Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

SIMESE: 105156/2022

DICTAMEN A.J. D.G.G.I.E.S. N° 75/2022.

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

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

REF. : **Dictamen sobre Nota presentada por la empresa PROSALUD FARMA S.A. en el marco de la LPN N° 95/2021 "ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS E INSUMOS PARA EL PROGRAMA NACIONAL DE DIABETES DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL" PLURIANUAL ID N° 403.421 CONTRATO ABIERTO N° 261/2022 SOBRE ACREDITACIÓN DE CAUSAL DE FUERZA MAYOR.**

FECHA : **29 de junio de 2022.-**

A través del Memorándum SEC N° 671/2022, la Dirección Administrativa solicita parecer jurídico en virtud a la nota ingresada el 21/06/2022 con SIMESE N° 105156 por la empresa PROSALUD FARMA S.A. que en el marco de la LPN N° 95/2021 "ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS E INSUMOS PARA EL PROGRAMA NACIONAL DE DIABETES DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL" PLURIANUAL ID N° 403.421 CONTRATO ABIERTO N° 261/2022, solicita prórroga en el plazo de entrega de la OC N° 18657 ÍTEM N° 12 LANCETA PARA DISPOSITIVO DE PUNCION a más tardar para el 31/08/2022 y la exoneración de las penalidades contractuales, en atención a lo informado por el agente de carga CYM CARGO SRL acerca de inconvenientes causados en la coordinación del embarque debido a la falta de espacio disponible en origen (Shanghai) por la falta de salidas de buques con destino a Latinoamérica y cuyo arribo a Asunción se estima para el 20/08/2022.

La nota señala cuanto sigue:

> **ANAHI CASTRO GAUTO,** en representación de la firma **PROSALUD FARMA S.A.**, se dirige a usted a fin de manifestar cuanto sigue:
>
> Hemos recibido notificación de la emisión de la orden de compra N° 18657, emitida en el marco de ejecución de la licitación de referencia, en ella, el MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL solicita la provisión del producto **LANCETAS DESECHABLES**, en la cantidad de 200.000 unidades.
>
> En atención al vencimiento de la orden de compra, hemos solicitado al agente de carga CYM CARGO el status del producto y en respuesta a ello, nos ha manifestado lo siguiente: *"Por la presente nota, queremos hacerle llegar nuestras disculpas por los inconvenientes causados en la coordinación del embarque que dice contener el producto: 500.000 unidades de Lancetas desechables entre otros. Los productos más arriba mencionados se encontraban en nuestro depósito en origen (SHANGHAI) para su despacho desde la quincena del mes de mayo. Debido a la falta de espacio disponible en estos últimos meses y actualmente en origen por la falta de salidas de buques con destino Latinoamérica, el producto embarco el 13/06/2022 en origen y se estima que estará llegando a destino final Asunción el 20/08/2022..."*
>
> En este punto es conveniente mencionar que el único motivo de retraso en el que incurrirá mi principal lo constituye el acaecimiento de una situación de fuerza mayor. Por causa mayor se entiende una circunstancia que, por no poder ser prevista o evitada, imposibilita absolutamente para el cumplimiento de una obligación. Se trata pues de una circunstancia inevitable e imprevisible que obliga a cierta cosa y que escapa al ámbito de posibilidad de gestión de una persona, en este caso de PROSALUD FARMA S.A. Entenderá el proveyente tan bien como nosotros, que nuestra firma no se ha encontrado jamás en la posibilidad de hacerse siquiera la idea de que el agente de carga (CYM CARGO) se encontrara retrasado y no pudiera cumplir con los plazos pactados inicialmente. Entonces, claramente se subsume la circunstancia en que nos encontramos en la teoría de la fuerza mayor, ya que como se explicara, mi representada no ha tenido conocimiento del impedimento en la provisión en tiempo y forma del producto en cuestión por parte del agente de carga debido a cuestiones de falta de espacio y disponibilidad de buques con salida a Latinoamérica y aun habiendo eventualmente tenido conocimiento de estas circunstancias, no habría podido evitar la situación en la que hoy se

Ministerio de SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL
DGGIES
FECHA 30 JUN 2022 SIMESE N° 105156

DEPENDENCIAS		DEPENDENCIAS	
X	DIRECCION ADMINISTRATIVA		ASESORIA JURIDICA
	DIRECCION DE PLANIFICACION Y USO RACIONAL		ASESORIA Y ASISTENCIA TECNICA
	DIRECCION DE GESTION DE LOGISTICA		UNIDAD DE CONTROL INTERNO
	DIRECCION DE BIOMEDICA		REACTIVOS Y LABORATORIO
	COORDINACION		DPTO. PROGRAMAS
	INFORMATICA		DPTO. GASES Y OXIGENO

LIHARA SCHÄFER
SECRETARIA GENERAL
DGGIES - MSP y BS

A D. Administrativa a sus

Dr. Derlis E. León S.
Director General
DGGIES - MSP y BS

Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

encuentra. Queda claro que la responsabilidad en la demora en la provisión no es imputable a Prosalud Farma S.A., sino que cae en un ámbito ajeno a su conducta.

Que, con relación a la *fuerza mayor y/o Caso Fortuito el Código Civil Paraguayo establece: "Art. 426.- El deudor no será responsable de los daños e intereses que se 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, para el conocido tratadista argentino GUILLERMO A. BORDA, en su obra *"Manual de Obligaciones"*, Octava Edición Actualizada, Editorial Perrot, Bs. As. – Argentina, Año: 1986, la fuerza mayor o caso fortuito tiene los siguientes caracteres: *"...a) Debe tratarse de un hecho imprevisible... b) Que sea irresistible o inevitable..."* (pág. 89).

Que, por su parte el no menos conocido autor, de la misma nacionalidad, ROBERTO DROMI, en su libro *"Derecho Administrativo"*, 11° Edición, Editorial Ciudad Argentina, Bs. As. – Argentina, Año 2006, dice: *"La fuerza mayor se concreta en un acontecimiento ajeno a la persona que la invoca. Este acontecimiento implica un impedimento para que el obligado cumpla sus obligaciones. El "acontecimiento" debe reunir ciertos caracteres para ser considerado fuerza mayor o caso fortuito y por ende eximir la responsabilidad al obligado. Debe ser: a) exterior, ajeno a la persona obligada y a su voluntad; b) imprevisible, es decir, que no puede ser razonablemente considerado por el contratante en el momento de celebrar el contrato; también se califica al efecto de "extraordinario", presentándoselo como "anormal"; c) inevitable, "irresistible", según algunos, o "insuperable" por el contratante, y d) actual"* (pág. 550).

Que, según se lee en la nota de fecha 23 de abril de 2020, remitida por la Directora Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones y la Jefa de Consultas, a la Cámara de Representantes e importadores de Productos Farmacéuticos, tocador, Domisanitarios y afines (CRIPFA) *"...si la inejecución se debe a un evento extraño a la voluntad del proveedor y no atribuible a una conducta culposa del mismo, estamos ante un caso de imposibilidad de cumplimiento de la prestación, que tiene por consecuencia liberar a las partes del vínculo obligacional. En este sentido, el Art. 78 de la Ley N° 2051/03 expresa: Eximentes 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. En concordancia, la (CGC) 32.2, Condiciones Generales de Contrato indica: 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. Es por ello, que se entiende que el principio de continuidad en la ejecución de los contratos administrativos no es absoluto, pues admite excepciones que deben ser interpretadas, como toda excepción, en forma restrictiva. Enseña Marienhoff que las excepciones son dos: "la fuerza mayor" y el "hecho de la Administración".*

Vale decir, la FUERZA MAYOR no imputable al proveedor, es una eximente de responsabilidad. Más aún que el presente pedido se formula en tiempo y forma. Según lo señala la Ley 2051/03 "de Contrataciones Públicas" y doctrinas concordantes.

Que, conforme a lo expuesto precedentemente, les solicitamos:

1) **El OTORGAMIENTO** de una prórroga en el plazo de entrega de la orden de compra **N° 18657** a más tardar para el **31/08/2022.-** En atención a los acontecimientos ocurridos con el agente de carga y a los tiempos de despachos y acondicionamiento del producto para su posterior entrega.

2) **LA EXONERACIÓN** de las penalidades contractuales (aplicación de multas y rescisiones) hasta la fecha indicada en el párrafo anterior.

En espera de una pronta y favorable respuesta, le saludo con mi más alta estima y consideración.

(SIC)

En fecha 20/06/2022 la transportadora nacional CYM CARGO SRL, informa los inconvenientes en la coordinación del embarque del producto cuya fecha estimada de llegada a Asunción es el 20/08/2022. Se anexa en autos la fotocopia autenticada de la misma

Por la presente nota, queremos hacerle llegar nuestras disculpas por los inconvenientes causados en la coordinación del embarque que dice contener el producto: 500.000 unidades de Lancetas desechables entre otros.

Los productos más arriba mencionados se encontraban en nuestro depósito en origen (SHANGHAI) para su despacho desde la quincena del mes de mayo. Debido a la falta de espacio disponible en estos últimos meses y actualmente en origen por la falta de salidas de buques con destino Latinoamérica, el producto embarco el 13/06/2022 en origen y se estima que estará llegando a destino final Asunción el 20/08/2022.

Todas las partes interesadas, estamos haciendo todo lo posible para que se pueda solucionar éste problema a la mayor brevedad posible, y que la carga siga su curso normal hacia su destino final, en este caso Asunción.

Esperando seguir contando con vuestro apoyo, le saluda atentamente.

(SIC)

Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

PROSALUD FARMA S.A. solicita el reconocimiento de fuerza mayor para la prórroga a más tardar hasta el 31/08/2022 para la entrega de la OC N° 18657 así como la exoneración de las penalidades contractuales, en atención a lo informado por el agente de carga CYM CARGO SRL sobre los inconvenientes causados en la coordinación del embarque debido a debido a la falta de espacio disponible en origen (Shanghai) por la falta de salidas de buques con destino a Latinoamérica.

Este hecho externo, invocado como causal de fuerza mayor, y que no está supeditada a la voluntad, descuido o negligencia de la empresa PROSALUD FARMA S.A. puede ser considerado como una causal de fuerza mayor. Se acredita documentalmente en autos la causal invocada por el proveedor al adjuntarse la nota de la empresa transportadora nacional CYM CARGO SRL, donde explica el motivo de la falta de provisión del producto a la empresa PROSALUD FARMA S.A.-

La normativa aplicable sobre la fuerza mayor esta sostenida en el Código Civil, en la Ley 2051/03, en el Pliego de Bases y Condiciones que señala el de este llamado cuanto sigue:

> Fuerza mayor
> 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 mismo. 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 siete (7) días calendario sobre dicha concición 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.

(SIC).

La ley de Contrataciones Públicas en su Art. 63 dispone: *Convenios modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios Las Unidades Operativas de Contratación (UOC) podrán, dentro de su presupuesto aprobado y disponible, bajo su responsabilidad y por razones fundadas y explícitas, acordar el incremento en la cantidad de bienes solicitados mediante modificaciones a sus contratos vigentes, dentro de los doce meses posteriores a su firma, siempre que el monto total de las modificaciones no rebase, en conjunto, el veinte por ciento del monto o cantidad de los conceptos y volúmenes establecidos originalmente en los mismos y el precio unitario de los bienes sea igual al pactado originalmente, pudiéndose aplicar los ajustes de precios de conformidad con las fórmulas establecidas en los pliegos concursales respectivos. Tratándose de contratos en los que se incluyan bienes o servicios de diferentes características, el porcentaje se aplicará para cada partida o concepto de los bienes o servicios de que se trate. Cualquier modificación a los contratos deberá formalizarse por escrito por parte de las contratantes y los instrumentos legales respectivos serán suscritos por el funcionario o empleado público que lo haya hecho en el contrato original o quien lo sustituya o esté facultado para ello. Queda prohibido realizar modificaciones contractuales que se refieran a precios, anticipos, pagos progresivos, especificaciones y, en general, cualquier cambio que implique otorgar condiciones más ventajosas a un proveedor comparadas con las establecidas originalmente.*

El Decreto N° 2992/2019 dispone en su Artículo 96. Convenios modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios. Los convenios modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios se sujetarán a lo dispuesto en la reglamentación establecida por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP). La restricción de realizar convenios modificatorios dentro de los doce (12) meses posteriores a la firma del contrato, se refiere únicamente a los contratos de provisión de bienes cuando se requiera el incremento de la cantidad requerida, pudiéndose realizar las demás modificaciones permitidas en la Ley, siempre que el contrato se encuentre vigente.

Es menester traer a colación lo dispuesto en el Código Civil Paraguayo, que en su art. 426 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*".

Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud
Asesoría Jurídica

Que conforme a la Resolución SG N° 64/2022 se aprueban los lineamientos para la elaboración y presentación del Programa Anual de Contrataciones PAC 2022 y la programación de la ejecución del presupuesto correspondiente al ejercicio fiscal 2022 y en el Anexo II se señala las competencias para la programación de los llamados, las UOC y Sub UOC, siendo la Dirección Operativa de Contrataciones competente en materia de compras púbicas siendo esta Dirección la UOC para los llamados y procesos (amparados por la Ley N°2051/2003 y concordantes) solicitados por la Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud.

Respecto a la reglamentación del procedimiento para la Prorroga la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas a través de su Resolución DNCP N° 1807 de fecha 31/05/2022 comunicada a esta Asesoría Jurídica en fecha 24/06/2022 señala:

Artículo 2°. Modificación.

El inciso i) del Artículo 71 de la Resolución DNCP N° 5695/2019, quedará redactado de la siguiente forma:

"i) **Prórroga del plazo de ejecución contractual**. Desplazamiento del cómputo del cronograma o plazo de ejecución contractual, reconocido por la contratante, cuando existieren motivos debidamente justificados que demuestren la imposibilidad de ejecutar el contrato durante el periodo de tiempo indicado. El desplazamiento de la ejecución contractual debe ser equivalente al periodo durante el cual el contratista, proveedor o consultor no pudo ejecutar el contrato por motivos que no le resultan imputables."

Artículo 7°. Comunicación. Requisitos documentales.

Las convocantes deberán comunicar las prórrogas y suspensiones a través del Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP) en un plazo de hasta diez (10) días hábiles posteriores al otorgamiento de las mismas, acompañando los siguientes documentos:

a) Documento que acredite la designación realizada de conformidad al Art. 4° de la presente resolución;
b) Dictamen técnico y legal que explique los motivos y exponga los fundamentos y justificaciones de la prórroga o suspensión;
c) Documento debidamente suscripto por la persona competente en los términos de los Arts. 3° y 4° de la presente resolución, a través del cual, se reconozca la prórroga o la suspensión de los plazos contractuales, según corresponda;
d) Notificación al proveedor, consultor o contratista del reconocimiento de la prórroga o suspensión;
e) Cualquier documentación adicional requerida por la DNCP.

Artículo 8°. Adenda contractual.

Cuando la prórroga o suspensión de los plazos de ejecución contractual ocasione la modificación de datos contenidos en las bases y condiciones del pliego correspondiente al procedimiento de contratación, la convocante deberá emitir una adenda contractual, conforme lo previsto en la reglamentación vigente.

Artículo 9°. Responsabilidad de las convocantes.

Las convocantes son exclusivamente responsables de la validez, contenido e integridad de los documentos comunicados a la DNCP, correspondientes a las prórrogas y suspensiones otorgadas en el marco de la ejecución de los contratos, así como de la regularidad del control, seguimiento y ejecución de las garantías contractuales, hasta la finalización de cada contrato.

(SIC)

La Dirección Operativa de Contrataciones emite la Circular DOC N° 02/2022 que establece los lineamientos de aplicación de la Resolución DNCP N° 1807/2022.

El Estado tiene el deber de garantizar el acceso a la Salud conforme a lo dispuesto en el Art. 68 de la Constitución Nacional, y a fin de dar cumplimiento a dicho deber las empresas proveedoras deben arbitrar mecanismos a fin de dar cumplimiento a la entrega de reactivos, medicamentos, insumos y equipos médicos que le fueran adjudicados para evitar el desabastecimiento en los servicios de salud pública.

Para esta Asesoría Jurídica se acredita la causal invocada para el pedido de prórroga. Se deja a consideración del Administrador del contrato el reconocimiento de la prórroga solicitada mediante nota a ser tramitada por la Dirección Administrativa conforme a la Resolución DNCP N° 1807/2022 y Circular DOC N° 02/2022.

La Dirección Administrativa deberá elevar los autos a la Dirección Operativa de Contrataciones conforme a la Circular DOC N° 02/2022, Art. 7 y concordantes de la Resolución DNCP N° 1807/2022. **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.

V°B°