayor, que afectaron el curso normal de los trabajos de implementación. Adjuntando al mismo el Informe Técnico correspondiente.

Que, en fecha 21 de abril el Fiscal y el Administrador del Contrato emiten informe técnico respecto a la solicitud de prórroga o ampliación de plazos al Contrato UOC N° 09/2018, en el cual realizan una breve reseña de todos los trabajos realizados conforme a la

ejecución del Contrato UOC N° 09/18 y el cronograma de la manera en que fueron ejecutadas las actividades. En el mismo indican que, de acuerdo con los antecedentes y al cronograma establecido, el Contratista ha culminado en tiempo y forma los trabajos correspondientes a los Ítems 10.8, 11, 12 y 13 solicitados según convenio Modificatorio 001 de Contrato. Los trabajos de instalación de los equipos DWDM e IPMPLS suministrados fueron concluidos satisfactoriamente durante la primera visita a los sitios de instalación.

Así también se indica en el Informe Técnico citado -*ut supra*- , que los trabajos fueron desarrollándose sin inconveniente alguno hasta el día 11 de setiembre de 2019 y conforme al cronograma pactado; no obstante desde el 12 de setiembre de 2019 empezaron a surgir atrasos por motivos de fuerza mayor. Los motivos de fuerza mayor, según mencionan el Fiscal y el Administrador del Contrato, corresponden a trabajos de Certificación de la fibra óptica (trabajos de planta externa) y reemplazo de fibra óptica deteriorada en ciertos tramos que corresponde sean realizados por los propietarios de las mismas, conforme lo establece el PBC. Estos trabajos fueron coordinados y realizados por COPACO SA en la medida de sus posibilidades y con el apoyo técnico de los fiscales del MITIC durante los meses de septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2019, enero hasta el 15 febrero de 2020.

Además, en el Informe Técnico indicado precedentemente, se indica que en la fecha 16 de marzo de 2020 el Ejecutivo declara emergencia sanitaria en todo el territorio nacional, mediante Decreto N° 3.456, motivo por el cual los trabajos de implementación de la RNFO se encuentran suspendidos hasta la actualidad.

Finalmente, el Fiscal y el Administrador del Contrato consideran reconocer 159 días de interrupciones de la Obra debido a causas de fuerza mayor justificados y más 36 días de interrupciones debido a las restricciones por emergencias sanitarias del 16/03/2020 al 20/04/2020).

Por otra parte, la Unidad Operativa de Contrataciones ha emitido el Dictamen UOC N° 12/2020 al respecto, en el cual luego de haber hecho un análisis del tema, se concluye proceder a la autorización de la prórroga del plazo de ejecución, por un total de 195 días calendario, quedando dispuesta como nueva fecha final de ejecución el 28/05/2020.

ANÁLISIS JURIDICO

En este orden, esta Dirección General considera pertinente traer a colación las siguientes disposiciones legales y normativas que rigen la materia.

Condiciones Generales del Contrato. **Cláusula 3**

31. FUERZA MAYOR 31.1 *"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.*

31.2 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.

31.3 Si se presentara un evento de Fuerza Mayor, el Proveedor notificará por escrito a la Contratante en el plazo de 7 días 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".

Adicionalmente, encontramos oportuno mencionar la siguiente disposición de la **Cláusula 4.5 Limitación de Dispensas** *"(b) Toda dispensa a los derechos o facultades de una de las partes en virtud del Contrato, deberá ser por escrito, llevar la fecha y estar firmada por un representante autorizado de la parte otorgando dicha dispensa y deberá especificar la obligación que está dispensando y el alcance de la dispensa."*

Esta disposición señala los requisitos que deberá observar la comunicación que realice el Administrador del Contrato (representante autorizado) al Proveedor, en relación a lo que aquí se ha analizado.

Finalmente entendemos que la [1]***FUERZA MAYOR*** *debe de ser determinada por acontecimientos ajenos o extraños a la voluntad de las partes, respondiendo a acontecimientos imprevisibles. Y en lo ateniente a la ejecución del contrato, la fuerza mayor torna imposible la ejecución del mismo (..).*

Por otra lado, el Pliego de bases y condiciones y el cronograma de ejecución aprobado por el administrador del contrato, que forman parte del contrato vigente, disponen que las actividades objeto de la presente prórroga – actividad 18 y 19 del cronograma original, la empresa las realiza de manera conjunta con la administración pública, considerando que es responsabilidad de las mismas – MITIC y las otras instituciones públicas propietarias de la fibra óptica de la RED, disponibilizar en condiciones aceptables la fibra óptica que forma parte de la red, para viabilizar la realización de los trabajos por parte de la empresa contratista previstos en el contrato.

Atendiendo a que se requiere una coordinación interinstitucional con todas las instituciones públicas que forman parte de la red, se ha conformado una mesa técnica de trabajo con ellas para establecer de manera conjunta los cronogramas de actividades, y en esa instancia e incluso en instancias superiores, el MITIC ha solicitado el apoyo de todas las instituciones propietarias de la red para la correcta y pronta ejecución de los trabajos en el marco de este contrato[2].

El Manual de Gestión de Contratos de Obras Públicas emitido por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, cita como una de las funciones del Administrador del

[1] Jurisprudencia seleccionada y comentada sobre Contratación Administrativa, Editorial y Librería Jurídica Amalio M. Fernández

[2] Minuta de reunión realizada entre representantes de COPACO y MITIC de fecha 30 de abril de 2019
Notas VMTIC N° 27/2019, VMTIC N° 30/2019, VMTIC N° 33/2019 a COPACO S.A.
Notas MITIC-SE N° 11/2020 y MITIC-SE N° 12/2020

Contrato, **que el mismo debe de expedirse en caso de demora o retraso en el cronograma, y evaluar las causales invocadas por el Contratista tales como inclemencias climáticas, fuerza mayor,** entre otras, dando su opinión acerca del otorgamiento de prórrogas de plazos.

Respecto a los atrasos en la ejecución de los trabajos, el Administrador del contrato dice: *".la implementación del proyecto de la RNFO debe de considerarse como una Obra Pública donde pueden presentarse interrupciones por fuerza mayor que no se pueden evitar y tampoco se pueden prever durante el desarrollo de las actividades. Se consideran motivos de fuerza mayor ciertos factores externos como las condiciones climáticas, los tiempos de coordinación de actividades (cronogramas, solicitud de autorización para ingreso a los sitios) y Certificación de la Fibra Óptica de las redes de ANDE y COPACO. En total se tienen **159** (53+106, tablas 3 y 4) días de fuerza mayor acumulados durante el periodo comprendido entre el 29-07-2019 y 15-03-2020. Durante el periodo comprendido entre el 16-03-2020 y 20-04-2020 debido a las restricciones por emergencias sanitarias se tienen **36** días acumulados considerados de fuerza mayor*".

Concluye diciendo: "*Siendo estos los motivos que provocan el retraso en la culminación y entrega de la solución contratada y considerando que estos motivos no son imputables al Contratista, técnicamente el Sr. Administrador del Contrato en conjunto con los fiscales del Contrato por MITIC consideran razonable realizar una prórroga o ampliación de los plazos según corresponda de 38 (110-72) días a partir del 21-04-2020, para la finalización de los trabajos pendientes, salvo mejor parecer de la máxima autoridad*".

En el mismo sentido, el dictamen UOC N° N° 12-20 hace referencia a los atrasos en la ejecución de los trabajos en el periodo del 29/07/19 al 15/03/20 considerándolos como no trabajado por fuerza mayor, debido que *"…**Todos por inconvenientes en la certificación de la fibra óptica y reemplazo de la misma en los casos de deterioro, a cargo de los propietarios de las fibras y de la contratante, no así del proveedor***".

Asimismo, tanto el informe del Administrador del contrato como el dictamen de la UOC indican que durante el período comprendido entre el 16/03/2020 y el 20/04/2020 se cuenta con **36 días** no trabajados por motivos de fuerza mayor, consistentes en las **restricciones por emergencia sanitaria**.

Concluye el dictamen UOC citado: "*La sumatoria de ambas situaciones arroja un total de 195 días no trabajados por motivos de fuerza mayor. Los cuales, al estar debidamente fundados por el área técnica de la institución, y de conformidad con la legislación vigente, no deben ser computados dentro del plazo original de ejecución debido a la imposibilidad temporal de ejecutar la prestación. Dicho plazo debe ser reconocido por la contratante a través de un acto administrativo de la autoridad competente"*.

Analizadas las disposiciones, entendemos que la situación descrita en el presente caso se encuadra en la "Fuerza mayor" prevista en el Contrato, puesto que tanto los retrasos en el cronograma de trabajos por deterioros en la Fibra Óptica de las Administraciones Públicas, sobre los cuales el Administrador y el Fiscal del Contrato se han expedido conforme lo mencionado anteriormente; como así también las restricciones por emergencias sanitarias

establecidas por el Poder Ejecutivo a partir del 16 de marzo del 2020 a través de los Decretos N° 3456, 3478, 3490, 3525, 3532, 3537, motivo por el cual se encuentran suspendidas las actividades de RNFO, por lo que puede verse que estos acontecimientos citados han causado la demora o retraso, y los mismos no son producto del descuido o negligencia del Contratista.

Asimismo, se puede observar que el proveedor ha procedido de conformidad a lo dispuesto en el PBC, habiendo notificado al MITIC acerca de los impedimentos técnicos de fuerza mayor para continuar el contrato una vez tomado conocimiento de cada uno de ellos.

En cuanto al cálculo de la cantidad de días a ser prórrogados, esta Dirección General deja constancia que son conforme la solicitud e informe del Administrador y Fiscal de contrato, quienes son los responsables técnicos de verificar el cumplimiento del cronograma conforme a las especificaciones y de realizar el cálculo exacto de los días atrasados, tal como lo indica el Manual de Gestión de Contratos de Obras Públicas emitido por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.

CONCLUSIÓN:

Por tanto, analizados cada uno de los puntos considerados anteriormente, y en concordancia con el Dictamen UOC N° 12/2020, es parecer de esta Dirección que la situación invocada por el proveedor CELEXX S.A. y constatada igualmente por el Fiscal y el Administrador del Contrato, se encuadra en una situación de “fuerza mayor” no provocada por el proveedor ni evitable por éste; por lo que los RETRASOS de los plazos contractuales, no podrán ser imputados al proveedor. Asimismo, se ha comunicado al MITIC en tiempo y forma acerca de los impedimentos técnicos de fuerza mayor, conforme lo requiere el PBC.

Siendo así, no se encuentran reparos legales para otorgar la PRÓRROGA del plazo del cronograma conforme lo solicitado por el Administrador y el Fiscal del Contrato.

Atentamente,

LIDIA REBECA YALUFF ROYG
Firmado digitalmente por LIDIA REBECA YALUFF ROYG
Fecha: 2020.04.30 14:31:18 -04'00'

MARIANA DORILA BERGONZI MORALES
Firmado digitalmente por MARIANA DORILA BERGONZI MORALES
Fecha: 2020.04.30 14:36:21 -04'00'