MEMORANDUM

PARA:	**Abg. María Irene Barreto**, Directora Administrativa
	Ministerio de Hacienda
DE:	**Luis A. Godoy Duria**, Asesor Jurídico Externo
REF.:	Presentación de **INFORME 10**
Fecha:	20 de noviembre de 2020

Luis A. Godoy Duria
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039

Me dirijo a usted, a fin de presentarle por vía electrónica el **INFORME 10**, referente al Contrato No. 88/2019 "**SERVICIO DE CONSULTORÍA PARA ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**", a fin de incorporar las actividades realizadas desde el 23 de agosto de 2020 hasta el 22 de setiembre de 2020.

El citado contrato fue celebrado en fecha 22 de noviembre del 2019. Desde dicha fecha, en el marco de la ejecución del contrato, esta asesoría participó de reuniones convocadas por la Dirección Administrativa. Así mismo, se han elaborado dictámenes jurídicos referentes a puntos solicitados y gestiones de apoyo a la UOC.

Se adjunta el informe de referencia y anexos.

Sin otro particular, me despido saludándole muy atentamente.

Consultoría

"SERVICIO DE CONSULTORÍA PARA ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO EN CONTRATACIONES PÚBLICAS"

Ministerio de Hacienda

República del Paraguay

Producto 10: Informe 10

Fecha de presentación para aprobación: 20 de noviembre de 2020

Consultora: **Luis A. Godoy Duria**

Contrato N°88/2019

Noviembre 2020

Asunción, Paraguay

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

MH	Ministerio de Hacienda
UOC	Unidad Operativa de Contrataciones
DNCP	Dirección Nacional de Contrataciones Públicas
LPN	Licitación Pública Nacional
LPI	Licitación Pública Internacional
LCO	Licitación por Concurso de Ofertas
CD	Contratación Directa
VEX	Vía Excepción

CONTENIDO

PRESENTACIÓN 3
I. INFORMACIÓN GENERAL DE LA CONSULTORÍA 3
Objetivos y resultados esperados 3
Duración 4
Actividades de la consultoría 4
II. ACTIVIDADES REALIZADAS 4

PRESENTACIÓN

El presente documento constituye el quinto producto de la consultoría "**SERVICIO DE CONSULTORÍA PARA ASESORAMIENTO JURÍDICO EXTERNO EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**"; en el cual se exponen las tareas realizadas en el marco de la ejecución del contrato desde el 23 de agosto de 2020 hasta el 22 de setiembre de 2020.

En el primer apartado del documento se presenta información general de la consultoría, como ser objetivos, duración y supervisión. En el segundo apartado se presenta información referente a los trabajos realizados para dar cumplimiento a los objetivos de la consultoría.

I. INFORMACIÓN GENERAL DE LA CONSULTORÍA

Objetivos y resultados esperados

La consultoría tiene como objetivo:

Luis A. Godoy Durla
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039

- Fortalecer y optimizar la ejecución y control de los procedimientos de adquisiciones de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, en todas y cada una de las modalidades.

Duración

La consultoría tiene una duración de 12 meses, desde la firma del contrato.

Actividades de la consultoría

1. Evacuar Consultas Jurídicas.
2. Elevar Memorando y Dictámenes Jurídicos.
3. Redactar Proyectos de Contratos.
4. Elaborar Borradores de Pliegos de Bases y Condiciones.
5. Apoyar todas y cada una de las gestiones Administrativas y Técnicas con vista al cumplimiento de los objetivos.
6. Diseño y ejecución de Jornadas de Capacitación sobre las áreas de competencia de la contratación del consultor.
7. Análisis documental para solicitud de Códigos de Contratación.
8. Asesorar a la CONTRATANTE en la elaboración, control y seguimiento de los contratos con los proveedores de la entidad.
9. Elevar informes sobre la viabilidad de las adquisiciones, así como proponer alternativas.
10. Acompañar las gestiones ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas referente a la comunicación de llamados y adjudicaciones.
11. INTERVENCIÓN EN PROTESTAS: El Consultor deberá, acompañar, revisar escritos, y discutir sobre casos de protestas contra la CONTRATANTE.
12. CONSULTAS ON LINE: Puede resultar que por la urgencia del caso o por la simplicidad del mismo, deba apelarse a medios más rápidos de consulta. Para situaciones como las mencionadas, el Consultor deberá estar en condiciones de evacuar al instante las consultas, ya sea por medio telefónico, fax o correo electrónico.
13. INFORMACIÓN DE INTERÉS: El Consultor contratado, deberá remitir en forma periódica a la Institución, circulares o informaciones de interés relativas a las novedades o disposiciones del área administrativa laboral.
14. Estar a disposición de la CONTRATANTE todos los días hábiles, así como horarios y días no hábiles si se presentasen casos de urgencias o situaciones que ameriten su presencia.

II. ACTIVIDADES REALIZADAS

En este apartado se presenta información relacionada a las principales actividades realizadas en el periodo comprendido desde el 23 de agosto de 2020 hasta el 22 de setiembre de 2020.

Luis A. Godoy Duria
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039

2.1 REUNIONES CONVOCADAS Y ASISTIDAS.

Fecha	Lugar	Motivo
09-set-2020	BECAL	Reunión de comité de evaluación de ofertas- equipos informáticos.
17-set-2020	Reunión Zoom	Discusión respecto a aplicación de multa a prestadora de servicios de medicina prepaga.
17-set-2020	BECAL	Reunión de comité de evaluación de ofertas-equipos informáticos.
21-set-2020	BECAL	Reunión de comité de evaluación de ofertas equipos informáticos.

2.2. DICTÁMENES EMITIDOS/ RESPUESTAS A CONSULTAS.

Se respondieron las siguientes consultas formuladas:

- Respuesta a consulta telefónica realizada por la Coordinación de UOC con relación a la aplicación de multa a empresa de limpieza (sobre el valor del contrato o sobre el valor de la orden de compra).
- Dictamen sobre seguro médico y su cobertura por Pandemia de Covid 19
- Revisión de convenio marco y convenio específico entre el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.
- Evaluación de ofertas equipos informáticos para BECAL
- Dictamen sobre aplicación de multa a empresa prestadora de servicio de seguro médico.

Es mi informe.-

Luis A. Godoy Duria
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039

ANEXO I

MEMORANDUM

PARA: **ABG. ANDRES SORIA MARTINEZ**, Coordinador

DE: **ABG. LUIS ARMANDO GODOY D**., Asesor externo

REF.: Opinión jurídica respecto a cobertura de Covid19 en el Contrato MH N°107/2019

FECHA: 27 de agosto de 2020.

Luis A. Godoy Durla
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039

Tengo el agrado de dirigirme a usted en relación a la consulta formulada respecto a la cobertura de asegurados por la empresa Santa Clara S.A. para los casos de Covid19.

Por providencia MH/DA N° 1358/2020 de fecha 24 de agosto de 2020 se remiten los antecedentes a la Coordinación de la Unidad Operativa de Contratación, solicitando la opinión en virtud de las disposiciones establecidas en el PBC que rige el llamado que dio origen al Contrato MH N°107/2019 en el marco de la Licitación Pública Nacional SBE N°15/2019 "Contratación de Seguro Médico para Funcionarios del Ministerio de Hacienda" Segundo Llamado-Plurianual – ID N°369.892, con la empresa Santa Clara S.A. Medicina Prepaga.

Se formula la siguiente opinión jurídica en base a la consulta formulada por correo electrónico de fecha 25 de agosto de 2020 remitido por la Coordinación de la Unidad Operativa de Contratación, planteando el problema de la siguiente manera:

1. La prepaga comunicó de manera extraoficial la no cobertura de tratamientos bajo el régimen del contrato, alegando situación "SERVICIOS SIN COBERTURA" la "Pandemia".
2. La Dirección de Administración del Capital Humano y Capacitación (DACHC) en una nota que se adjunta, informa que, bajo un acuerdo extraoficial con la prestadora, ésta ofreció dar una cobertura mínima en internación, UTI y arancel preferencial para el test.
3. El Sindicato de funcionarios del MH solicita interpretación respecto al Contrato, teniendo en cuenta que en el mismo no se excepciona la "pandemia".
4. Efectivamente, el Contrato no establece como excepción la situación de pandemia para dar cobertura de los servicios que se encuentran detallados en el contrato. Se adjunta contrato.

DESARROLLO

A. <u>Origen de la consulta:</u>

El origen de la consulta, según la documentación tenida a la vista se encuentra en:

(1) La nota SIME N°64688 presentada por el Sindicato de Funcionarios de la Subsecretaría de Estado de Tributación, en la cual mencionan un correo de la Coordinación General de Desarrollo de Personas en la que se comunicó que "ante la declaración de estado de emergencia sanitaria, no contamos con cobertura de servicios ante las enfermedades declaradas como pandemia dentro del Seguro Médico…".
Los firmantes de la nota alegan que dicha cobertura de servicios no se encuentra expresamente excluida en el contrato y, que, al contrario, se encuentran expresamente previstas las coberturas de enfermedades infectocontagiosas.

(2) La nota DACHC/CTSDS/DAUS N°71 del 19 de agosto de 2020, en la cual se informa que: "…la Prepaga ante la gestión de la Coordinación Técnica de Seguridad y Desarrollo Social dependiente de la DACHC, hasta la fecha ha dado varias concesiones a favor de los funcionarios, grupo familiar y/o adherentes pagos para hacer frente a la emergencia sanitaria en lo que respecta a cobertura en los distintos servicios médicos: * Arancel preferencial para la prueba de covid19 para pacientes internados, prequirúrgicos y ambulatorios. * 5 (cinco) días de internación clínica, con cobertura de medicamentos y descartables Gs. 4.000.000. * 5 (cinco) días de

internación en Unidad de Terapia Intensiva (UTI), con cobertura de medicamentos y descartables Gs. 5.000.000. Cabe resaltar, que el servicio UTI aún no ha sido utilizado."

B. <u>Obligación de cumplimiento del contrato.</u>

El Contrato N°107/2019 transcribe en su cláusula 7 las especificaciones técnicas y condiciones de prestación del servicio contratado contempladas en el PBC y sus adendas. Entre las especificaciones técnicas se encuentran las exclusiones de la cobertura bajo el título de "Servicios sin coberturas", en la página 38 del contrato.

En dicho apartado se definen los servicios sin coberturas de la siguiente manera: "*Son los que habitualmente no son cubiertos en los contratos de medicina prepaga. Todos los gastos ocasionados por los siguientes eventos y sus consecuencias ya sean físicas o mentales*…" y seguidamente se listan los eventos que no cuentan con la cobertura del servicio.

Entre dichos eventos explícitamente excluidos no se encuentran las enfermedades ocasionadas por pandemias o por epidemias.

Consecuentemente, esta asesoría interpreta que la lista de servicios excluidos es taxativa y por lo tanto la empresa prestadora debe cubrir a los asegurados en los términos y condiciones del Contrato celebrado en caso de padecer la enfermedad ocasionada por el Covid19 en materia de consulta, tratamiento, internaciones e incluso terapia intensiva.

En cuanto a la prueba de Covid19, si el mismo no se encuentra en la lista de estudios con cobertura prevista en el Anexo de Estudios Laboratoriales (pg. 31 y sgtes.), no puede exigirse a la empresa prestadora la realización de dicha prueba sin cargo.

C. <u>Dificultad de la interpretación literal.</u>

La vaguedad e imprecisión de la definición de los servicios sin cobertura arroja una posibilidad de interpretación distinta a la señalada en el punto anterior que, aunque no es compartida por esta Asesoría, debe ser advertida ante la posibilidad de que sea alegada por la empresa prestadora para eximirse del cumplimiento de la obligación.

Cuando se definen los servicios sin cobertura en el pliego de bases y condiciones y en el mismo contrato, se indica que "*Son los que habitualmente no son cubiertos en los contratos de medicina prepaga*…"**.** Esta frase introduce la posibilidad de alegar que la lista de servicios excluidos de cobertura no es taxativa, sino meramente enunciativa y que para determinar si un servicio que no está listado está incluido o excluido de cobertura debe remitirse a una comparación de otros contratos de medicina prepaga.

De esa manera se posibilita que la prestadora alegue que, habitualmente en sus demás contratos de medicina prepaga, celebrados con otros clientes, se excluyen los tratamientos y coberturas por pandemias o epidemias.

Esta aclaración se realiza atendiendo a que, desde el momento en que se puede atribuir otro significado al texto es necesario realizar una interpretación de su significado y alcances y la empresa puede alegar una interpretación distinta para evitar la obligación de dar cobertura.

D. <u>Incidencia de la pandemia en la ejecución contractual.</u>

Aunque, conforme lo interpreta esta Asesoría, el contrato no autoriza la exclusión de la cobertura a funcionarios afectados con el Covid19 invocando la situación de pandemia, debe tenerse en cuenta que la misma es una situación sobreviniente a la ejecución contractual, no prevista y no imputable a las partes.

La pandemia, puede ocasionar un contagio masivo y como consecuencia, traer aparejada la necesidad de atención médica a una mayor cantidad de personas en un breve periodo de tiempo, modificándose así los índices y estadísticas tenidas en cuenta al momento de la presentación de la oferta y celebración del contrato.

En los contratos onerosos el objeto contractual nos remite a la noción de interdependencia de las prestaciones, según la cual la prestación que compromete una de las partes tiene en cuenta la contraprestación. Por lo tanto, el desequilibrio entre las prestaciones por causas

Luis A. Godoy Duria
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039

sobrevinientes o la frustración del resultado esperado por las partes, forman parte de las vicisitudes que afectan al objeto del contrato.[1]

Ante el hecho sobrevenido, impredecible e inimputable a las partes, debe necesariamente distinguirse dos efectos distintos: (a) la imposibilidad de prestación del servicio y (b) una mayor onerosidad sobreviniente

El primer caso, la imposibilidad de la prestación, se daría por un colapso de la capacidad de atención y eximiría de responsabilidad por incumplimiento a la prestadora del servicio.

El segundo caso, la mayor onerosidad sobreviniente a una de las partes, no trae aparejada la imposibilidad de la ejecución, sino la necesidad de restablecer el equilibrio entre las prestaciones.

La noción de interdependencia de las prestaciones no es ajena al contrato público, pues ambas partes tienen en cuenta las prestaciones recíprocas. Mientras el particular llega al negocio con los cálculos de sus ganancias previstas, el Estado no busca lucro, pero tiene el deber de optimizar sus recursos y obtener los bienes, servicios u obras para satisfacer sus necesidades en las mejores condiciones de calidad y costo. En ese juego de intereses rige el principio de proporcionalidad de las prestaciones, la relación del precio con el valor de la cosa, el deber de responder por las consecuencias dañosas de los actos y la distribución de los riesgos entre las partes[2].

En el caso de excesiva onerosidad sobreviniente, para determinar si corresponde la extinción de la obligación o la modificación del contrato, **se debe romper el equilibrio económico-financiero del contrato, no basta con cualquier onerosidad sobreviniente o con la privación de la ganancia prevista, la onerosidad debe ser excesiva y perjudicial**. Esta mayor exigencia que pesa sobre el Contratista se justifica en el hecho de que al celebrar un contrato público tomó a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo a como dé lugar. Esta obligación se ve condicionada al grado en que el interés público permea al contrato, pues se trata de una subordinación jurídica del Contratista a la Administración, a efectos de garantizar la realización de dicho interés[3].

En tal sentido, la prestadora deberá demostrar un incremento excesivo en las consultas, en las internaciones y en los demás servicios como consecuencia de la pandemia con relación a los servicios históricamente prestados, y debe demostrar también que tal excesivo incremento rompe el equilibrio económico financiero del contrato ocasionándole un perjuicio.

El mantenimiento del equilibrio económico financiero de un contrato bilateral es un principio de contenido ético-jurídico, por cuanto debe existir una equivalencia entre las cargas que el contrato impone y las ventajas que otorga y se funda en el principio constitucional emergente del artículo 109 de la Constitución Nacional, que, en términos del doctrinario Marienhoff, determina que "*a nadie puede imponérsele el sacrificio de sus intereses particulares en beneficio público sin el respectivo resarcimiento*"[4].

Si bien la actual pandemia tiene la particularidad de representar un "hecho de público conocimiento" y que en la mayoría de los sistemas estos no requieren ser probados**, en el caso del Contrato Administrativo es requisito fundamental que se acredite claramente de qué manera ese hecho público ha afectado las posibilidades de cumplir el objeto**

---

[1] MOSSET ITURRASPE, Jorge. "*La Frustración del Contrato*". Sta. Fe-Argentina. Rubinzal Culzoni, p. 62. 1991

[2] GRANILLO, Raúl Enrique. "Distribución de riesgos en los contratos públicos". Edit. Astrea. Bs-As 1990, p. 3. *En el concepto mismo de contrato late, desde su nacimiento, una idea de equilibrio que preside la conjugación de intereses contrapuestos. Las partes acuden al contrato para celebrar una convención de la que resulte, para cada una de ellas, algún tipo de ventaja a cambio de una contraprestación en favor del otro cocontratante. Un principio de justicia conmutativa, de equivalencia, o si se quiere, de reciprocidad de intereses, debe presidir tal relación*.

[3] SOLALINDE R., Gabriel y GODOY D., Luis Armando: "*Alternativas Para Atenuar Los Efectos De La Pandemia En Los Contratos Administrativos*" en "Impacto del Coronavirus en el Derecho Paraguayo", Segura, Francisco (coord.), Intercontinental, Paraguay, 2020.

[4] MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Pg. 362, T.3 A, Bs.As., 2011. El citado autor se refiere al artículo 17 de la Constitución Nacional Argentina, de similar redacción al artículo 109 de nuestra Constitución Nacional, cuando habla de la fundamentación jurídica del derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato.

Luis A. Godoy Duria
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039

contractual de manera concreta y objetiva, considerando que el principio de *pacta sunt servanda*[5] adquiere notas más elevadas en este tipo de contratos que busca la satisfacción del interés público, del que deriva el principio de continuidad del Contrato Administrativo.

Por su parte, la Administración debe ser celosa en el examen y verificación de los hechos alegados, su debida demostración documental y fáctica y la correcta conexión causal entre las causas y los efectos alegados. En la hipótesis de admitirlas, deberá ser emitido un Acto Administrativo que reconozca el hecho y sus circunstancias, derivando en una justa decisión que equilibre el *sinalagma* contractual o que lo extinga, previendo las consecuencias de esta extinción bajo los principios de respeto a la igualdad y prevalencia del interés público.

Por último, la Administración puede, en estos singulares tiempos, ejercer sus derechos exorbitantes, modificando, alterando o extinguiendo el contrato, decisiones que deben ser celosamente aplicadas y proporcionales al interés público perseguido, debiendo preverse en todo momento indemnizar al Contratista de las consecuencias que estas decisiones son susceptibles de producir en la economía del contrato.[6]

E. Conclusión

1. La lista de exclusiones de cobertura contenidas en el pliego de bases y condiciones y en el contrato celebrado es taxativa. Si las enfermedades por pandemia o epidemia no se encuentran excluidas, la empresa prestadora debe cubrir a los asegurados conforme a los términos del contrato.
2. Si la prestadora alega una mayor onerosidad sobreviniente, es ella quien deberá demostrar fehacientemente que se ha roto el equilibrio económico-financiero del Contrato y no basta con cualquier onerosidad sobreviniente o con la privación de la ganancia prevista, la onerosidad debe ser excesiva y perjudicial.
3. El Ministerio de Hacienda tiene la facultad de exigir el cumplimiento contractual en sus términos y condiciones o exigir su cumplimiento forzoso, conforme al artículo 55 inc. a) de la Ley 2051/03.

Sin otro particular, me despido saludándole muy atentamente.

Luis A. Godoy Durla
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039

[5] Principio de santidad del contrato, según el cual los contratos deben ser cumplidos conforme han sido celebrados entre las partes. Traducido en la facultad de la contratante de exigir que los contratos sean ejecutados en sus términos y condiciones y, en su caso, a exigir su cumplimiento forzoso, previsto en el artículo 55 inc. a) de la Ley 2051/03.

[6] SOLALINDE R., Gabriel y GODOY D., Luis Armando, obra citada.

ANEXO II

MEMORANDUM

PARA: **DRA. MARIA IRENE BARRETO**, Directora Administrativa

DE: **ABG. LUIS GODOY**, Asesor jurídico externo

REF.: **DICTAMEN SOBRE RECURSO DE RECONSIDERACION DE SANTA CLARA S.A. -APLICACIÓN DE MULTA CONTRACTUAL**

FECHA: 22 de setiembre de 2020.

Luis A. Godoy Durla
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039

Tengo el agrado de dirigirme a Usted para presentarle el dictamen solicitado.

Se solicitó la opinión jurídica respecto al recurso de reconsideración interpuesto por la prestadora de servicios de medicina prepaga Santa Clara S.A. contra la Resolución MH/DA N°96/2020 "POR LA CUAL SE DISPONE LA APLICACIÓN DE MULTA POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL AL PROVEEDOR SANTA CLARA S.A., EN EL MARCO DEL CONTRATO MH N°107/2019, LPN SBE N°15/19 "CONTRATACIÓN DE SEGURO MÉDICO PARA FUNCIONARIOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA"SEGUNDO LLAMADO PLURIANUAL, ID N°369.892, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 55 INC. E) DE LA LEY N°2051/03".

a. MOTIVO DE LA APLICACIÓN DE MULTA

La funcionaria PATRICIA MALDONADO formuló una queja respecto a una atención muy tardía en el Sanatorio Británico para realizarse una ecografía (4horas de espera) encontrándose ella en urgencias con una inflamación en el abdomen días después de una intervención quirúrgica.

En la respuesta otorgada en fecha 19 de marzo de 2020 por la Dra. Norma Duré por correo electrónico, en representación de la prestadora de servicios, reconoció que el servicio de ecografía muchas veces está saturado, pero que los pedidos generados en urgencia deberían tener prioridad. Indicó que hizo saber el reclamo al Sanatorio Británico y que solicitó que se asigne un ecografista en urgencias, pero aclaró que eso se concretaría a mediano plazo debido a la necesidad de ajustar infraestructura y adquirir el equipo.

El dictamen emitido por la CUOC refiere que los hechos manifestados por la funcionaria PATRICIA MALDONADO y el reconocimiento de la prepaga respecto a la saturación en el servicio de ecografías, así como la necesidad de adecuar la infraestructura del sanatorio para dar respuesta oportuna y adecuada a los pacientes que acuden al servicio de urgencias permite inferir la existencia de un incumplimiento del deber contractualmente asumido de garantizar servicios de calidad y mantener la capacidad para satisfacer los servicios en cuanto a infraestructura y atención profesional y dar respuesta adecuada a las demandas del servicio.

b. DISPOSICIONES CONTRACTUALES CUYO INCUMPLIMIENTO SE IMPUTA

Las disposiciones contractuales cuyo incumplimiento se ha imputado a la prestadora de servicios son:

Condiciones Generales de la Prestación:

3. Los BENEFICIOS y la COBERTURA de este Contrato son exclusivamente y sin excepción para todos los casos comprendidos en el mismo y serán brindados en los sanatorios y CENTROS HABILITADOS (Sanatorios, farmacias, etc) por EL PROVEEDOR en el territorio nacional, con la sola presentación del carnet otorgado.

4. Los servicios médicos sanatoriales, urgencias, imágenes, laboratoriales, consultas, etc, propuestos por el PROVEEDOR Y/O LA PRESTADORA DE SERVICIOS, brindarán los servicios bajo las mismas condiciones requeridas en el contrato.

23. El PROVEEDOR Y/O LA PRESTADORA DE SERVICIOS, deberá mantener la capacidad y la calidad para satisfacer los servicios en cuanto a infraestructura y atención profesional, tanto para el Gran Asunción como en el interior de la República, en forma plena, conforme a la oferta que resulte adjudicada, en especial en lo relacionado a la saturación en la atención de los beneficiarios.

E) SERVICIOS DE URGENCIAS: Debe estar integrado por guardias de urgencias en los servicios asistenciales, compuesto de médicos clínicos, cirujanos, obstetras y pediatras para dar respuesta adecuada a las demandas del servicio, las 24hs y todos los días, aún domingos y feriados, además de los mismos se deberá convocar en caso de que el médico de guardia lo requiera, a cualquier otro profesional

de la subespecialidad necesaria en la mayor brevedad posible. Cobertura de medicamentos y descartables para urgencias 100%.

c. SANCIÓN APLICADA

La sanción fue aplicada en base a lo dispuesto en la Sección IV- CONDICIONES ESPECIALES DEL CONTRATO (CEC) – CGC 28, que dice: "*El valor de las multas será: En caso de incumplimiento en la prestación de los servicios médicos, sanatoriales, laboratoriales y de diagnóstico previstos en el Contrato, por parte del Contratista y que haya sido comprobada por la Coordinación Técnica de Seguridad y Desarrollo Social y/o el Auditor Médico de la Contratante, se aplicará la multa equivalente al 3% (tres por ciento) del valor mensual del servicio correspondiente a la UAF´s afectada. Todos los reclamos presentados, sean de carácter administrativo o médico relacionados al servicio contratado serán analizados por la Coordinación Técnica de Seguridad y Desarrollo Social y/o el Auditor Médico de la Contratante a efectos de la definición de la existencia de responsabilidad por parte de la Contratista, la cual tendrá la posibilidad de realizar su descargo respectivo ene l plazo definido por la Contratante que no deberá exceder los 5 días hábiles, primando la urgencia y gravedad del caso reclamado. Este procedimiento se realizará siempre previamente a la aplicación de cualquier sanción. La Contratante emitirá la decisión respecto a la sanción a través de una notificación por escrito a la Contratista. El Ministerio de Hacienda queda autorizado a deducir la multa en forma automática y sin interpelación judicial o extrajudicial de la factura presentada por el PROVEEDOR luego de que sea completado el procedimiento antes citado…*"

El Ministerio de Hacienda, por resolución MH/DA N°96/2020, resolvió "*APLICAR la multa por el incumplimiento de la obligación contractual a la firma SANTA CLARA S.A. de conformidad con lo establecido en el Art. 55 inciso e) de la Ley N°2051/03, concordante con la Cláusula Décima del Contrato MH N°107/19, por la suma de Gs. 26.183.550 (GUARANÍES VEINTE Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA), equivalente al 3% (tres por ciento) sobre el valor mensual del servicio correspondiente a la UAF´s afectada (SET), de acuerdo a las consideraciones expuestas en el exordio de la presente Resolución*."

d. RECONSIDERACIÓN

La proveedora (o Santa Clara S.A.) interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución MH/DA N°96/2020, solicitando la supresión o la reducción de la multa.

Para sostener la primera pretensión indicó que el atraso en la atención a la funcionaria Patricia Maldonado fue comunicado en forma tardía a Santa Clara S.A. a pesar de tener acceso a la línea de 24hs. con ella para realizar los reclamos. Explica que al no haberse utilizado la línea de reclamos, Santa Clara S.A. no pudo tener intervención en el preciso momento en que la citada funcionaria estuvo esperando para realizarse los estudios y por ello escapó de su control y solamente pudo tomar medidas posteriores requiriendo la optimización de la atención al Sanatorio Británico.

Con relación a la segunda pretensión, afirma que la cláusula en la que se basó el cálculo de la multa es abusiva y que es excesiva con relación al porcentaje de funcionarios satisfechos con la atención. Alega que tampoco hay equilibrio entre la multa por mora de la Administración (0.001% por día de atraso) y la multa aplicada al proveedor del servicio (3% del valor de pago de la factura).

e. ANÁLISIS

e.1. Análisis de fondo

Expuestos los antecedentes, corresponde realizar en primer lugar un análisis del fondo de la cuestión y determinar la existencia o no del presupuesto para la aplicación de la multa.

El presupuesto de la aplicación de la multa es el incumplimiento. El mismo puede deberse a un cumplimiento defectuoso de la prestación o a la falta de ella.

En el caso analizado, nos encontraríamos en el escenario de un supuesto cumplimiento defectuoso del servicio, pues, la funcionaria sí recibió atención, aunque con una demora de 4 horas para realizarse los análisis de ecografía pese a que estaba en urgencias.

Luis A. Godoy Duria
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039

Corresponde entonces realizar el análisis de qué requisitos de calidad y capacidad deben encontrarse presentes para que la prestación se considere cumplida satisfactoriamente. Esos requisitos deben ser objetivos para evitar que los conceptos que no se hallen correctamente delimitados sean objeto de una interpretación subjetiva.

El punto 23 de las Condiciones Generales de la Prestación[7] indica que el proveedor deberá mantener la capacidad y calidad, en especial en lo relacionado a la saturación en la atención de los beneficiarios. Dicha disposición es genérica e imprecisa, pues el criterio resulta muy subjetivo al referirse a la calidad y muy amplio al decir "*en especial en lo relacionado a la saturación en la atención de los beneficiarios*", faltándole el criterio objetivo para determinar en qué situaciones se cumple o incumple con la capacidad y calidad del servicio, especialmente en lo relacionado a la saturación de pacientes.

En la búsqueda de mayores elementos que ayuden a delimitar objetivamente cuáles son las condiciones que debe reunir la prestación para considerarse cumplida o no a satisfacción, las Condiciones Generales de Prestación indican que en los servicios de urgencias deben encontrarse disponibles y de guardia médicos clínicos, cirujanos, obstetras y pediatras durante las 24hs, con cobertura de medicamentos y descartables para urgencias 100%[8].

En las mismas Condiciones Generales de Prestación se indica bajo el título "calidad del servicio" que ésta se refiere a que deberá contar con 3 establecimientos de la categoría nivel 3 y al menos un establecimiento deberá tener resonador y tomógrafo instalado.

Con el análisis integral de las disposiciones del PBC puede deducirse que la obligación es la prestación de los servicios con la calidad y capacidad exigidas, aunque hubiere saturación de pacientes.

En el caso analizado, no se denunció un rechazo en la admisión o la admisión tardía en urgencias o la falta de profesionales requeridos en el PBC o del equipo mínimo como el resonador o tomógrafo que deben estar instalados en urgencias.

Por otra parte, la firma Santa Clara S.A. alegó que puso a disposición de los funcionarios una línea telefónica abierta las 24hs para realizar los reclamos y que, de haberse utilizado dicha línea, podría haber exigido al sanatorio una atención preferencial[9].

Luis A. Godoy Durla
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039

---

[7] 23. El PROVEEDOR Y/O LA PRESTADORA DE SERVICIOS, deberá mantener la capacidad y la calidad para satisfacer los servicios en cuanto a infraestructura y atención profesional, tanto para el Gran Asunción como en el interior de la República, en forma plena, conforme a la oferta que resulte adjudicada, en especial en lo relacionado a la saturación en la atención de los beneficiarios.

[8] E) SERVICIOS DE URGENCIAS: Debe estar integrado por guardias de urgencias en los servicios asistenciales, compuesto de médicos clínicos, cirujanos, obstetras y pediatras para dar respuesta adecuada a las demandas del servicio, las 24hs y todos los días, aún domingos y feriados, además de los mismos se deberá convocar en caso de que el médico de guardia lo requiera, a cualquier otro profesional de la subespecialidad necesaria en la mayor brevedad posible. Cobertura de medicamentos y descartables para urgencias 100%.

[9] Condiciones Generales de Prestación: 3. Los BENEFICIOS y LA COBERTURA de este Contrato son exclusivamente y sin excepción para todos los casos comprendidos en el mismo y serán brindados en los Sanatorios y CENTROS HABILITADOS (Sanatorios, Farmacias, etc) por el PROVEEDOR en el territorio nacional, con la sola presentación del carnet otorgado por la misma junto con la cédula de identidad, pero no exime al beneficiario y a sus adherentes de presentar recetas u órdenes médicas, en los casos necesarios. En el reverso del carnet identificatorio deberá estar números de atención 24 horas de los siguientes servicios: Trámites Sanatoriales, Visaciones y Ambulancias.
11. EL PROVEEDOR contará con un enlace permanente con el suficiente poder de decisión para la atención de los beneficiarios durante y fuera de los horarios administrativos en días inhábiles inclusive.
14.El servicio administrativo de EL PROVEEDOR Y/O LA PRESTADORA DE SERVICIOS, deberá estar a disposición del beneficiario en forma permanente (24horas al día), incluyendo sábados y domingos y feriados para casos de urgencia, a fin de proveer la cobertura sanatorial a los servicios requeridos, como así también los trámites de visaciones y coberturas. Asimismo deberá proveer la nómina del plantel administrativo responsable de los diferentes servicios con los respectivos números telefónicos de contacto para los fines pertinentes.

En ese sentido se constata que el reclamo fue realizado por la funcionaria por correo electrónico dirigido a Servicios Sociales de la Subsecretaría de Estado de Tributación (SET) ese mismo día, una vez que volvió a su domicilio.

En tales circunstancias, Santa Clara S.A. alega que la demora en la realización de la ecografía podía haber sido evitada o al menos mitigada en caso de haberse utilizado la línea contractualmente establecida para la realización de los reclamos y su atención oportuna.

El deber de buena fe en la ejecución contractual -consagrado en el código civil- impone que el acreedor de una prestación ejecute todas las acciones necesarias para propiciar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Al no haberse realizado el reclamo de manera oportuna, impidiéndose así al deudor a tomar los recaudos para la atención oportuna del mismo, no puede ser imputado al mismo el incumplimiento contractual que le es atribuido.

En apretada síntesis, con relación a la cuestión de fondo, esta Asesoría interpreta que:

a. El incumplimiento contractual imputado no se encuentra correctamente definido. La demora en la realización de una ecografía en el sanatorio no está configurada por sí misma como un incumplimiento de condiciones contractuales.
b. No hubo denuncia de falta de admisión u omisión de atención en urgencias, menos aún por razones de saturación de pacientes.
c. Los documentos contractuales indican cuales son los requisitos mínimos de calidad y capacidad que deben tener los servicios (especialidad de los médicos, guardias de 24hs en urgencias, nivel 3 para establecimientos, tomógrafo o resonador en urgencias).
d. La omisión de la utilización de la línea habilitada impidió la solución oportuna del inconveniente en la realización de la ecografía, lo cual no puede ser imputado Santa Clara S.A.

Con relación a la pretensión de disminución equitativa de la multa, esta asesoría interpreta que no corresponde el análisis en el marco de la reconsideración, en primer lugar, debido a que no se encontraría configurado el presupuesto de hecho, es decir, el incumplimiento contractual como se ha señalado precedentemente.

En segundo lugar, es importante mencionar que Santa Clara S.A. ha resultado adjudicada en el marco de un procedimiento de contratación pública, con conocimiento de antemano de las condiciones contractuales y al presentar su oferta ha consentido todos los términos del pliego de bases y condiciones que contenían la cláusula correspondiente a las multas y el porcentaje a ser aplicado.

El proveedor (Santa Clara S.A.) no ha demostrado una conducta diligente y oportuna con la formulación de consultas o la promoción de protestas con relación al carácter desproporcionado de la multa a ser impuesta en la etapa oportuna, al contrario, ha aceptado todos los términos y condiciones del llamado al momento de presentar su oferta. La objeción posterior formulada contra las condiciones del PBC ya aceptado atenta contra el principio de los actos propios, que postula la prohibición de actuar contradictoriamente con una acción o una declaración de voluntad anteriormente formulada.

Por otra parte, en caso de considerar que el porcentaje de aplicación de multa es desproporcionado y ocasiona un desequilibrio entre las prestaciones u ocasiona una injusta carga muy gravosa en contra del contratista, éste deberá acudir a un tercero imparcial, es decir, un juez del fuero civil y comercial a fin de solicitar la reducción equitativa de las multas.

e.2. Análisis de forma

El análisis de forma se centra en la procedencia o no del análisis del recurso de reconsideración.

El doctrinario nacional Villagra Maffiodo sostiene que los recursos administrativos constituyen el ejercicio de los derechos constitucionales de petición y de la defensa en juicio, han sido creados y existen para la protección de los particulares frente a la Administración (Principios de Derecho Administrativo, 1981, El Foro, pg.338).

Luis A. Godoy Duria
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039

También ha dicho que la limitación de la Administración respecto a rever sus actos en virtud del principio de irrevocabilidad del acto sólo opera si la revocación es en perjuicio del particular, mas no si tendrá efecto en favor del mismo o se trata de corregir un defecto (Villagra Maffiodo, pg. 316).

Consecuentemente, habiendo analizado la cuestión de fondo y advertido la inexistencia del presupuesto para la aplicación de multas, esta Asesoría interpreta que no hay obstáculo para la revisión y revocación por contrario imperio de la resolución MH/DA N°96/2020.

Sin otro particular, me despido saludándola muy atentamente y presentando el presente dictamen, salvo mejor parecer.

Luis A. Godoy Duria
ABOGADO
Matrícula C.S.J. Nº 11.039