DICTAMEN A.L. N°384/2016

PARA : UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACIÓN (U.O.C.).-
DE : ASESORÍA LEGAL
FECHA : 26 DE DICIEMBRE DE 2016.-
REFERENCIA : REMITIR PARECER LEGAL SOBRE MODIFICACIONES - CONTRATO INC N° 030/2015-ENGINEERING S.R.L. – LICITACION PUBLICA NACIONAL N° 51/2015.-

Visto, la Carta Interna UOC N° de fecha 23/12/2016, por la cual se solicita parecer legal, en el marco del Contrato INC N° 30/2015 suscripto con la firma ENGINEERING. S.A. adjudicataria de la LPI SBE N° 51/2015 "PROVISION, MONTAJE Y PUESTA EN MARCHA DE NUEVA PLANTA DE SECADO DE PUZOLANA EN LA PLANTA INDUSTRIAL DE VILLETA, señalamos cuanto sigue:

Que, la Gerencia de la UOC, refiere que *"el contrato fue suscripto en fecha 15/9/2015, por valor de USD 3.887.899, con una vigencia de 300 días, es decir hasta el 11/7/2016, estableciéndose en el Anexo II – Plan de entregas - un plazo de 270 días (11/6/2016) de la fecha de la firma del Contrato para el cumplimiento de sus obligaciones.*

Que, considerando que el plazo de entrega se cumplió en fecha 11/6/2016 y a fin de realizar los ajustes administrativos, legales y financieros que correspondan, se conviene mediante Adenda INC N° 110/2016 de fecha 8/6/2016, modificar el cronograma de entregas hasta el 25/9/2016 y prorrogar la vigencia del Contrato hasta el 31/12/2016.

Que, la Cláusula 11. RECEPCION PROVISIONAL del Contrato, establece que: "La INC expedirá el certificado de recepción provisional conforme a las estipulaciones del Contrato, siempre y cuando las garantías de producción, calidad, rendimientos y consumos específicos hayan sido satisfechas en relación a los datos garantizados. Así mismo la contratista deberá dar previo cumplimiento a las garantías de buen funcionamiento de todos los equipos, instalación en general, control ambiental, este último sujeto a la aprobación de las autoridades que regulan el impacto ambiental provisional."

Cabe señalar, que el Acta de recepción provisoria de los bienes nacionales y extranjeros en la Planta de Villeta, conforme a la cláusula 8-I y 8-II del Contrato, data del 30/11/2016, con el cual se constata que ya se encuentra la Planta de Secado de puzolana con sus equipos principales y auxiliares montados en la Planta de Villeta y en prueba de funcionamiento de acuerdo con el anexo 1, ítem 2 del contrato, alcance de la propuesta técnica.

Que, en fecha 7/12/2016, la Gerencia de Proyectos eleva informe técnico N° 7 y 9 respectivamente, y remite ACTA DE RECEPCION DE SERVICIOS N° 058/2016, DE RECEPCION PROVISORIA, manifestando que de acuerdo al avance del proyecto, se constata que ya se encuentra la Planta de Secado de Puzolana con sus equipos principales y auxiliares montados en la Planta de Villeta y en prueba de funcionamiento conforme el avance de la propuesta técnica, aprobando de esta forma la recepción provisoria en lo que respecta a las pruebas de los equipos.

Que, el Contrato en su cláusula 12. PERIODO DE GARANTIA DE LAS INSTALACIONES, establece que: "La garantía técnica de buen funcionamiento de la planta, previsto en el Contrato tendrá vigencia de 12 meses desde la fecha de la certificación de recepción provisional."

INDUSTRIA NACIONAL DEL CEMENTO
Ilborquín Ávila

Al respecto, por Nota de fecha 23/12/2016, la firma Enginnering, comunica que: "debido a las constantes precipitaciones e inconvenientes con el montaje de la balanza dinámica no atribuibles a nuestra empresa, estaremos realizando las pruebas de garantía en el periodo de enero/febrero 2017 a los efectos de la emisión del Acta de Recepción Provisional." (Sic.)

En tal sentido, por Carta Interna PMO N° 162/2016 de fecha 23/12/2016, la Unidad de Proyectos, informa que la firma Enginnering ha presentado una nota en la cual manifiestan que, las pruebas de garantía se estarían realizando entre el mes de enero y febrero del año 2017, a los efectos de su recepción correspondiente.""

Asimismo, la Gerencia UOC hace referencia a la Carta Interna PMO N° 099/16 de fecha 22/09/16, por la cual la Gerencia de Proyectos solicita que "los atrasos que supongan eventos de fuerza mayor durante la ejecución del proyecto, sean analizados al tiempo de efectuar el pago del ultimo Hito establecido en el contrato, con el fin de valorar las causales no imputables al Contratista, o en caso contrario, definir las penalidades que correspondan ser aplicadas."

Por todo lo señalado, y en base a los términos de la cláusula 12 del Contrato, la Gerencia de la UOC, solicita parecer legal, respecto a la posibilidad de prórroga de vigencia del Contrato hasta el 28/2/2018, tiempo estimado de culminación del proyecto según la Gerencia responsable. Asimismo, solicita análisis legal en cuanto a la procedencia de que los atrasos que supongan eventos de fuerza mayor, no imputables a la contratista, que surjan durante la ejecución del proyecto, sean analizados al tiempo de pago del ultimo hito establecido en el contrato, para la aplicación de las sanciones que correspondan, en su caso.

ANALISIS LEGAL

Que, la Gerencia de la UOC, en base al informe PMO 162 de fecha 23/12/2016 de la Gerencia de Proyectos, realiza un relatorio del estado de ejecución del Contrato Principal INC N° 030/2015 convenido entre la Industria Nacional del Cemento y la Firma Engineering S.A., en el marco del proceso de Licitación Pública Internacional N° 51/2015 "PROVISIÓN, MONTAJE Y PUESTA EN MARCHA DE LA NUEVA PLANTA DE SECADO DE PUZOLANA EN LA PLANTA INDUSTRIAL DE VILLETA", y en base al pedido realizado por la Gerencia de Proyectos, solicita parecer legal sobre prorroga de vigencia contractual y eventuales atrasos incurridos por causales de fuerza mayor, no imputables a la contratista.

Que, ante la situación expuesta y a fin de analizar la correspondencia o no del requerimiento formulado, esta Asesoría Legal pasará a examinar los elementos que han arrimado para tal efecto.-

Que, en virtud a lo establecido en la Cláusula Sexta del Contrato, originalmente la vigencia ha sido convenida por un plazo de 300 días a partir de la firma del mismo, es decir, hasta el 11/07/2016 y con un plazo de ejecución de 270 días, es decir, hasta el 11/06/2016 Posteriormente, y en base a informes de la Gerencia de Proyectos, la Máxima Autoridad de la Institución, a través de la Resolución PR N°486/16 del 06/06/2016, ha autorizado la prórroga del plazo de entrega hasta el 25/09/2016 y la vigencia hasta el 31/12/2016, lo cual fue formalizado a través de las Adendas N° 110/16 y N° 110A/16 de la misma fecha.

Que, la Cláusula 10. INSPECCIONES Y PRUEBAS, *infine*, establece que: "El periodo de validez de la Garantía será (un) 1 año. Para fines de la Garantía, el (los) lugar (es) de destino (s) final (es) será (n): Planta Industrial de Villeta".

11. RECEPCION PROVISIONAL: La INC expedirá el certificado de recepción provisional conforme a las estipulaciones del contrato siempre y cuando las garantías de producción, calidad, rendimientos y consumos específicos hayan sido satisfechas en relación a los datos garantizados. Asimismo la Contratista deberá dar previo cumplimiento a las garantías de buen funcionamiento de todos los equipos, instalación en general, control ambiental, este último sujeto a la aprobación de las autoridades que regulan el impacto ambiental provisional.

12. PERIODO DE GARANTIA DE LAS INSTALACIONES: La garantía técnica de buen funcionamiento de la planta, previsto en el Contrato tendrá vigencia de 12 meses desde la fecha de la certificación de recepción provisional.

13. RECEPCION DEFINITIVA: La INC otorgara el certificado de recepción definitiva por todos los suministros al final del periodo de garantía siempre y cuando se hayan levantado todos los reclamos interpuestos por la INC si las hubiere. Este certificado permitirá a la Contratista solicitar la devolución de la garantía del fiel cumplimiento.

Que, la cláusula 8 FORMA DE PAGO, estipula que el pago del HITO 5, correspondiente al 5%, se realizara contra la aceptación de la INC de la recepción final de los bienes o servicios en la Planta Industrial de Villeta.

Que, el **art.55° de la Ley N°2051/03**, expresa: **DERECHOS DE LOS CONTRATANTES**: "Las contratantes gozan de los siguientes derechos: .....**b)** a modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere merito....". Las resoluciones adoptadas por las contratantes en ejercicio de estas prerrogativas, se ejecutarán de inmediato.".

En ese sentido, en primer término se debe señala que "la finalidad esencial de la Administración es la de satisfacer las necesidades públicas"[1];

Asimismo se puede definir el interés público, como el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos. El mismo es equiparable al interés general, al interés colectivo, de una sociedad, o de una región determinada. Estas nociones, que particularizan aspectos colectivos componen una nómina de inquietudes, necesidades, disposiciones, que son compartidas por la enorme mayoría de los sujetos de derecho en una colectividad, y que se dirigen hacia un fin principalmente, colectivo. La comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos

Es categórico que los proyectos llevados hoy en día adelante por la INC revisten un notable interés público ya que estamos hablando de una modernización integral de las Plantas fabriles de Vallemi y Villeta, adecuación de los proceso de producción, reducción de costos, aumento de la capacidad de producción, mayores controles en los procesos producción, mayor fiabilidad de marcha de las plantas entre otras cosas. Dicha modernización por ende traerá aparejada numerosos beneficios para el País y los paraguayos en general, traducidos en reducción de precio, abastecimiento constaste del mercado y fin de la especulación de precios entre otras cosas.

INDUSTRIA NACIONAL DEL CEMENTO
César Mallorquín Ávila
Abogado - Mat. 11.526
Asesor Legal

Tenemos entonces que existe un interés público debidamente acreditado el cual fue señalado en párrafos anteriores, así como la normativa (**art.55° de la Ley N°2051/03)** que permite llevar adelante las modificaciones necesarias para satisfacer dicho interés.-

Es importante señalar que el llamado de referencia, cuenta con contrato vigente, y que las modificaciones planteadas por la Gerencia de Proyectos, no vulneran los derechos de las partes, ni mucho menos se otorgan condiciones más ventajosas a las establecidas originalmente, considerando que las incidencias que han ocurrido durante la ejecución del contrato y que han dado lugar a las modificaciones realizadas anteriormente, han sido debidamente comprobadas y justificadas por las áreas pertinentes.

Así mismo, el área de Proyectos y la firma contratista señalan que las pruebas de garantía serán realizadas dentro del periodo Enero/Febrero 2017, a los efectos de la Recepción Provisional del Contrato, el cual contempla un periodo de garantía de 12 meses a fin de proceder a la Recepción Final del Proyecto y posterior pago del saldo conforme al porcentaje estipulado.

Con relación a los eventos de causa mayor o caso fortuito que pudieran surgir, durante la ejecución del proyecto, tenemos que el Art. 426 del Código Civil Paraguayo, establece 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, el art. 78 de la Ley N° 2051/03 establece que: Artículo 78.- EXIMIENTES 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.

Se puede señalar además la doctrina que considera que "Fundamentalmente, la fuerza mayor se concreta en un acontecimiento ajeno a la persona que la invoca y ajeno asimismo a la voluntad de tal persona. Dicho acontecimiento implica un obstáculo para que el obligado cumpla sus obligaciones[2]."

A la luz de cada una de las consideraciones expuestas esta Asesoría concluye que jurídicamente no habría reparos a fin de proceder a la prórroga de vigencia del Contrato INC N° 030/2015 suscripto con la firma ENGINEERING S.A.EC.C.O, hasta el 28/02/2018, sujeto a la prórroga de vigencia de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato. Con respecto a las eventuales causales de fuerza mayor que pudieran surgir durante la ejecución del contrato y que generen atrasos en el cronograma de entregas aprobado, y conforme a la normativa y la doctrina, podrán ser analizados puntualmente al tiempo del cierre del contrato y al momento del pago del último Hito establecido. No obstante, esta Asesoría legal recomienda, que el área de Proyectos junto con la fiscalización, eleve informes periódicos documentados, a la UOC a fin de precautelar los altos intereses de la Institución.

Cualquier modificación al contrato deberá ser previamente autorizada por Resolución de la Máxima Autoridad y formalizada por Adenda entre las partes, para su posterior comunicación a la DNCP.