Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

SIMESE: 107.973/2023

DICTAMEN A.J. D.G.G.I.E.S. N° 98/2023.

A : **DR. DERLIS LEÓN, Director General**
Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud

DE : **ABG. LILIANA MENDIETA PATIÑO, Asesora Jurídica**
Asesoría Jurídica – D.G.G.I.E.S.

REF. : **Nota presentada por la empresa BIOTENG S.A. en el marco de la LPN N° 02/2022 *"ADQUISICIÓN DE INSUMOS MEDICOS VARIOS PARA LA RED HOSPTILARIA DEL MSPBS"* - PLURIANUAL - ID N° 405.762 – Solicitud de Prórroga.-**

FECHA : **05 de Julio de 2023.-**

VISTO el Memorándum SEC N° 629/2023 presentado en fecha 05/07/2023, en el marco de la LPN N° 02/2022 *"ADQUISICIÓN DE INSUMOS MEDICOS VARIOS PARA LA RED HOSPTILARIA DEL MSPBS"* - PLURIANUAL - ID N° 405.762, se trajo a estudio el expediente intitulado en la referencia, al efecto de emitir parecer jurídico sobre la prorróga solicitada por la empresa BIOTENG S.A, para la entrega del ítem 35 FILTRO PARA VENTILADOR PULMONAR, descrito en la Orden de Compra N° 24.350.

La contratista, conforme a la nota obrante a fs. 22/23 de autos, de fecha 21/06/2023, solicita prórroga de entrega y exoneración de las penalidades contractuales por motivos de fuerza mayor, según la comunicación efectuada por su proveedor EUROQUIMICA S.A. en la nota de fecha 20/06/2023 que expresa cuanto sigue:,: *"Mediante la presente comunicamos que hemos consultado a nuestro proveedor agente de carga CYM CARGO la situación del producto FILTRO ANTIBACTERIANO PARA VENTILADORES, el cual nos manifestó que debido a las altas demandas en la embarcación del puerto de origen (SHANGHAI), el producto recién logro zarpar el 17/06/2023 y que la fecha estimada de llegada a Asunción seria el 07/09/2023. Por lo tanto según lo mencionado más arriba y por motivos de fuerza mayor la fecha de entrega del producto FILTRO ANTIBACTERIANO PARA VENTILADORES será a más tardar el 15/09/2023"* (Sic). En ese contexto, solicitan la prórroga de la Orden de Compra N° 24.350 hasta el 15 de septiembre del corriente año.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en que para reunir las condiciones exigidas bajo el caso fortuito o fuerza mayor el acontecimiento debe ser: (I) ajeno o extraño a la persona del deudor, (II) imprevisible y sobreviniente a la constitución de la obligación contractual, (III) subsistente a la época en que ella debe cumplirse -es menester señalar que el hecho o acontecimiento que afecta el cumplimiento de la obligación debe ser presente y no tratarse de una simple amenaza-, (IV) el hecho o acontecimiento debe hacer imposible el cumplimiento de la obligación, (V) el deudor no debe encontrarse en mora en el momento en el que se configura el evento de caso fortuito o fuerza mayor -salvo que ésta también haya acaecido por fuerza mayor-, y (VI) la parte que pretenda invocar este eximente de responsabilidad deberá actuar de buena fe, y adoptar medidas necesarias para mitigar los efectos dañosos derivados del acontecimiento.

AJ/LM/IC

Las Condiciones Contractuales con respecto a la Fuerza Mayor textualmente reza: "*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. 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*".

La Ley Nº 2051/2003 "*DE CONTRATACIONS PÚBLICAS*", contempla la *FUERZA MAYOR* como eximiente de responsabilidad según lo preceptuado en el art. 78, que en lo atinente dispone: "*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 de-nuncia de las autoridades*".

Asimismo, el Código Civil Paraguayo, de aplicación supletoria conforme al art. 8 de la Ley Nº 2051/ 2003, se ocupa de la figura mencionada conforme al art. 426 donde 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*".

La Orden de Compra N° 24.350 fue receptada por la recurrente en fecha 07/06/2023, teniendo un plazo de 15 días corridos para cumplir la entrega del producto descrito en dicha orden de compra, vale decir, como fecha limite hasta el 22/06/2023. La solicitud de prórroga fue presentada en fecha 21/06/2023, ajustandose a la formalidad exigida en las condiciones contractuales, por lo que la cuestión de fondo se encuentra expedita para su estudio según la normativa aplicable.

La fuerza mayor se refiere a eventos imprevisibles e inevitables que están fuera del control humano y que impiden el cumplimiento de un contrato. El nexo causal en la fuerza mayor se refiere al vínculo necesario entre la causa del evento o circunstancia que impide el cumplimiento del contrato y la imposibilidad resultante de cumplir con las obligaciones del mismo. En otras palabras, el nexo causal en la fuerza mayor se refiere a demostrar que la causa del evento o circunstancia es la única y directa responsable de la incapacidad de cumplir con el contrato.

En el sub examine, se ha producido un evento imprevisto e inevitable que ha afectado directamente la ejecución del contrato. Este evento se refiere al retraso en la salida del puerto origen del producto solicitado, debido a demoras en los buques fluviales de exportación, ocasionadas por una alta demanda, según se desprende de las instrumentales agregadas a fs. 20 y 21.

AJ/LM/IC

El retraso aludido ha generado un efecto directo sobre la programación y los plazos previstos en el contrato de provisión. La imposibilidad de cumplir con el plazo contractual inicialmente acordado se origina directamente en la demora en el transporte marítimo, lo que evidencia un nexo causal entre el evento de fuerza mayor y el incumplimiento del plazo establecido.

Es importante destacar que el cumplimiento del plazo contractual está supeditado a factores externos y ajenos al control de la parte contratante. La alta demanda y las demoras en el transporte marítimo fluvial son eventos imprevisibles e inevitables, que escapan al control y a la esfera de influencia de la recurrente. Por tanto, la relación de causalidad se encuentra claramente establecida entre el evento de fuerza mayor y la incapacidad de cumplir con el plazo contractual estipulado en la Orden de Compra N° 24.350.

Por tanto, para esta Asesoría Jurídica, en mérito de las consideraciones que anteceden y con arreglo a las disposiciones legales citadas, se acredita la causal invocada como fuerza mayor para el otorgamiento de la prórroga solicitada por la firma BIOTENG S.A. para la entrega del producto individualizado como ítem 35 FILTRO PARA VENTILADOR PULMONAR, consignado en la Orden de Compra N° 24.350, en el lapso comprendido desde el 23/06/2023 hasta la fecha 15/09/2023. No obstante, en el caso de entregas ulteriores al plazo citado precedentemente, deberán aplicarse las penalidades previstas en el Contrato Abierto Nº 835/2023.

Es oportuno aclarar que la naturaleza jurídica de los dictámenes emitidos por la Asesoria Juridica de la DGGIES no revisten carácter de vinculantes. Al respecto, debe dejarse en claro que EL DICTAMEN JURIDICO ES UN "*PARECER TECNICO DE UN ABOGADO SOBRE UN CASO QUE SE CONSULTA, QUE SE CONCRETA POR ESCRITO*" (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, de Manuel Ossorio).

Por su parte, el "Diccionario Juridico Espasa, Edic. Espasa Calpe, respecto de los DICTÁMENES dice: "*No son fuente del derecho en sentido formal, dado que carecen de exigibilidad jurisdiccional por los particulares. Actúan como instrumentos de coordinación ayudando a una cierta armonización de legislaciones*". En ese sentido, LOS DICTÁMENES JURÍDICOS EMITIDOS POR ESTA ASESORIA JURIDICA , SON OPINIONES TÉCNICO-JURIDICOS.

Conforme enseña ROBERTO DROMI, en su reconocida obra "Derecho Administrativo", el Dictamen es "*...un simple acto de la Administración y es la forma juridica más común de manifestación de la actividad consultiva... El dictamen es un acto Juridico unilateral de la Administración, con efectos mediatos, indirectos, reflejos. Como acto jurídico de la Administración, el dictamen no obliga, en principio, al órgano ejecutivo, ni extingue o modifica una relación de derecho con efecto respecto a terceros, sino que se trata de una declaración interna, de juicio u opinión, que forma parte del procedimiento administrativo en marco. (Pag. 293 y sgtes.)*. El citado tratadista aclara en la materia que: "*Los dictámenes son actos jurídicos de la Administración emitidos por organos competentes que constituyen opiniones e informes técnicos-jurídicos preparatorios de la voluntad administrativa... Los pareceres o dictámenes que emite el órgano consultivo no los hace de oficio ni espontáneamente, sino siempre a solicitud o requerimiento de un órgano activo de la Administración*". *Los caracteres jurídicos se resumen en a) indelegable, b) preparatorio. c) irrevocable y d) irrecurrible y precisa que (el subrayado y mayúsculas son nuestros): "<u>EN MATERIA DE DICTAMENES, LA RESPONSABILIDAD RECAE EN EL ORGANO ACTIVO QUE EMITE LA RESOLUCIÓN FINAL; COMO</u>*

Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

REGLA COMUN EL ORGANO CONSULTIVO CARECE DE RESPONSABILIDAD... (Pag. 296 y sgtes).

En virtud de lo expuesto, el Administrador del Contrato se encuentra facultado legítimamente para llevar a cabo las diligencias administrativas que estime pertinentes, conforme al tenor del criterio sustentado por esta Asesoria Jurídica o inclusive, adoptar una posición diametralmente opuesta, sin que ello afecte su responsabilidad, en el hipotético caso de incorrección en la aplicación de normas legales o administrativas. Destacamos que, independientemente de la emisión de un dictamen favorable por parte de esta Asesoría Jurídica, la determinación final corresponderá exclusivamente al órgano competente encargado de emitir el acto administrativo correspondiente.

La Dirección Administrativa de la DGGIES notificará al proveedor la decisión del Administrador del contrato respecto a la solicitud de prórroga. **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.

Visto Bueno Dr. Derlis León, Director General DGGIES - MSPYBS	

MSPBS - DGGIES - DIRECCION ADMINISTRATIVA
Fecha: 12 JUL 2023 Simese N°: 107973
Hora: 09:18 Firma: Rosana
- [ ] Dirección de Planificación
- [ ] Dirección de Gestión Logística
- [ ] Dirección de Biomédica
- [ ] Coordinación
- [ ] Dpto. Administrativo
- [ ] Dpto. de Finanzas
- [ ] Asesoría Jurídica
- [ ] Asesoría y Asistencia Técnica
- [ ] Unidad de Control Interno
- [x] Dpto. de Contrataciones
- [ ] Dpto. de Reactivos

Lic. Oscar A. Noldin Núñez
Director Administrativo
DGGIES - M.S.P.y B.S.

AJ/LM/IC