Asunción, 26 de mayo de 2021.

DICTAMEN UOC Nº 92/2021 - COMPLEMENTARIO

SEÑOR
DR. CÉSAR MANUEL DIESEL JUNGHANNS, Presidente.
Consejo de Superintendencia, Secretaría 2.
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
E. S. D.

Ref.: URGENTE - Declarar el incumplimiento del Contrato N° 33/2019 suscrito con la firma Alternativa S.A. – LPN PAC N° 73/2018 "Adquisición de cintas, tintas y toner – ad referéndum – contrato abierto – plurianual – S.B.E." – ID N° 355.305.-

Tengo el honor de dirigirme a Su Excelencia con el objeto de elevar **DICTAMEN COMPLEMENTARIO** con respecto a la solicitud de inicio de trámites para declarar el incumplimiento del Contrato N° 33/2019 suscrito con la firma Alternativa S.A., en el marco de la **LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL PAC N° 73/2018 "ADQUISICIÓN DE CINTAS, TINTAS Y TÓNER – AD REFERÉNDUM – CONTRATO ABIERTO – PLURIANUAL – S.B.E." ID N° 355.305,** conforme a los siguientes antecedentes:

En primer lugar, se indica que el presente dictamen complementario se realiza a fin de que el acto administrativo en cuestión contemple el descargo presentado por la firma ALTERNATIVA S.A., a través de la mesa de entrada de la Corte Suprema de Justicia en fecha 24 de mayo de 2021, recibida en la Unidad Operativa en fecha 26 de mayo de 2021.

Ahora bien, pasando al análisis de la cuestión debatida a fin de verificar si la firma incumplió con las obligaciones asumidas en el marco de la presente contratación y cumpliendo con el deber de fundar la presente decisión se pasa a exponer cuanto sigue:

a) Falta de constitución oportuna (ampliación de la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento de contrato).

En primer lugar, se observa que el fiel cumplimiento del contrato N° 33/2019 se encuentra garantizado por la póliza de caución N° 22.1509.08434/000 emitida por la aseguradora SEGUROS CHACO S.A. de Seguros y Reaseguros con una vigencia que finaliza el 03 de junio de 2021.

En fecha 20 de abril de 2021, por nota N.D.S. y C.B. N° 89/2021 fue requerida la extensión de la garantía de fiel cumplimiento de contrato.

De igual manera, en fecha 04 de mayo de 2021, por nota N.D.S. y C.B. N° 100/2021 fue reiterada la presentación y constitución oportuna de la extensión de la garantía de fiel cumplimiento de contrato.

Vencido los plazos y ante la falta de presentación de la extensión de la garantía de fiel cumplimiento, en fecha 07 de mayo de 2021, por Notificación UOC N° 128/2021 se comunicó a la empresa ALTERNATIVA S.A. el inicio de los tramites de rescisión considerando como uno de los supuestos incumplimientos la falta de constitución oportuna de la extensión de la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento de contrato.

Abg. Juan Angel Santacruz
Jefe
Dpto. de Contratos y Garantías - U.O.C.

PODER JUDICIAL
UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACIONES
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fenecido el plazo de 10 (diez) días hábiles computados desde la notificación al proveedor conforme a los parámetros establecidos en el Art 59° de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas"; la firma proveedora Alternativa S.A. no ha presentado la extensión de la garantía de fiel cumplimiento de contrato.

En la nota de fecha 07 de mayo de 2021, la firma proveedora indicó: "*...la extensión de la vigencia de la Póliza N° 22.1509.08434/000 no ha sido solicitada por Alternativa S.A. a la empresa de SEGUROS CHACO S.A. por considerar que la misma se encuentra vigente hasta el 03/06/2021*".

Así mismo, en su nota de descargo, la empresa ALTERNATIVA S.A. indicó "*...Alternativa S.A. ha hecho uso de sus prerrogativas legales, por lo que la NO AMPLIACIÓN DE LAS POLIZAS es postura que tiene sustento en la negativa a la ampliación de la vigencia contractual...*"

Al respecto, la cláusula 17.6 de las Condiciones Generales del Contrato, reglamento del Pliego de Bases y Condiciones particular del llamado, es claro al establecer que "*17.6 El plazo de vigencia de la garantía deberá ser* ***por lo menos treinta días posteriores al plazo de entrega o ejecución del contrato***".

A la fecha aún existen órdenes de compra, debidamente notificadas en el tiempo y forma, pendiente de ejecución y en cambio tan solo quedan **08 días corridos para el vencimiento de la póliza** de fiel cumplimiento de contrato. Dicha póliza no fue extendida pese a los múltiples requerimientos realizadas por la Institución, a fin de salvaguardar la correcta ejecución del contrato.

De igual manera se debe indicar que en efecto la vigencia del contrato no fue extendida ante la negativa del proveedor, pero no se debe obviar que las ordenes de compras fueron emitidas y notificadas correctamente a la empresa ALTERNATIVA S.A. y en esa situación se encuentran pendiente el cumplimiento de una obligación de dar.

Corresponde indicar que las obligaciones se extinguen por el pago, la novación, la remisión de deuda, la compensación, la confusión, imposibilidad de pago o la prescripción liberatoria, no configurándose ninguna de las modalidades indicadas por lo que se concluye que **el proveedor sigue obligado a entregar los bienes individualizados en las órdenes de compra 1152 y 1169 y que el atraso en el cumplimiento por parte de la firma proveedora, más allá del plazo establecido en la cláusula sexta del contrato, no es un modo extintivo de la obligación de dar**.

En ese sentido, las condiciones generales del contrato establecen claramente que la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento del contrato debe ser de al menos treinta días posteriores al cumplimiento total de las obligaciones, que en este caso se configurarían con la entrega de los bienes requeridos por las órdenes de compra.

Una interpretación contraria, llevaría a la conclusión ilógica de dejar sin cobertura de garantía de fiel cumplimiento, la ejecución o cumplimiento de las obligaciones pendientes constituidas correctamente en el marco del Contrato N° 33/2019 y vulnerar lo establecido en el artículo 39° de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas".

Abg. Juan Angel Santacruz
Jefe
Dpto. de Contratos y Garantías - U.O.C.

Considerando la falta de constitución oportuna de la extensión de la garantía de fiel cumplimiento de contrato, la cláusula 17.3 de las Condiciones Generales del Contrato "*17.3 La falta de constitución y entrega oportuna de las garantías será causal de rescisión del Contrato por* ***causa imputable al contratista***".

Verificamos que, al no extender la garantía de fiel cumplimiento de contrato oportunamente, a fin de respetar la vigencia de la garantía de al menos treinta días posteriores al plazo de entrega o ejecución del contrato, pese a los múltiples requerimientos de la Contratante, la empresa Alternativa S.A. ha incumplido lo establecido en el Contrato N° 33/2019.

b) Falta de entrega de los bienes requeridos por órdenes de compra institucionales:

La empresa Alternativa S.A. indicó en su descargo que los "*...incumplimientos que se denuncian constituyen DOCUMENTOS ACCESORIOS AL CONTRATO que estuvieron vigentes hasta el término del plazo contractual...*"

Al respecto debemos ratificar que el **proveedor sigue obligado a entregar los bienes individualizados en las órdenes de compra 1152 y 1169 y que el atraso en el cumplimiento por parte de la firma proveedora, más allá del plazo establecido en la cláusula sexta del contrato, no es un modo extintivo de la obligación de dar**, conforme a lo explicado.

Así mismo se debe indicar que el plazo, tanto como el cargo y la condición constituye una modalidad del acto jurídico y no un modo de extinción de las obligaciones propiamente dicho, en efecto el plazo de vigencia establecido en el contrato y el plazo de entrega de los bienes son plazos establecidos a favor de las partes a efectos de prever adecuadamente la ejecución del contrato, pero no son plazos resolutorios de las obligaciones asumidas en el tiempo y la forma oportunos.

El plazo de entrega establecido en el Pliego de Bases y Condiciones dispone claramente un **plazo máximo** para la entrega de los bienes de **30 (treinta) días corridos** contados a partir de la fecha de recepción de la orden de compra emitida por la contratante; plazo que guarda relación con la satisfacción oportuna de las necesidades institucionales y que fue conocido y aceptado voluntariamente por el Proveedor a la hora de presentar su oferta en el proceso licitatorio así como al suscribir el Contrato N° 33/2019.

Asimismo, el Proveedor, a través de su representante el señor Iván Alexis Castillo Filartiga, ha declarado, como se observa en la nota de fecha 21 de diciembre de 2018 lo siguiente: "*Por el presente documento(...), en su carácter de Presidente de Alternativa S.A., con domicilio en la casa N° 2.293 de la calle Padre Casanello de esta capital,* ***DECLARA BAJO FÉ DE JURAMENTO,*** *conforme a lo solicitado en el Pliego de Bases y Condiciones: POSEER CAPACIDAD PARA PROVEER LOS BIENES SOLICITADOS EN LA PLANILLA DE ESPECIFICACIONES TECNICAS*".

En fecha 26 de marzo de 2021 fue emitida por la contratante la Orden de Compra N° 1152, notificándose a la firma proveedora Alternativa S.A. en fecha 29/03/2021 de la misma, requiriendo la provisión del Ítem N° 34 (unidades solicitadas: 2), el Ítem 65 (unidades solicitadas: 5), el Ítem 84 (unidades solicitadas: 5), **el Ítem 36 (unidades solicitadas: 25)** y el Ítem 63 (unidades solicitadas: 28), cuyo plazo máximo de entrega de los bienes por parte del proveedor feneció el 28 de abril de 2021.

Abg. Juan Angel Santacruz
Jefe
Dpto. de Contratos y Garantías - U.O.C.

PODER JUDICIAL
UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACIONES
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Así mismo en fecha 26 de marzo de 2021 fue emitida por la contratante la Orden de Compra N° 1169, notificándose a la firma proveedora Alternativa S.A. en fecha 29/03/2021, requiriendo la provisión del ítem N° 1 (unidades solicitadas: 8), el ítem 38 (unidades solicitadas: 115) y **el ítem 65 (unidades solicitadas: 203),** cuyo plazo máximo de entrega de los bienes por parte del proveedor feneció el 28 de abril de 2021.

Por Notificación N.D.S. y C.B. N° 99/2021 de fecha 04 de mayo de 2021, el Departamento de Suministro y Control de Bienes, informó a la firma proveedora del vencimiento de plazo de entrega de los bienes correspondiente al ítem N° 36 de la Orden de Compra N° 1152 y el ítem 65 de la Orden de Compra N° 1169, emplazándola por el termino de **4 (cuatro) días**, a dar cumplimiento a la provisión total de los bienes correspondientes a dichos órdenes de compra.

Por Nota N.D.S. y C.B. N° 124/2021 de fecha 26 de mayo de 2021, del Departamento de Suministro y Control de Bienes se indicó que "*...esta Administración se ratifica en la solicitud de rescisión (...) atendiendo a que la mencionada empresa no ha cumplido con la provisión total de los bines requeridos a través de las Ordenes de Compra N° 1152 y 1169 ambas de fecha 26/03/2021 y cuyo plazo de entrega fenecía el 28/04/2021 (anterior a la finalización del contrato) (...) Con respecto a la supuesta recepción de insumos realizada en fecha 17/05/2021 la cual fue alegada por la Empresa Alternativa, la misma no fue realizada atendiendo a que la mencionada empresa no ha remitido la cantidad requerida por la Empresa HP para autorizar la presencia de los consultores de marca para la verificación de la originalidad de los productos proveídos a pesar de esta Administración en fecha 03/03/2021 (...) había informado sobre las condiciones impuestas por el fabricante HP...*"

Se verifica que a través del contrato, el proveedor ha asumido una **obligación de resultado,** asumiendo un deber en específico que es la **provisión en tiempo y forma** de los bienes requeridos por la Institución; así tenemos que el proveedor debe conseguir un efecto material concreto en favor de la Institución, no siendo suficiente demostrar una conducta diligente para exonerarse de la falta de cumplimiento, sino que necesariamente debe demostrar y acreditar debidamente el acaecimiento de alguna de las eximentes de responsabilidad establecida en el artículo 78° de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas" así como en los documentos contractuales.

La empresa ha manifestado en su nota de fecha 06 de mayo de 2021, así como en su descargo, que acercaría en la brevedad posible los documentos respaldatorios que justifiquen el pedido de prórroga; sin embargo a la fecha **no ha presentado documentación que avale** el acaecimiento de cualquiera de las eximentes de responsabilidad establecidas en la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas y que demuestren la imposibilidad de cumplir con la entrega de los bienes correspondientes a la Orden de Compra N° 1152 (Ítem 36 - tóner para Impresora hp LaserJet Enterprise M81 604 NEGRO - Original - no genérico - no compatible) y la Orden de Compra N° 1169 (tóner para Impresora Samsung MI 2850 - 2851 ND NEGRO - Original - no genérico - no compatible) del Contrato N° 33/2019.

Queremos hacer nuestras las palabras sostenidas por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, ente regulador de las compras públicas en la Republica del Paraguay, que indico, a través de la Resolución DNCP N° 1349/20, que "*Es importante poner de manifiesto que para la configuración del caso fortuito no es suficiente la mera alegación de los hechos por parte del firma J&S S.R.L del evento impeditivo u obstructivo del cumplimiento de la obligación asumida, sino que también es menester que dicho hecho este debidamente documentado por la firma adjudicada; es decir no basta con la mera presentación de una nota de un proveedor de la firma exponiendo una situación, sino que es necesaria la acreditación fehaciente y concluyente que no*

Abg. Juan Angel Santacruz
Jefe
Dpto. de Contratos y Garantías - U.O.C.

PODER JUDICIAL
UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACIONES
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

admita duda alguna que el hecho se produjo en el periodo durante el periodo de ejecución o que se realizaron las diligencias debidas y se tomaron las previsiones necesarias por la firma para mitigar lo supuestamente dio origen al atraso, cuestión que no ocurre en este caso tras los documentos adjuntos en la presente investigación".

Por tanto, se puede constatar que la firma proveedora Alternativa S.A., en lo que se refiere a la provisión de los bienes correspondientes al ítem N° 36 de la Orden de Compra N° 1152 y el ítem 65 de la Orden de Compra N° 1169 del Contrato 33/2019, se encuentra en incumplimiento desde del 29 de abril de 2021.

Por último, en cuanto a la pretensión realizada en el descargo de la proveedora, de esperar que el valor de las multas supere el monto de la garantía de fiel cumplimiento para iniciar el procedimiento de rescisión corresponde indicar que los contratos administrativos y públicos no tienen fin recaudatorio, encontrándose clausulas punitivas como la multa al solo efecto de constreñir el cumplimiento de las obligaciones por parte de los proveedores del Estado, no obstante, en el panorama actual, encontrándose en mora la provisión de bienes y ante el inminente vencimiento de la garantía de fiel cumplimiento de contrato corresponde a esta Convocante salvaguardar los intereses públicos e institucionales.

El daño sufrido por la Corte Suprema de Justicia se encuentra configurado por la falta de cumplimiento en las obligaciones del proveedor en el tiempo y forma previstos y a la que estaba sujeta el mismo, la contratante realizó la presente contratación, invirtiendo recursos financieros y humanos, con el afán de satisfacer una necesidad pública, objetivo que se vio vulnerado por el incumplimiento del Contrato N° 33/2019 por parte del proveedor.

El Artículo 55° de la Ley N° 2051/03 indica: "*Las contratantes gozan de los siguientes derechos: a) a que se ejecuten los contratos en sus términos y condiciones (...) d) a declarar la resolución o rescisión del contrato, y determinar los efectos procedentes en cada caso; y e) a imponer las sanciones previstas en los contratos y a ejecutar las garantías, cuando el proveedor o contratista no cumpla con sus obligaciones.*"

Así mismo, el artículo 59° de la Ley N° 2051/03 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".*

Se siguió el procedimiento en el artículo 59° de la Ley N° 2051/03 y en base a los argumentos y documentaciones obrantes, no se encuentra reparos a la solicitud de la Administración del Contrato N° 103/2018 y, en consecuencia, se declare el incumplimiento de contrato por causales imputables al proveedor.

Se debe resaltar, que corresponde al proveedor se haga efectiva la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato en vista al incumplimiento del Contrato N° 33/2019 y ante su negativa se debe ejecutar la Póliza de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato.

El Artículo 55° de la Ley N° 2051/03 indica: "*Las contratantes gozan de los siguientes derechos: a) a que se ejecuten los contratos en sus términos y condiciones (...) d) a declarar la resolución o rescisión del contrato, y determinar los efectos procedentes en cada caso; y e) a imponer las sanciones previstas en los contratos y a ejecutar las garantías, cuando el proveedor o contratista no cumpla con sus obligaciones.*"

Así mismo, el artículo 59° de la Ley N° 2051/03 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".*

Abg. Juan Angel Santacruz
Jefe
Dpto. de Contratos y Garantías - U.O.C.

Se siguió el procedimiento en el artículo 59° de la Ley N° 2051/03 y en base a los argumentos y documentaciones obrantes, no se encuentra reparos a la solicitud de la Administración del Contrato N° 33/2019 y, en consecuencia, se declare el incumplimiento de contrato por causales imputables al proveedor.

Por último, las Condiciones Generales del Contrato establecen: *"17.4 La garantía de cumplimiento de contrato, sea cual fuere la forma de instrumentación, adoptada conforme a las CGC 17.1, deberá ser pagadera ante solicitud escrita de la convocante, donde se haga constar el monto reclamado, cuando se tenga acreditado previamente al menos una de las causales de ejecución de la póliza. En estos casos será requisito que previamente el oferente sea notificado del incumplimiento y la intimación de que se hará efectiva la ejecución del monto asegurado..."*; en ese sentido, corresponde al proveedor se haga efectiva la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato en vista al incumplimiento del Contrato N° 33/2019 y ante su negativa se debe ejecutar la Póliza de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato.

Por lo tanto, **es nuestra recomendación que se declare el incumplimiento del Contrato Nº 33/2019,** fundado en lo establecido en el artículo 59° de la Ley N° 2051/03 inciso a) de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas", y **se ejecute la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato** a fin de cubrir los daños y perjuicios causados a la Institución, salvo mejor parecer.

Adjunto al dictamen se eleva a consideración un proyecto de resolución el cual se encuentra sujeto a modificación acorde al criterio de la máxima autoridad.

Sin otro particular, me despido muy atentamente.

Abg. Juan Angel Santacruz
Jefe
Dpto. de Contratos y Garantías - U.O.C.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
CONSEJO DE SUPERINTENDENCIA
SECRETARIA Nº 2
26 MAYO 2021
Recibido por: Luis Antonio Alfonso
Aclaración:
Hora: 12:15