DNCP/DJ N° 3585/19

CASO N°43

Asunción, 28 de marzo de 2019.-

DENUNCIA INGRESADA A TRAVES DEL MÓDULO DE INVESTIGACIONES ELECTRÓNICAS INDIVIDUALIZADA COMO CASO N°43 SOBRE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL MARCO DEL LLAMADO A LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL SBE N° 60/15 PARA LA ADQUISICIÓN DE EQUIPOS PARA U.T.I.A., U.C.O Y U.T.I.M DEL HOSPITAL CENTRAL DEL IPS – AD REFERENDUM 2016, CONVOCADO POR EL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL (IPS) - ID N° 300551. ----------

A partir de la denuncia recibida en fecha 19 de febrero de 2019 por parte de los Sres. Rodolfo Arece Godoy y Christian Vidal Arce Godoy en representación de la firma FALCON COMERCIAL & INDUSTRIAL SOCIEDAD ANÓNIMA a través del Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas –MÓDULO DE INVESTIGACIONES ELECTRÓNICAS[1], e individualizada como Caso N°43-; esta Dirección Jurídica, luego del estudio de la misma realiza el presente Dictamen Conclusivo, en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación: ----------

Que, el denunciante adjunta escrito de denuncia, el cual refiere cuanto sigue: ----------

1. **EL IPS NO CUMPLE CON EL PROCEDIMIENTO LEGAL PARA INICIAR EL PROCESO DE RESCIÓN UNILATERAL ADMINISTRATIVO DE UN CONTRATO**

El ***acto*** de rescisión unilateral de los contratos ***N°141/17*** y ***193/17*** por parte del IPS en el marco de la ***LPN N° 60/15, ID N° 300551*** es ***nulo*** puesto el IPS rescindió los referidos contratos ***ilegalmente*** al no ajustarse al ***procedimiento*** definido y exigido por la ***Ley 2051/03*** en su ***Artículo 59*** para rescindir un contrato administrativamente donde reza lo siguiente,

> ***"La Contratante iniciará el procedimiento de rescisión dentro de los quince días calendario siguientes a aquél en que se hubiere agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales."***

El ***plazo de aplicación de penas convencionales*** consiste en el periodo de tiempo que se inicia cuando se vence el plazo de entrega de los bienes o servicios pactados y, durante el ese tiempo, el contratista esta expuesto a las penas o multas claramente definidas en ***la Cláusula N° 12*** de los Contratos firmados por las partes, el ***Articulo N° 37*** de la Ley 2051/03, Pliego de Bases y Condiciones (PBC) y la ***Cláusula N° 31.1*** de las Condiciones Generales del Contrato (CGC) si es que no existe una causal de ***fuerza mayor***.

Este ***plazo de aplicación de penas convencionales*** tiene un límite o plazo que expira cuando el valor de las multas supera el monto de la garantía de cumplimiento del contrato. En el caso que nos ocupa, este plazo era de ***70 días*** y se inició el ***14 de Febrero del 2018*** y finalizó el

Abog. Melody Martínez
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

[1] Aprobado por Resolución DNCP N° 718/18.

24 de Abril del 2018. La duración de este plazo particular es el resultado de aplicar la ***Cláusula N° 12*** de ambos contratos que define la multa a ser aplicada durante el plazo de aplicación de las penas convencionales y que está pactada en 1% por cada semana de atraso. La contratista contrató una Póliza de Garantía de Fiel Cumplimiento por el 10% del valor de los contratos lo que resulta en un plazo de 7 semanas o 70 días (considerando que 1 semana cuenta con 7 días). (ver Gráfico 1 adjunto)

1%..... 1 semana
10%..... 7 semanas

Sostenemos firmemente que el IPS ***inició*** el proceso de rescisión ***extemporáneamente*** el ***23 de Marzo de 2018*** al comunicar a nuestra firma que había ***incumplido*** la ***Cláusula 8*** de los contratos ***N°141/17*** y ***193/17*** que definía ***el Plazo de Entrega*** y la ***intimaba*** *para que en el* ***plazo de diez (10) días hábiles*** *exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes para justificar el atraso* haciendo referencia a que se daba cumplimiento el apartado ***número uno (1)*** del ***Artículo 59*** de la ***Ley 2051/03***.

El IPS inició el proceso fuera de plazo porque el ***Artículo 59*** de la ***Ley 2051/03*** dice claramente que ***la "Contratante iniciará el procedimiento de rescisión dentro de los quince días calendario siguientes a aquél en que se hubiere agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales."***

En este caso, el IPS inició el proceso de rescisión ***treinta y cinco (35) días antes*** de agotarse ***el plazo límite de aplicación de las penas convencionales*** que, según el contrato, vencía el ***24 de Abril de 2018.***

El procedimiento en este caso particular debía iniciarse entre los días ***25 de Abril del 2018*** y ***9 de Mayo del 2018*** si la convocante se ajustaba a reglamento y al apartado del Artículo 59 de la Ley 2051/03 que reza *"...dentro de los quince días calendario* ***siguientes*** *a aquél en que se hubiere agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales."* Esta regla y código no contiene ambigüedad alguna ni otorga a la convocante ninguna discrecionalidad en su aplicación ni prerrogativa adicional que le provea la potestad de no ajustarse estrictamente al procedimiento definido.

La ley le faculta a la contratante a rescindir el contrato en forma unilateral pero le obliga a hacerlo ajustada a un procedimiento.

La comunicación de incumplimiento e intimación de presentación de pruebas de justificación de atraso en un plazo de diez *días* debería haberse verificado ***dentro de los quince días calendario siguientes*** al ***24 de Abril de 2018*** y no ***treinta y cinco (35) días*** antes de haberse vencido el plazo límite de aplicación de las penas convencionales.

Nuestra firma, según el contrato y la ley, podía entregar los bienes objeto del contrato ***durante el plazo de aplicación de las penas convencionales*** y, en caso de que no hubiera existido ***causal de fuerza mayor***, estaría expuesta a la aplicación de las multas o penas convencionales.

Un hecho que demuestra que la contratante tenía plena certeza de que el procedimiento debido para rescindir unilateralmente un contrato debía iniciarse agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales es el ***Dictamen DIJ/DDC/DC1/N° 306/2018*** de la ***Dirección Jurídica*** del IPS que en su análisis reitera los dispuesto en Artículo N° 59 de la Ley 2051/03 y lo copiamos a continuación:

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

INSTITUTO DE PREVISION SOCIAL

GOBIERNO NACIONAL

En este sentido, cabe reiterar lo dispuesto en el Art. 59 de la Ley N° 2051/03, que establece: "La contratante podrá rescindir administrativamente los contratos a los que se refiere esta Ley en los siguientes casos: a) Por incumplimiento del proveedor o contratista... La contratante iniciará el procedimiento de rescisión dentro de los 15 días calendarios siguientes a aquél en que hubiere agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales... Si previamente a la determinación de dar por rescindido el contrato, se hiciera la entrega de los bienes, se prestasen los servicios o se ejecutasen las obras, el procedimiento iniciado quedará sin efecto, sin perjuicio de las responsabilidades del proveedor o contratista.

El presente dictamen jurídico en su análisis y recomendación al Consejo de Administración del IPS indica claramente cual es el procedimiento, pero por razones que desconocemos, este dictamen fue desconsiderado. (Adjuntamos Dictamen referido).

Otro hecho grave cometido por la contratante que resulta en incumplimiento del procedimiento debido y legal que denunciamos es la inobservancia del siguiente inciso del Articulo N° 59 de la Ley 2051/03,

> ***3) la determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al proveedor o al contratista dentro de los quince días hábiles siguientes a lo señalado en el inciso a) de este artículo.***

En este caso, nuestra firma fue notificada de la decisión tomada por la contratante de rescindir los contratos vía ***Nota N° 33/18*** de fecha ***18 de Abril de 2018***, la cual tomamos conocimiento el 19 de Abril del mismo año y, por la cual nos notificaban de su decisión pero sin informarnos de los fundamentos y motivaciones. (Adjuntamos nota)

Los fundamentos y motivaciones de la decisión de la contratante de rescindir el contrato fueron recién puestos a nuestro conocimiento durante el proceso de Sumario Administrativo iniciado por la DNCP como consecuencia de la rescisión de los contratos.

2. EL IPS IGNORA O DESESTIMA CAUSAL DE FUERZA MAYOR QUE IMPOSIBILITA A NUESTRA FIRMA CUMPLIR CON EL PLAZO DEFINIDO EN EL CONTRATO

Un ***hecho grave*** que destacamos es la ***desconsideración*** por parte del IPS de ***la causal de fuerza mayor*** notificada por nuestra firma en tiempo y forma que impide la entrega de los bienes en el plazo previsto en el contrato pero que estaban en proceso de entrega en un plazo que no superaría plazo límite de aplicación de las penas convencionales.

Nuestra empresa ***informó*** en ***tiempo y forma*** al IPS que una causal de ***fuerza mayor*** le impidió cumplir con el plazo de entrega, que estaba en pleno proceso de entrega de los bienes y cumpliendo con las ***obligaciones*** del contrato según las cláusulas contractuales y la ley.

El IPS, cuando emitió el comunicado de incumplimiento, tenía conocimiento del evento de fuerza mayor que impidió la entrega en el plazo definido en el contrato y sabía que los bienes estaban en tránsito para su entrega en un plazo que no superaría los limites contractuales ni legales.

Analizando cuidadosamente la ***Resolución CA N° 024-021/18*** de fecha ***17 de Abril de 2018***, que resuelve la recisión de los contratos que nos ocupa, notamos que el IPS ***no considera*** nuestra notificación de una ***causal de fuerza mayor*** realizada en ***tiempo y forma*** al IPS el ***13 de Febrero de 2018*** que impidió la entrega de los bienes. Por una razón que desconocemos, el IPS **omite** considerar la notificación fuerza mayor antes y durante todo el proceso de rescisión unilateral de los contratos y posteriormente no informa de este hecho a la DNCP cuando denuncia a nuestra firma de supuesto incumplimiento de contratos en su ***Nota GAL/DOT N° 601/2018*** de fecha ***8 de Junio de 2018*** ingresada a la DNCP como ***Expediente N° 3893***.

Abg. Melody [illegible]
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

El IPS, en su ***Resolución CA N° 024-021/18,*** a través de la cual resuelve rescindir los contratos en forma unilateral, considera nuestra nota del ***13 de Febrero de 2018***, identificada como Expediente ***EXP-0000-2018-006960*** como una ***solicitud de prórroga*** del Plan de Entrega, pero, por una razón que escapa a nuestro conocimiento, no considera que la misma también es una ***notificación*** de ***causal de fuerza mayor***.

Adjuntamos a la presente denuncia las documentaciones que prueban que nuestra firma notificó en tiempo y forma al IPS de la causal de fuerza mayor.

La decisión de rescindir el contrato unilateralmente en forma extemporánea y con conocimiento de un evento de fuerza mayor que justificaba el atraso sin penalización para el contratista es una falta grave con consecuencias de más onerosas para nuestra firma que estaba ***cumpliendo*** con el contrato, aunque con atraso, pero ajustada al contrato y a la ley. La consecuencia inmediata de este hecho es la pérdida financiera y patrimonial significativa sufrida por nuestra firma al rescindirse el contrato por parte de la convocante cuando nuestra firma estaba en el proceso de cumplir con la entrega de los bienes cuando estos estaban en transito para su entrega todavía en tiempo oportuno según el contrato y la ley.

En nuestro caso, la contratante, a través de su ***Resolución CA N° 024-021/18***, rescindió los contratos tomado en cuenta la ***Nota PR/GAL/DRT/N° 149/18*** de fecha ***21 de Febrero de 2018***, remitida por el Administrador del Contrato que informa que nuestra firma tiene un atraso en la entrega de los bienes objeto de los contratos de ***ocho (8) días*** y ***omitiendo*** informar que nuestra firma ***notificó en tiempo y forma de una causal de fuerza mayor.*** (ver Folio 9, Sumario Administrativo, Resolución DNCP N° 4958/18)

Un retraso de 8 días calendario (6 días hábiles) en la entrega de unas camas de hospital que estaban en tránsito es un tiempo ***no significativo***, considerando que no existió razones de urgencia ni de emergencia de interés público denunciado ni fundamentado en la Resolución CA N° 024-021/18 y cuya causa de carácter de fuerza mayor fue debidamente reportado a la contratante.

Asumimos que el propósito del legislador al redactar el procedimiento definido en el Articulo N° 59 de la Ley 2051/03, poniendo límite a la autotutela administrativa de la contratante, es evitar abusos y arbitrariedades como en el caso que nos ocupa donde la contratante, absurdamente, podría rescindir un contrato segundos, minutos, horas o pocos días después que haya vencido el plazo de entrega pactado en el contrato sin ajustarse a un procedimiento, ni considerar causales de fuerza mayor u otras casuales.

CONCLUSION

El hecho que el IPS no haya cumplido con el procedimiento de rescisión claramente definida en el ***Articulo N° 59*** de la Ley 2051/03 ***invalida*** la ***Resolución CA N° 024-021/18*** del Consejo de contratante del IPS que dispone la rescisión unilateral de los Contratos 193/17 y 141/17.

El IPS debía iniciar el procedimiento de rescisión ajustándose estrictamente al apartado que reza,

"La Contratante iniciará el procedimiento de rescisión dentro de los quince días calendario siguientes a aquél en que se hubiere agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales."

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Mª. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Hemos demostrado que el IPS inició el proceso antes de haberse agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales.

El IPS también se aparta de la Ley cuando nos notifica de su decisión de rescindir contrato sin informarnos de los fundamentos y motivaciones.

Entendemos que la Ley 2051/03, en su Artículo N° 55 otorga a la contratante el derecho a "declarar la resolución o rescisión del contrato" pero en su Artículo N° 59 define muy claramente las causales de rescisión y el procedimiento de ***cómo y cuando*** se debe realizar el procedimiento de rescisión.

Admitimos que la contratante tiene el derecho de rescindir unilateralmente los contratos justificadamente, pero le obliga a ajustarse estrictamente al apartado del Artículo N° 59 de la Ley 2051/03 que reza,

> ***"La Contratante iniciará el procedimiento de rescisión dentro de los quince días calendario siguientes a aquél en que se hubiere agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales."***

Uno de los principios y reglas fundamentales del Derecho Administrativo que predica lo siguiente,

> ***"La primera regla que tiene en cuenta el Derecho Público y aplicable al Derecho Administrativo como rama de ese género jurídico, es que las normas son de orden público, y por lo tanto, sus disposiciones deben ser acatadas y cumplidas. (Art. 127 de la Constitución Nacional). La relación nace de la Ley y no del contrato, como sucede generalmente en el Derecho Privado. (Dr. Miguel Ángel Pangrazio, "Derecho Administrativo", Tomo I, pág. 54, Año 1997).***

La atribución de la contratante de rescindir unilateral y administrativamente los contratos y determinar sus efectos prevista en el Art. 55 de la LEY no otorga el derecho recíproco al contratista o proveedor, que necesariamente debe recurrir al Poder Judicial para obtenerlo o la aceptación del contratante. La Ley 2051/03 en su Artículo 59 prevé la facultad de rescisión administrativa a favor de la contratante como facultad potestativa y discrecional de la contratante en consonancia a lo ya señalado en párrafos anteriores de que el interés primordial de la contratante es el cumplimiento del contrato. A las causales enumeradas en los incisos a), b), c), d) y e) Artículo 59, se suman los otros supuestos que pudieran establecerse en los contratos de acuerdo con su naturaleza (Artículo 59 Inciso h) de la LEY) y el caso de haberse celebrado el contrato contra expresa prohibición de esta ley (Artículo 59 de la Ley 2051/03 inc. f).

De igual forma, el Artículo 59 instituye las fases del procedimiento de recisión, que se inicia ***"dentro de los quince días calendario siguientes a aquél en que se hubiere agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales"*** cuando al contratista le sea comunicado el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de diez días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte en su caso, las pruebas que estime pertinentes. Transcurrido dicho plazo, se resolverá considerando los argumentos y pruebas hechas valer, y la determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser fundada, motivada y comunicada al contratista dentro de los quince días hábiles a lo señalado en el inciso a) del Artículo 59.

La posibilidad de la rescisión administrativa es una prerrogativa administrativa que se justifica en la necesidad de que la contratante procure los intereses generales de forma eficaz, en

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

el entendimiento que no pueden paralizarse la ejecución de los planes y políticas por la necesidad de recabar previamente la asistencia judicial pero debemos señalar que esta prerrogativa de la autotutela administrativa constituye una tentación permanente de ser utilizada en forma indebida y arbitraria.

En los contratos administrativos, la contratante cuenta con un medio formal determinado que le permite ejercer derechos que sobrepasan las facultades propias de los sujetos privados, y así tenemos el privilegio de la decisión ejecutoria y unilateral en razón de la cual puede decidir desde la perfección y validez del contrato, su interpretación y el modo, tiempo y forma de las prestaciones debidas por el contratista hasta la calificación de situaciones de incumplimiento, imposición de sanciones, prórroga del contrato, responsabilidades del contratista y su garantía y liquidación del contrato. No obstante, estas potestades deben ejercerse ***dentro de los límites y con sujeción a los requisitos establecidos en la Ley***. Por tanto, no son poderes arbitrarios, sino que deben practicarse sin desnaturalizar el objeto del contrato.

Respecto a las prerrogativas del poder público, García de Enterría sostiene que no existen exorbitancias a ultranza sino equilibrio contractual, de manera que la contratación administrativa exhibe una singularidad que circula entre dos polos: la constante adaptación al interés público que autoriza a disponer la mutabilidad del contrato y, como contrapartida, el deber legal de respetar la mutabilidad del contrato y, como contrapartida, el deber legal de respetar la llamada "ecuación financiera del contrato". (García de Enterría Eduardo, Fernández Tomás-Ramón Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas Thomson Reuters, Decimoséptima Edición, 2015),

Adicionalmente, existe otro hecho grave que invalida y deslegitima el acto de rescindir unilateralmente los contratos de referencia. El IPS ***desestima*** la ***causal de fuerza mayor*** que le fue notificada por nuestra empresa en tiempo y forma con el agravante de ***omitir informar*** de este hecho a la DNCP cuando realiza la denuncia aludiendo que nuestra empresa incumplió contratos celebrados entre las partes.

Que, en fecha 20 de febrero de 2019, el denunciante presentó una aclaración respecto a la denuncia ingresada, en los siguientes términos: "*Agregamos esta presentación para corregir un error involuntario en la fecha de la presentación de nuestra denuncia. La primera página de la presentación conteniendo la fecha al inicio tenia fecha equivocada de 19 de enero de 2018 siendo que la fecha correcta debía ser 19 de enero de2019. Favor descartar el primer documento enviando y considerar el documento que estamos adjuntando en esta oportunidad*". ----------

Que, de la denuncia transcripta surge la disconformidad del denunciante FALCON COMERCIAL & INDUSTRIAL S.A. respecto a la rescisión efectuada por el Instituto de Previsión Social de los Contratos N° 141/17 y N°193/17 suscritos en el marco del llamado de referencia. ---

Sobre el particular, señala el denunciante: 1) El no cumplimiento del procedimiento legal de rescisión por parte del IPS que debió darse según la denuncia una vez transcurrido el plazo de aplicación de penas convencionales y 2) La desestimación arbitraria de la causal de fuerza mayor por parte del IPS imposibilitando así a la firma en cuestión a cumplir con el plazo estipulado en el contrato. ----------

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica DNCP

Al respecto, la firma denunciante alega que la propia Contratante no habría cumplido con los procedimientos establecidos en la Ley N° 2051/03 *De Contrataciones Públicas* para la rescisión contractual. ----------

En este sentido, manifestamos que en caso de que una firma no se encontrare conforme con la rescisión contractual, tiene la facultad de reconsiderar dicha resolución ante la correspondiente Contratante y de no estar conforme con el resultado de la misma, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 82[2] del Decreto N° 21909/03, posee a su disposición la vía contencioso-administrativa. En efecto, esta Dirección Nacional carece de competencias para expedirse al respecto. ----------

Siendo así, vale traer a la vista las disposiciones contenidas en el Art. 13 del Decreto 7434/11, que establece: "***las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la DNCP, sea constatada la existencia de méritos o elementos suficientes que indiquen que los hechos que lleguen a su conocimiento sean susceptibles de causar daños o perjuicios al Estado; y cuando la vía pertinente no sea la Protesta***" *[destacado nuestro].* ----------

Finalmente, y de conformidad a lo esgrimido anteriormente, se debe disponer el cierre de la denuncia individualizada como CASO 43 y solo en consideración de los puntos objeto de aclaración en el presente dictamen. ----------

ABG. MELODY MARTINEZ
Jefa Dpto. de Investigaciones – DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica - DNCP

[2] *...En sus relaciones contractuales con los proveedores y contratistas, las Contratantes tendrán las prerrogativas establecidas en el artículo 55 de la Ley.*
Las decisiones adoptadas por la Contratante en el ejercicio de tales prerrogativas deberán ser fundadas y podrán ser recurridas por los Contratistas o Proveedores ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de los plazos establecidos en la legislación respectiva...

EEUU Nº 961 c/ Tte. Fariña - Telefax: 415 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py