MEMORANDO GUJ.DAJUR N° 8/2023

A : GERENCIA DE TECNOLOGIA DE LA COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN

DE : UNIDAD JURÍDICA

REF : EXP-2022-012144POR NOTA DE LA FIRMA CALTEC S.R.L. EN LA QUE SOLICITA PRÓRROGA DEL PLAZO DE ENTREGA DE LOS BIENES ADJUDICADOS EN EL MARCO DEL CONTRATO 106/2021.

FECHA : 20/01/2023.

Objeto

Por Memorando GTIC N°325/2022, la Gerencia de Tecnología de la Información y Comunicaciones (en adelante, GTIC) solicitó nuestra opinión jurídica en el presente caso, a fin de continuar con los trámites administrativos correspondientes.

Antecedentes

En primer lugar, es menester señalar que, por virtud de los términos del Contrato N° 106/2021 de fecha 07/12/2021, derivado de la LPN N°98/2021, la firma CALTEC S.R.L. asumió la obligación de proveer "EQUIPOS DE ENERGÍA ININTERRUMPIDA PARA DATACENTER SITIO ALTERNO", correspondientes al Lote N° 2. De conformidad con lo establecido en la cláusula N° 8 y su remisión al PBC, la entrega de los bienes debía materializarse dentro de los 120 días calendarios
posteriores a la firma del instrumento, es decir, el plazo feneció el 06/04/2022.

Antes del vencimiento de dicho plazo, concretamente el 31/03/2022, el proveedor solicitó el otorgamiento de una prórroga del plazo originalmente pactado para la entrega de los bienes, alegando causa de fuerza mayor, ajena a CALTEC S.R.L., debido a que el fabricante de las baterías "RAYTHUNDER" comunicó que las mismas fueron fabricadas en el tiempo estipulado, pero tuvieron demoras para la salida debido al cierre de uno de los mayores puertos contenedores del mundo, Shenzhen en la provincia de Guangdong de China, junto al puerto de Shanghái, a consecuencia de la pandemia del COVID-19, afectando las cadenas de suministro global e indican fechas tentativas de arribo.

La mencionada solicitud tuvo recepción favorable por parte del área administradora del contrato y la UOC.

Posterior a ello, la firma entregó los bienes contratados. Sin embargo, tras la instalación y verificación de los mismos, se requirió a la proveedora el cumplimiento acabado de las disposiciones técnicas del PBC; por tal motivo, la misma se comprometió a entregar elementos adicionales necesarios para el óptimo funcionamiento de los mismos.

Por nota GTIC-GPL de fecha 20/10/2022, se solicitó la presentación de la documentación del fabricante RIELLO, en virtud a la propuesta realizada y también se

estableció una fecha tope para la entrega, instalación e implementación de los equipos contratados hasta el 12 de diciembre de 2022.

Tras dicho requerimiento, la firma proveedora inició los trámites correspondientes con el fabricante y el transportista de los elementos adicionales necesarios para que ésta pueda cumplir con las exigencias técnicas contempladas en los documentos integrantes de la contratación en cuestión.

Recordemos que el contrato N° 106/202 contempla, en su cláusula séptima, la vigencia del mismo hasta "el cumplimiento total de las obligaciones contractuales". Por tanto, la posibilidad de prorrogarlo es viable.

Volviendo a lo informado por el área administradora del contrato encontramos que, por nota de fecha 02/12/2022, el proveedor manifestó que las partes adicionales estarán listas para embarque el 31/01/2023, según lo referido por el fabricante de los bienes contratados, y que arribarían a nuestro país el 31/03/2023. En ese escenario, el proveedor solicitó la prórroga del contrato hasta el 15/04/2023 para dar pleno cumplimiento al requerimiento antes citado.

El motivo por el que no se daría cumplimiento al plazo indicado por la GTIC, en su rol de administradora del contrato, es "debido a los problemas energéticos a consecuencia de la Guerra entre Rusia y Ucrania, los gabinetes estarían disponibles para su embarque el 31 de enero del 2023", tal como lo señala la nota de fecha 02/12/2022 del proveedor. Sin embargo, no se acompaña documento oficial u oficioso referente a dicha circunstancia.

Ante la solicitud del proveedor, la GTIC, por medio del Memorando GTIC N° 325/2022, en carácter de área administradora del contrato, emitió su parecer favorable al otorgamiento de la prórroga, lo que implicaría la exoneración de eventuales multas correspondiente por atrasos.

Consideraciones

El presente dictamen procederá a analizar la viabilidad de la solicitud en cuestión, a la luz de los antecedentes que acompañan al expediente.

En primer lugar, nos expediremos sobre la solicitud de prórroga contractual. Al respecto, se verifica la comunicación del retraso en la provisión de los bienes, en cuyo caso cabría la aplicación de multas, según las disposiciones contractuales que expresan:

"*MULTAS: Si la Contratante observare atrasos, deficiencias y/o incumplimientos, imputables al Proveedor, en la ejecución de lo contratado en los plazos o formas establecidos por el área administradora del contrato o en el Pliego de Bases y Condiciones, el Contrato o sus eventuales prórrogas, salvo casos fortuitos o de fuerza mayor justificada, será pasible de una multa equivalente al cero coma trescientos treinta y tres por ciento (0,333%) del valor total correspondiente al lote en demora o con deficiencia o con incumplimiento, por cada día de atraso y/o por cada deficiencia y/o incumplimiento.*

La Contratante queda autorizada a deducir estas multas, en forma automática y sin interpelación judicial, de la factura del servicio administrativamente el contrato cuando el valor de las multas supere el monto de la Garantía de Cumplimiento de Contrato. En caso de no rescindir el contrato se seguirán aplicando las multas que fueron establecidas. La aplicación de multas no libera al proveedor del cumplimiento de sus obligaciones contractuales".

Así pues, los atrasos podrían tener como consecuencia la aplicación, o no, de multas, sin que esto libere al proveedor del cumplimiento de sus obligaciones contractuales –como el plazo de entrega-, ni implique la modificación de las condiciones contractuales (ampliación de

plazos). Sin embargo, el proveedor invocó razones externas a su control, lo que configuraría fuerza mayor.

En ese sentido, el art. 71. de la Resolución DNCP 5695/19 POR LA CUAL SE ESTABLECE EL MECANISMO PARA LA COMUNICACIÓN Y DIFUSIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN SUS DIFERENTES ETAPAS expresa: "*i) Prórroga: el desplazamiento del plazo para el cumplimiento de la obligación contractual en el cual los días no trabajados por causas no imputables al proveedor o contratista, debidamente fundados, no se computarán dentro del plazo original de ejecución debido a la imposibilidad temporal de ejecutar la prestación. Dicho plazo será reconocido por la contratante a través de un acto administrativo de la autoridad competente".*

El artículo referido menciona que la imposibilidad temporal de ejecutar el contrato, cuando se funde en fuerza mayor o caso fortuito, será reconocida por la contratante. Esto es concordante con el art. 11 de la Resolución N° 9 Acta 15 del 18 de marzo del 2022 NORMA REGLAMENTARIA - LINEAMIENTOS PARA LOS PROCESOS DE CONTRATACIONES PÚBLICAS DEL BANCO CENTRAL DEL PARAGUAY, que en su parte pertinente expresa: "*En el marco de la ejecución de los contratos u órdenes de compra suscriptos, la prórroga/desplazamiento de los plazos de prestación y/o entrega de los mismos por cuestiones no imputables al Proveedor y/o la aplicación o no de multas a los proveedores o contratistas por atrasos o incumplimientos serán reconocidas por el BCP a través de documento a ser emitido por el área técnica administradora del Contrato*".

Corresponde analizar entonces la viabilidad de no aplicar multas por los retrasos mencionados. Teniendo presente lo expresado anteriormente, nos remitiremos a analizar la viabilidad de la no aplicación de multas al proveedor. Al respecto, el área administradora del contrato (GTIC) otorgó su parecer favorable a la prórroga del contrato, lo que conllevaría exonerar la aplicación de multas al proveedor.

Sobre el punto, de verificarse los eventos imprevisibles y de fuerza mayor referidos (lo que corresponde verificar y validar a la GTIC), la imposibilidad de cumplir con las obligaciones contractuales a cargo del proveedor, no resultaría imputable al mismo.

La situación planteada supone el incumplimiento de las condiciones inicialmente pactadas en la entrega de bienes objeto de la adjudicación del contrato, lo que tendría como consecuencia la aplicación de penalidades contractuales, salvo que tal situación se encuentre motivada en el caso fortuito o fuerza mayor, conforme con lo establecido en el art. 78, sobre eximentes de responsabilidad, en cuyo caso correspondería la exoneración de las multas que pudiesen aplicarse.

Ahora bien, para que pueda considerarse no imputable a la firma el incumplimiento por atrasos en los trabajos por fuerza mayor, corresponde que la firma CALTEC S.R.L. justifique, en debida forma por medio de documentos oficiales u oficiosos, todos los criterios de fuerza mayor alegada establecidos por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas como causal de excusación de responsabilidad para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En los documentos presentados -antes del vencimiento del plazo dado por la GTIC- encontramos los siguientes:

1.- Factura Pro Forma del Fabricante RIELLO UPS de fecha 02 de diciembre de 2022;

2.- Carta del agente de transpote AcGroup World Wide Paraguay S.R.L. de fecha 02 de diciembre de 2022;

De la revisión de los documentos obrantes en el expediente, no encontramos documentos oficiales u oficiosos que ilustren la existencia la causal de fuerza mayor y, de igual modo, la incidencia de la misma en la posibilidad de que la firma proveedora pueda cumplir con sus obligaciones contractuales, en tiempo y forma.

No obstante, corresponde a las áreas afectadas (GTIC y UOC) verificar el impedimento alegado, retrasos por causa de los fundamentos expuestos – guerra entre Ucrania y Rusia – de público conocimiento, con las documentaciones respaldatorias que acrediten dicho impedimento. Las cuales, de ser agregadas a satisfacción de las mencionadas áreas, tornarían aplicables las disposiciones legales sobre exoneración de responsabilidad por eventuales retrasos imputables a dichas causales.

Recordemos que el propio Código Civil Paraguayo, de aplicación supletoria a las disposiciones de la Ley N° 2051/03, establece, en su artículo 426, 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*".

En igual sentido, en el PBC de los documentos aplicables al Contrato N°106/2021, de fecha 07/12/2021, establece que 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.

Como bien podemos notar, la aplicación de multas se encuentra supeditada a un incumplimiento imputable al proveedor, salvo la existencia de hecho generador de caso fortuito o fuerza mayor justificado.

La doctrina caracteriza al caso fortuito o fuerza mayor fundamentalmente por la imprevisibilidad y la inevitabilidad, amén de otras circunstancias tales como que el acontecimiento sea ajeno o extraño a la persona del deudor, sobreviviente a la constitución de la obligación y subsistente a la época en la que debe cumplirse[1].

En el presente caso, en el supuesto de que el proveedor agregue suficientes documentaciones que acrediten la existencia de la imposibilidad de cumplir con las obligaciones contractuales imputables a la fuerza mayor alegada –a satisfacción de la GTIC y la UOC- estas áreas deberían analizar la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) La imposibilidad de proveer los bienes por causas ajenas al proveedor

b) que dichas circunstancias no habrían podido ser previstas por la firma proveedora

c) La situación no habría podido ser superada o dejada de lado por su sola voluntad y, en consecuencia, habría imposibilitado dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales dentro del plazo originalmente pactado, por lo que la imposibilidad del proveedor, de cumplir con sus obligaciones contractuales, podría no ser imputable a su descuido o negligencia.

Ante tal escenario, en caso de que la proveedora agregue documentación que acredite la existencia de la fuerza mayor y su impacto en la posibilidad del proveedor de cumplir con sus obligaciones contractuales a satisfacción de la GTIC y la UOC, se podría concluir que no sería imputable a la firma CALTEC S.R.L. el incumplimiento de su obligación de proveer equipos de energía ininterrumpida para

[1] "Código Civil de la República del Paraguay Comentado". Tomo IV. La Ley Paraguaya. Asunción, Paraguay. 2009. Pag. 98.

Data center sitio alterno, correspondientes al Lote N° 2, de conformidad con lo establecido en la cláusula N° 8 y su remisión al PBC, dentro del plazo contemplado determinado por el área administradora del contrato para que la firma proveedora dé cumplimiento íntegro a sus obligaciones, por la existencia de fuerza mayor. Esto, claro está y valga la redundancia, siempre que las circunstancias antes señaladas sean validadas (comprobadas) por las áreas técnicas respectivas.

Como hemos señalado anteriormente, en el supuesto mencionado no cabría aplicar multa alguna, siempre que la firma contratada cumpla con sus obligaciones contractuales dentro de un plazo razonable y ajustado al tiempo en el que subsistió el impedimento para la ejecución contractual, lo cual deberá concordar con la documentación que avale tanto la existencia de la circunstancia alegada, su impacto en el cumplimiento de sus obligaciones, así como la subsistencia del mismo y que este no sea imputable a la firma[2].

Ahora bien, respecto del tiempo por el que se solicita la exoneración de multas, los plazos para el cumplimiento de las obligaciones deberán ser analizados por el área técnica, teniendo en cuenta los factores determinantes de dicho plazo, estimando las condiciones al efecto.

Conclusiones

Teniendo en cuenta lo expresado y considerando las circunstancias excepcionales invocadas (guerra entre Rusia y Ucrania), entendemos que resultaría viable exonerar a la firma CALTEC S.R.L. de la aplicación de multas previstas por atrasos en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, derivadas de los términos del Contrato N°106/2021, de fecha 07/12/2021, en el marco de la LPN N°98/2021, siempre que la firma proveedora logre acreditar fehacientemente, por medio de documentos oficiales u oficiosos, la existencia de la fuerza mayor y el grado de impacto de la misma que repercutió en la imposibilidad de cumplir dentro del plazo brindado por la GTIC.

Reiteramos que la verificación de los extremos alegados para fundar la fuerza mayor invocada corresponde a las áreas técnicas, así como determinar si las circunstancias mencionadas afectaron directamente el cumplimiento de la presente contratación, en razón de su afectación o no en la entrega de los bienes. Así, corresponde a las áreas afectadas (GTIC y UOC) verificar el impedimento alegado.

Jurídicamente solo nos resta decir que, de acreditarse dicho impedimento, se trataría de una situación ajena a la firma contratada y, por ende, causal de exoneración de la multa respectiva. En cuanto a la solicitud de prórroga contractual, constatadas las circunstancias de fuerza mayor invocadas, los días de retraso no se computarán dentro del plazo de ejecución y serán reconocidos por la contratante.

Atentamente,

FABRIZIO CALABRO MONZON
Firmado digitalmente por FABRIZIO CALABRO MONZON
Fecha: 2023.01.20 10:56:14 -03'00'
Analista Senior

Fabiola Patricia Palacios Duarte
Firmado digitalmente por Fabiola Patricia Palacios Duarte
Fecha: 2023.01.20 10:50:38 -03'00'
Directora
Asuntos Jurídicos

ALDO JAVIER RODRIGUEZ GONZALEZ
Firmado digitalmente por ALDO JAVIER RODRIGUEZ GONZALEZ
Fecha: 2023.01.20 09:02:08 -03'00'
Encargado de Despacho
Gerencia de la
Unidad Jurídica

[2] Código Civil. Art.424.- En las obligaciones a plazo la mora se produce por el solo vencimiento de aquél..(...) Para eximirse de las responsabilidades derivados de la mora, el deudor deberá probar que no le es imputable .