DIRECCION DE ASESORIA LEGAL

DICTAMEN DAL N° 037/2017

Objeto: Elevar Dictamen s/ Rescisión Parcial del Contrato UOC N° 029/2017 firmado con FARMACEUTICA PARAGUASA S.A, LPN N° 01/2017 Plurianual. ID.: 333.711.

Asunción, 22 de diciembre de 2017.

A : **Ana María Rojas,** Directora.
Dirección de Administración y Finanzas.

CC : **Fernando Mendoza Rojas,** Presidente.
Dirección General.

Dirección de Beneficencia y Ayuda Social – DIBEN.

ANTECEDENTES

En atención al Memorándum DAF N° 161/2017, pasado por ante esta dependencia en fecha 22 de diciembre de 2017 y en el que se refiere a la entrega de medicamentos de la firma FAPASA realizada en fecha 19 de diciembre de 2017 y sobre ésa entrega; el informe de la División Parque Sanitario donde se menciona que se han provisto los medicamentos solicitados en la Orden de Compra N° 62.369 recibida el 14 de diciembre de 2017; a excepción de TEMOZOLAMIDA 100 mg – 100 unidades y CAPECITABINA 500mg – 9000 unidades.

Texto de la nota presentada por la firma FAPASA en fecha 15 de diciembre:

> *"En relación a la Orden de Entrega N°62.369 retirada en fecha 14/12/2017 en virtud a nuestra participación en la Licitación Publica Nacional N° 01/2017……solicitamos la consideración en los plazos de entrega de los productos más abajo mencionados:*
>
> - ***CAPECITABINA 500 MG – 9.000 COMPRIMIDOS***
> - ***TEMOZOLAMIDA 100 MG – 100 CAPSULAS***
>
> *Dicha solicitud obedece por un problema de abastecimiento de insumos de nuestro proveedor de origen (Laboratorio Monte Verde S.A. – Argentina). Por dicha situación no podremos cumplir con dicho plan de entrega.*
>
> *Estimamos contar con los productos a más tardar para el 19/01/2018."*

Así también se trae a vista el Memorándum N°390 de fecha 20 de diciembre de 2017, girado a esta dependencia legal por la Dirección de Auditoria Interna y en el que se recomienda: *"En parecer de esta Dirección de Auditoria Interna que se aplique la multa PBC Sección IV CONDICIONES ESPECIALES DEL CONTRATO (CEC) CGC 27 hasta el 31/12/2017"*

Abg. César Romero Rojas
Director
Dirección de Asesoría Legal - DIBEN

Que, conforme lo manda el procedimiento de rescisión contractual, es carga de ésta dependencia legal justipreciar los elementos legales, documentales y facticos generados en el proceso licitatorio de referencia.

MARCO LEGAL APLICABLE.

Ley N° 1535/99 "DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO".

Artículo 22.- Etapas de la ejecución del Presupuesto.
Las etapas de ejecución del Presupuesto General de la Nación son las siguientes:
b) gastos:
- Previsión: Asignación específica del crédito presupuestario.
- Obligación: Compromiso de pago originado en un vínculo jurídico financiero entre un organismo o entidad del Estado y una persona física o jurídica.
- Pago: Cumplimiento parcial o total de las obligaciones.

El cumplimiento de las obligaciones financieras será simultáneo a la incorporación de bienes y servicios.

Artículo 82.- Responsabilidad de las autoridades y funcionarios.
Las autoridades, funcionarios y, en general, el personal al servicio de los organismos y entidades del Estado a que se refiere el Artículo 3o. de esta ley que ocasionen menoscabo a los fondos públicos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a sus obligaciones legales, responderán con su patrimonio por la indemnización de daños y perjuicios causados, con independencia de la responsabilidad disciplinaria o penal que les pueda corresponder por las leyes que rigen dichas materias.

Artículo 83.- Infracciones.
Constituyen infracciones conforme a lo dispuesto en el artículo anterior:
d) dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones o al expedir los documentos en virtud de las funciones encomendadas.

LEY N° 2051 "DE CONTRATACIONES PUBLICAS".

Artículo 55.- DERECHOS DE LAS CONTRATANTES.
Las contratantes gozan de los siguientes derechos:
a) a que se ejecuten los contratos en sus términos y condiciones y, en su caso, a exigir su cumplimiento forzoso;
b) a modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito;
c) a suspender o rescindir el contrato por razones de interés público;
d) a declarar la resolución o rescisión del contrato, y determinar los efectos procedentes en cada caso; y
e) a imponer las sanciones previstas en los contratos y a ejecutar las garantías, cuando el proveedor o Contratista no cumpla con sus obligaciones.

Las resoluciones adoptadas por las contratantes en ejercicio de estas prerrogativas, se ejecutarán de inmediato.

Artículo 59.- RESCISIÓN DEL CONTRATO
La Contratante podrá rescindir administrativamente los contratos a los que se refiere esta ley, en los siguientes casos:
a) por incumplimiento del proveedor o contratista;

Abg. César Romero Rojas
Director
Dirección de Asesoría Legal - DIBEN

La Contratante iniciará el procedimiento de rescisión dentro de los quince días calendario siguientes a aquél en que se hubiere agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales.
Si previamente a la determinación de dar por rescindido el contrato, se hiciera entrega de los bienes, se prestasen los servicios o se ejecutasen las obras, el procedimiento iniciado quedará sin efecto, sin perjuicio de las responsabilidades del proveedor o contratista.

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.

Ley N° 1.183/85 - Código Civil Paraguay
ARTICULO 426.- 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

CONTRATO UOC N° 29/2017 – con asignación de partida presupuestaria exclusiva del 2017.
3. IDENTIFICACION DEL CREDITO PRESUPUESTARIO.
3.1. El crédito presupuestario para cubrir el compromiso derivado del presente Contrato está contenido en el Subgrupo 270……, *para la Fuente 10 Fuente 30, incluidos en el Presupuesto General de la Nación, para el Ejercicio Fiscal 2017…..*"

7. VIGENCIA DEL CONTRATO.
El plazo de vigencia será desde la fecha de la firma del presente contrato, hasta el cumplimiento total de las obligaciones, lo que primero se configure.

13. CAUSALES Y PROCEDIMIENTO PARA SUSPENDER TEMPORALMENTE, DAR POR TERMINADO ANTICIPADAMENTE O RESCINDIR EL CONTRATO.
Las causales y procedimiento para suspender temporalmente, dar por terminado en forma anticipada o rescindir el contrato, son las establecidas en la Ley Nº 2051/03, y en las Condiciones Generales y Especiales del Contrato (CGC y CEC).

PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES. LPN Nº 01/2017, ID.: 333.711.
CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO
4.5 Limitación de Dispensas
(a) Sujeto a lo indicado en la cláusula 4.5 (b) siguiente de estas CGC, ningún retraso, prórroga, demora o aprobación por cualquiera de las partes al hacer cumplir algún término y condición del Contrato o el otorgar prórrogas por una de las partes a la otra, perjudicará, afectará o limitará los derechos de esa parte en virtud del Contrato. Asimismo, ninguna prórroga concedida por cualquiera de las partes por un incumplimiento del Contrato, servirá de dispensa para incumplimientos posteriores o continuos del Contrato.

(b) Toda dispensa a los derechos o facultades de una de las partes en virtud del Contrato, deberá ser por escrito, llevar la fecha y estar firmada por un representante autorizado de la parte otorgando dicha dispensa y deberá especificar la obligación que está dispensando y el alcance de la dispensa.

Abg. César Romero Rojas
Director
Dirección de Asesoría Legal - DIBEN

4.6 Divisibilidad
Si cualquier provisión o condición del Contrato es prohibida o resultase inválida o inejecutable, dicha prohibición, invalidez o falta de ejecución no afectará la validez o el cumplimiento de las otras provisiones o condiciones del Contrato.

10. ALCANCE DE LOS SUMINISTROS
10.1 Los Bienes o Servicios serán suministrados según lo estipulado en la Sección V "Suministros Requeridos".
10.2 Salvo disposición contraria en el Contrato, el Suministro deberá incluir todos aquellos ítems que no hubiesen sido expresamente indicados en el Contrato, pero que pueda inferirse razonablemente de dicho Contrato que son necesarios para satisfacer el requisito de suministro indicado en la Sección V, por lo tanto, dichos bienes serán suministrados por el Proveedor como si hubiesen sido expresamente mencionados en el Contrato.

11. ENTREGA Y DOCUMENTOS
Sujeto a lo dispuesto en el Pliego de Bases y Condiciones, la entrega de los Bienes o prestación de los Servicios se realizará de acuerdo con el Plan de Entrega y Cronograma de Cumplimiento indicado en la Sección V "Suministros Requeridos". Los detalles de los documentos de embarque y otros que deberá suministrar el Proveedor se especifican en las CEC.

12. RESPONSABILIDADES DEL PROVEEDOR
El Proveedor deberá suministrar todos los Bienes o Servicios de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato, sus anexos y documentos.

17.4 La Garantía de Cumplimiento de Contrato, sea cual fuere la forma de instrumentación adoptada conforme la CGC 17.1, deberá ser pagadera ante solicitud escrita de la Convocante donde se haga constar el monto reclamado, cuando se tenga acreditado previamente al menos una de las causales de ejecución de la póliza. En estos casos será requisito que previamente el oferente sea notificado del incumplimiento y la intimación de que se hará efectiva la ejecución del monto asegurado.

27. MULTAS
Con excepción de lo que se establece en la cláusula 31 de estas CGC, si el Proveedor no cumple con la entrega de la totalidad o parte de los bienes en la(s) fecha(s) establecida(s) o con la prestación de los Servicios dentro del período especificado en el Contrato, sin perjuicio de los demás recursos que la Contratante tenga en virtud del Contrato, éste podrá deducir del Precio del Contrato por concepto de multas, una suma equivalente al porcentaje del precio de entrega de los bienes atrasados o de los servicios no prestados, establecido en las CEC por cada fracción de tiempo indicada en la CEC. La Contratante podrá rescindir administrativamente el Contrato cuando el valor de las multas supere el monto de la garantía de cumplimiento de Contrato.

31. FUERZA MAYOR
31.1 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.

31.2 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.

Abg. César Romero Rojas
Director
Dirección de Asesoría Legal - DIBEN

31.3 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.

33. VIGENCIA DEL CONTRATO
Salvo disposición en contrario en las Condiciones Especiales del Contrato CEC, el contrato entrará en vigor a partir de su suscripción hasta el cumplimiento total de las obligaciones.

34. TERMINACIÓN
34.1 Terminación por Incumplimiento
a) La Contratante, sin perjuicio de otros recursos a su disposición en caso de incumplimiento del Contrato, podrá terminar el Contrato y sin perjuicio de otras acciones que pudiese tener contra el Proveedor, en cualquiera de las siguientes circunstancias:

(i) si el Proveedor no entrega o cumple parte o ninguno de los bienes o servicios dentro del período establecido en el Contrato, o dentro de alguna prórroga otorgada por la Contratante de conformidad con la cláusula 33 de estas CGC; o

(ii) Si el Proveedor no cumple con cualquier otra obligación en virtud del Contrato; o

(iii) Si el Proveedor, a juicio de la Contratante, durante el proceso de licitación o de ejecución del Contrato, ha participado en actos de fraude y corrupción, según se define en la cláusula 3 de las CGC;

(iv) Cuando las multas por atraso superen el monto de la Garantía de Cumplimiento de Contrato;

(v) por suspensión de los trabajos, imputable al Proveedor o al contratista, por más de sesenta días calendarios, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;

(vi) en los demás casos previstos en las CEC.

INDICACIONES A LOS OFERENTES – IAO

2. FUENTE DE FONDOS
Los fondos para la presente licitación se encuentran expresamente previstos en los rubros del Presupuesto General de la Nación o de la Municipalidad correspondiente especificados en la Sección I "Datos de la Licitación" (DDL).

DATOS DE LA LICITACION – DDL. Página 5.

IAO 2 Los rubros para esta **Licitación Pública Nacional**, se hallan previstos en la partida presupuestaria **O.G. 270 "SERVICIO SOCIAL", Fuente 10 y Fuente 30**, del Presupuesto General de la Nación, para el Ejercicio 2017.
A los efectos de la adjudicación, serán asignados los recursos financieros del Ejercicio Fiscal 2017 para los siguientes bienes: Medicamentos varios (Oncológicos / Generales), en función a la necesidad de nuestros beneficiarios, hasta la suma de Gs 8.985.062.803.-
La validez de la contratación para el Ejercicio fiscal 2018, prevista en el Objeto de Gasto: 270 "Servicio Social", Fuente 10 y 30 para Medicamentos y los demás bienes y servicios de la presente licitación, quedará sujeto a la aprobación de la partida presupuestaria correspondiente.

Abg. César Romero Rojas
Director
Dirección de Asesoría Legal - DIBEN

3.-Plan de Entregas. Página 31
Como se trata de bienes cuyo destino final es la AYUDA SOCIAL, y teniendo en cuenta la cantidad y diversidad de beneficiarios de la DIBEN que acuden a nuestra Institución, resulta imposible anticipar que tipo de ayuda se necesitará en un periodo dado de tiempo, por ello se utilizará el siguiente plan de entregas:

1) Para los bienes adjudicados por *cantidades "mínimas"*, como ser: ***medicamentos oncológicos, medicamentos generales y sillas de ruedas***, deberán ser entregados en el Parque Sanitario de la Dirección de Beneficencia y Ayuda Social (DIBEN) – Av. Mariscal López No 993 esq. EE UU, Asunción, dentro de los tres (03) días hábiles posteriores a la recepción de la Orden de Compra, salvo motivo de fuerza mayor debidamente justificada. Las cantidades restantes se irán solicitando conforme a la necesidad de la Convocante, hasta completar las cantidades máximas o al término de la vigencia del contrato, lo que primero se cumpla.
Para definir si un evento se considera fuerza mayor, y el modo de proceder ante tal eventualidad, se deberá ceñir a lo estipulado en las clausulas 31.1, 31,2 y 31,3 de las CGC.
En caso de fuerza mayor, el Proveedor notificará por escrito al Contratante dentro de los 5 días corridos de ocurrido el hecho, condición y causa.

Todos los bienes y servicios adjudicados deberán entregarse antes del cierre de los Ejercicios Fiscales 2017 y 2018, determinado por el Ministerio de Hacienda y la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, los cuales serán comunicados oportuna y fehacientemente por parte de la Convocante a los adjudicados.

CGC 27. Página 37.
El valor de las multas será: **2% (dos por ciento)** por cada día de atraso en la entrega de los bienes y/o servicios adjudicados. La aplicación del porcentaje establecido (2%) se realizará sobre el valor del bien y/o servicio solicitado y que se encuentre en mora. La adjudicada incurrirá en mora desde el vencimiento del plazo establecido en el apartado "2.Plan de Entregas". Una vez que las multas superen el monto total de la Garantía de Fiel cumplimiento de Contrato, la Convocante se reserva el derecho de decidir sobre la continuidad o no del Contrato con la Adjudicada. Todo esto, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 72 de la Ley 2051/03, y de la Circular DNCP N° 31/15.

CGC 33. Página 37.
Vigencia del contrato:
El contrato entrará en vigor a partir de su suscripción hasta el cumplimiento total de las obligaciones.

CGC 34.1 (a) (vi). Página 37.
El Contratante podrá terminar el Contrato además en los siguientes casos:
La Contratante, sin perjuicio de otros recursos a su disposición en caso de incumplimiento del Contrato, podrá terminar el Contrato y sin perjuicio de otras acciones que pudiese tener contra el Proveedor, en cualquiera de las siguientes circunstancias:
(i) si el Proveedor no entrega o cumple parte o ninguno de los bienes o servicios dentro del período establecido en el Contrato, o dentro de alguna prórroga otorgada por la Contratante de conformidad con la cláusula 33 de estas CGC; o
(ii) Si el Proveedor no cumple con cualquier otra obligación en virtud del Contrato; o
(iii) Si el Proveedor, a juicio de la Contratante, durante el proceso de licitación o de ejecución del Contrato, ha participado en actos de fraude y corrupción, según se define en la cláusula 3 de las CGC;
(iv) Cuando las multas por atraso superen el monto de la Garantía de Cumplimiento de Contrato;
(v) por suspensión de los trabajos, imputable al Proveedor o al contratista, por más de sesenta días calendarios, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
(vi) en los demás casos previstos en las CEC

Abg. César Romero Rojas
Director
Dirección de Asesoría Legal - DIBEN

F). OTROS DOCUMENTOS ESPECIFICOS. Pagina 49:
2.1. Declaración Jurada en la que manifieste que al momento de la presentación de su oferta, cuenta con los bienes/servicios ofertados, suficientes para cumplir con el contrato en caso de ser adjudicado.

INFORME DE LA DIRECCION DE AUDITORIA INTERNA.

MEMORANDUM N°390/17 de fecha 20 de diciembre de 2017

Conclusión.
Del análisis se concluye que FAPASA no cumplirá con el Plan de entrega y en consecuencia de ello con el contrato UOC Nº 29/2017 de fecha 7 de diciembre de 2017. Por lo que cabe la aplicación de lo establecido en el contrato en el PBC **Sección IV CONDICIONES ESPECIALES DEL CONTRATO (CEC)** CGC 27 que dice; el valor de las multas será: **2% (dos por ciento)** por da día de atraso en la entrega de los bienes y/o servicios adjudicados. La aplicación del porcentaje establecido (2%) se realizara sobre el valor del bien y/o servicio solicitados y que se encuentre en mora. La adjudicataria incurrirá en mora desde vencimiento del plazo establecido en el apartado "2 Plan de entregas", Una vez que las multas superen el monto total de la garantía de Fiel cumplimiento de contrato, la convocante se reserva el derecho de decidir sobre la continuidad o no del contrato con la Adjudicada. Todo esto, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 72° de la Ley 2051/03, y la Circular DNCP N°31/15.

Recomendaciones.
En parecer de esta Dirección de Auditoria Interna que se aplique la multa PBC **Sección** IV CONDICIONES ESPECIALES DEL CONTRATO (CEC) CGC 27 hasta el 31/12/2017 "...o una vez que la multas superen el monto total de la Garantía del Fiel cumplimiento de contrato, la convocante se reserva el derecho de decir sobre la continuidad o no del contrato con la adjudicada. Todo esto, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 72° de la Ley 2051/03, y la Circular DNCP N°31/15."
Remitir el presente informe a la Dirección de Asesoría Legal para que en el ámbito de su competencia se expida.

ANALISIS DEL CASO.

Que, conforme a los dichos de la nota presentada por la firma adjudicada, es conducente analizar los términos vertidos en la misma en relación al contrato de adjudicación, al pliego de bases y condiciones, al marco legal en general y en particular; a efectos de determinar si lo solicitado es conducente o si la empresa ha incurrido en algún tipo de irregularidad que determine incumplimiento de contrato o violación a las normas vigentes.

La situación planteada adolece de particularidades y delicadeza en extremo considerables, ya que no solo es menester analizar la cuestión de fondo sino también la de forma.

Dentro del proceso de análisis ésta representación legal ha recurrido a la Dirección de Contrataciones Públicas de la Institución a efectos de contar con los documentos contenidos en la oferta presentada por FAPASA; instrumentales que serán mencionadas y analizadas en su oportunidad este apartado.

Es obligación empezar diciendo que en general en el ámbito del derecho los motivos de fuerza mayor y caso fortuito son eximentes genéricos de responsabilidad a favor del deudor ó como en este caso del adjudicado. Aclarando que en el caso fortuito no son exonerables las consecuencias del incumplimiento.

Abg. César Romero Rojas
Director
Dirección de Asesoría Legal - DIBEN

Vale aclarar que para este caso según la doctrina legal debemos analizar si la situación se encuadra al caso fortuito o a la fuerza mayor.

Aclarando términos; la fuerza mayor o *vis maior*, es un hecho que no se puede evitar y tampoco se puede prever, tiene gran importancia, en Derecho, a la hora de establecer la responsabilidad por los daños y perjuicios a la Contratante. Como su nombre lo indica la posibilidad de prever el suceso o sus consecuencias supera a las fuerzas del contratista y por sobre todo debe ser un hecho *lo suficientemente fuerte y comprobable* como para invocar válidamente la figura de fuerza mayor.

De lo anterior pasamos a entender que es "caso fortuito" como su nombre lo indica aquellos sucesos o hechos que suceden por el azar o de manera fortuita, los cuales no se pueden evitar pero sí prever.

Por último tenemos también las "negligencias" que son casos o hechos que sí se pudieron evitar y prever. Y aquí agregamos que la negligencia agregada al perjurio – declaración formal falsa – es un agravante de la situación.

Las normativas relacionadas a las adquisiciones de Estado tienen un carácter fuertemente tuitivo a los intereses y derechos de los adjudicados y esto es lo que en el presente dictamen se ha recogido. Vale decir, exoneran de manera particular a los adjudicados que por razones de *vis maior* no puedan cumplir con sus obligaciones, *esta prerrogativa no alcanza a los casos fortuitos o a la negligencia agravada por el perjurio.*

En el caso de la firma Farmacéutica Paraguaya SA ¿Qué se configura?; pasemos al análisis del UNICO documento que la firma ha arrimado, la nota ingresada en fecha 15 de diciembre de 2017.

La nota *per sé* no aporta en absoluto datos, elemento y menos aún documentos que de manera irrefutable puedan hacernos decantar a la aplicación del criterio de fuerza mayor; es más; argumentan que: *solicitud obedece por un problema de abastecimiento de insumos de nuestro proveedor de origen (Laboratorio Monte Verde S.A. – Argentina). Por dicha situación no podremos cumplir con dicho plan de entrega.*, amén de esta nota repetimos que no se han agregado otros documentos o pruebas que ayuden a la determinación de la exoneración de las obligaciones contractuales por motivos no imputables a la adjudicada.

Por otro lado el Contrato UOC 029/2017 está fechado al 07 de diciembre de 2017; la Orden de Compra N 62.369 está fechada al 14 de diciembre de 2017 y la nota a la institución al 15 de diciembre de 2017; todo esto es para demostrar que habían pasados 02 (dos) meses desde el momento de la apertura de ofertas que fue en fecha 17 de octubre de 2017. La firma FAPASA estaba en pleno conocimiento del contenido de los requerimientos de la DIBEN tanto en lo referente a la composición de los lotes, así como los documentos exigidos en el PBC, en que ejercicio debían entregar los medicamentos oncológicos y generales, y que para estos bienes solo habían sido asignados recursos presupuestarios y financieros del ejercicio fiscal 2017. Aun así, presento ofertas en los dos lotes hoy no entregados o entregado parcialmente.

Quedando sin excusa la desprovisión que sea atribuible a la fuerza mayor. Esto trae luz al tema ya que en sesenta días - contados desde la presentación de la oferta hasta su presentación de nota - es posible *prever* la situación de desprovisión, la firma al mantenerse en silencio todo ese tiempo no afirmaba ni negaba ningún impedimento para la provisión, al firmar el contrato asumió la obligación de la entrega de todo lo adjudicado dentro del plazo previsto y la DIBEN en todo momento espero la provisión, estando la Convocante en absoluto desconocimiento del supuesto problema de abastecimiento por parte del proveedor de insumos de FAPASA.

Abg. César [illegible]ero Rojas
Director
Dirección de Asesoría Legal - DIBEN

Aquí es donde podríamos incluso pensar que la falta del capecitabina 500mg y temozolamida 100 pudo haberse *previsto y evitado en tiempo y forma.*

Con lo anteriormente dicho, ya se descarta *fuerza mayor*, sin hacer juicios de valor sobre la administración de la adjudicada, pero viendo el tiempo trascurrido podríamos estar ante la peor de las situaciones *la negligencia,* aun si pudiera invocarse una situación de *caso fortuito;* en ambos casos la firma es responsable por las consecuencias del incumplimiento; **en principio y como ya ha opinado técnicamente la Dirección de Auditoria Interna son aplicables las multas en los términos y alcances de su Memorándum N°390 de fecha 20 de diciembre de 2017 La firma FARMACEUTICA PARAGUAYA SA es responsable del saneamiento de las multas ocasionadas por el incumplimiento del contrato**

Ante esto es válido decir que todos los presupuestos que la ley, las CGC, las CEC y el PBC a favor de la excusación por *fuerza mayor* NO SON APLICABLES AL CASO DE FARMACEUTICA PARAGUAYA S.A. ya que la misma ha actuado de manera displicente y con su nota ha tratado de inducirnos a un error conceptual. AQUÍ SE CONFIGURA NEGLIGENCIA EXPLICITA Y MANIFIESTA POR PARTE DE LA ADJUDICADA, en MENOR GRADUACION PODRIAMOS DECIR QUE DE HABER ALGUN OTRO ELEMENTO PROBATORIO LA CAUSA SE REDUCIRIA A *CASO FORTUITO,* lo que de igual manera hace recaer en la firma la responsabilidad de sanear las multas y la configuración de incumplimiento parcial de contrato de adjudicación.

Si nos remitimos al artículo 426 del C.C.: *"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."*

Hasta aquí se ha analizado la situación fáctica presentada, cabe empezar el análisis de lo solicitado por FAPASA en relación a las normas que rigen la materia:

1. La recurrente solicita *una consideración en los plazos de entrega* en los bienes CAPECITABINA 500 MG y TEMOZOLAMIDA 500 MG sin establecer una fecha exacta de provisión, solo estiman que al 19 de enero de 2018 estiman contar con los bienes citados. Esta solicitud ES DE IMPOSIBLE CUMPLIMIENTO LEGAL Y ADMINISTRATIVO, ya que tenemos 2 limitantes que no admiten tal solicitud;
   a) PRIMERO y PRINCIPAL las partidas presupuestarias y financieras que fueron asignadas son EXCLUSIVAMENTE para el ejercicio fiscal 2017 en lo referente a la adjudicación que le atañe a FAPASA. Esto se contempló en la Cláusula Tercera del Contrato 029/2017, en el Pliego de Bases y Condiciones IAO 2 y en los Datos de la Licitación, pagina 5. Demás está decir que FAPASA no ha protestado el PBC dentro del plazo legal y en consecuencia ha dado fe, conocimiento y aceptación de todos los términos contenidos en el mismo conforme a los incisos a); e); f) y j) del Formulario Oferta obrante a foja 01 y en la Planilla de Precios visto a fojas 02 en la que presenta oferta en los Lotes 3 CAPECITABINA 500 MG y .Lote 13 TEMOZOLAMIDA 100 MG

   b) En SEGUNDO termino tenemos el Plan de Entregas previsto en la página 31 del PBC para los Ejercicio 2017 y 2018 que en el numeral 1) dice claramente: *Para los bienes adjudicados por cantidades "mínimas", como ser:* ***medicamentos oncológicos, medicamentos generales y sillas de ruedas****, deberán ser entregados en el Parque Sanitario de la Dirección de Beneficencia y Ayuda Social (DIBEN)…… dentro de los tres (03) días hábiles posteriores a la recepción de la Orden de Compra, salvo motivo de fuerza mayor debidamente justificada.*

Abg. Cé[illegible] Romero Rojas
Director
Dirección de Asesoría Legal - DIBEN

.....Todos los bienes y servicios adjudicados deberán entregarse antes del cierre de los Ejercicios Fiscales 2017 y 2018, determinado por el Ministerio de Hacienda y la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, los cuales serán comunicados oportuna y fehacientemente por parte de la Convocante a los adjudicados.

2. La firma adjudicada ha presentado en su carpeta de oferta a fojas 131, en fecha 17 de octubre de 2017, una Declaración Jurada Formal en los siguientes términos: *"En virtud a nuestra participación en la Licitación Publica Nacional N° 01/2017 LPN Nro. 01/2017 Adquisición de Medicamentos, Materiales y Equipos Cardiológicos, de Osteosíntesis, y Otros - Plurianual 2017 – 2018 ID: 333.711,* ***Farmacéutica Paraguaya S.A.*** *manifiesta en carácter de Declaración Jurada que al momento de la presentación de su oferta cuenta con los bienes/servicios ofertados, suficientes para cumplir con el contrato en caso de ser adjudicado.-"* esta declaración jurada remata todo los argumentos que la misma pretendía a su favor y es uno de los cuales nos impide absolutamente conceder la solicitud; diciendo aún más, la presentación de esta declaración jurada en contraste con su nota del 15/12/2017 hace recaer a la adjudicada en *perjurio.*

3. Las Condiciones Generales del Contrato en sus puntos 4.5; 4.6; 10.1;10.2; 11; 12 establecen las condiciones para las dispensas en el cumplimiento contractual, la divisibilidad entre los bienes incumplidos y su no afectación a los demás bienes cumplidos; el sometimiento de la adjudicada al plan de entregas y a los plazos contractuales y las responsabilidades del proveedor. Para el análisis de todos estos puntos nos remitimos directamente a todo lo que hemos vertido desde el inicio del presente dictamen.

Con todo lo anteriormente dicho, no habiendo posibilidad de argumentar fuerza mayor dado el tiempo transcurrido desde la apertura de sobres hasta la presentación de la nota, **LOS DOS BIENES HARTAMENTE CITADOS DEBEN INDEFECTIBLEMENTE SER ENTREGADOS EN LA TOTALIDAD CONFORME A LO SOLICITADO A MAS TARDAR EL DIA 31 DE DICIEMBRE DE 2017, SIN POSIBILIDAD MATERIAL NI LEGAL DE PRORROGA EN LA FECHA DE ENTREGA.**

La entrega parcial que se constata en la Nota de Remisión N° 002-002-0007463 de fecha 19 de diciembre de 2017 del Lote 13 TEMOZOLAMIDA 100 MG – solo 100 unidades en relación a las 200 unidades correspondientes a la cantidad mínima solicitada – y la falta de entrega del Lotes 3 CAPECITABINA 500 MG; hacen incurrir a la firma FARMACEUTICA PARAGUAYA SA en un incumplimiento parcial de contrato, debiendo aplicar las sanciones previstas como principales.

A la sanción accesoria de multa dictaminada por la Dirección de Auditoria Interna, de precederle la principal que es la **RESCICION DEL CONTRATO DE ADJUDICACION EN LOS Lotes 3 CAPECITABINA 500 MG y .Lote 13 TEMOZOLAMIDA 100 MG, POR INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE CONTRATO, NO AFECTANTO TAL RESCICION A LOS DEMAS LOTES CUYA ENTREGA SE HAYA HECHO A SATISFACCION DE LA CONVOCANTE.**

Abundando en doctrina, decimos:

> ***En sentido amplio*** **traditio** ***equivale a entrega y deriva del verbo*** **tradere,** ***compuesto de*** **trans** ***(de la otra parte, más allá) y*** **do** ***(dar), con el significado de entregar o poner en manos de otro. Así pues,*** **traditio** ***y tradición significan transmisión o entrega*** **latu senso,** ***pero en sentido técnico-jurídico su significado es más restringido y equivale a transmisión de la propiedad sobre las cosas.***

Abg. César Romero Rojas
Director
Dirección de Asesoría Legal - DIBEN

Tradición. Según la Academia, y en lenguaje forense, "entrega"; representa el acto mediante el cual una persona pone en poder de otra una cosa.[1]

Que, la ley N° 2051/03 dice

Artículo 55.- DERECHOS DE LAS CONTRATANTES.

Las contratantes gozan de los siguientes derechos:

a) a que se ejecuten los contratos en sus términos y condiciones y, en su caso, a exigir su cumplimiento forzoso;

b) a modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito;

c) a suspender o rescindir el contrato por razones de interés público;

d) a declarar la resolución o rescisión del contrato, y determinar los efectos procedentes en cada caso; y

e) a imponer las sanciones previstas en los contratos y a ejecutar las garantías, cuando el proveedor o Contratista no cumpla con sus obligaciones.

Las resoluciones adoptadas por las contratantes en ejercicio de estas prerrogativas, se ejecutarán de inmediato.

Artículo 59.- RESCISIÓN DEL CONTRATO

La Contratante podrá rescindir administrativamente los contratos a los que se refiere esta ley, en los siguientes casos:

a) por incumplimiento del proveedor o contratista;

La Contratante iniciará el procedimiento de rescisión dentro de los quince días calendario siguientes a aquél en que se hubiere agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales.

Si previamente a la determinación de dar por rescindido el contrato, se hiciera entrega de los bienes, se prestasen los servicios o se ejecutasen las obras, el procedimiento iniciado quedará sin efecto, sin perjuicio de las responsabilidades del proveedor o contratista.

De ambos artículos subsumidos a los hechos, podemos inferir válidamente que:

a) Podemos y debemos rescindir el contrato de adjudicación ya que es imposible pensar en la concesión de la prórroga solicitada y que el mismo no se ha ejecutado enteramente en sus términos y condiciones.

b) Podemos y debemos imponer las sanciones principales y accesorias previstas en los contratos y el PBC, así como a ejecutar las garantías, cuando el proveedor o Contratista no cumpla con sus obligaciones.

Un comentario valido en este análisis al texto "*La Contratante iniciará el procedimiento de rescisión dentro de los quince días calendario siguientes a aquél en que se hubiere agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales.*" Es que las penas convencionales a las que se refieren son las multas previstas en el PBC y en el contrato de adjudicación, hemos demostrado hartamente que el contrato no puede excederse del 31 de diciembre de 2017, en consecuencia y como bien ha entendido la DAI, las multas no pueden seguir computándose al 2018 ya que de hacerlo estarías ante una imposibilidad material de cobrarlas recayendo esa responsabilidad de manera personal conforme a la Ley N° 1535/99. Tampoco es posible aplicar los quince días a contarse de manera posterior a la finalización del cómputo de la multa ya que el contrato es de ejecución 2017, los recursos asignados para honrar ese contrato son 2017, FAPASA no tiene provisión adjudicada y prevista para el 2018, la nota presentada por la adjudicada es testimonio de que la provisión no está asegurada dentro del marco de tiempo exigido; en consecuencia la rescisión de contrato por incumplimiento parcial debe ser inmediata.

[1] *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. OSSORIO, MANUEL, Ed. Heliasta SRL. Pág. 758.*

Abg. César Romero Rojas
Director
Dirección de Asesoría Legal - DIBEN

Una realidad fáctica a causa de situaciones como la analizada y que impactan notablemente en los procesos de aprehensión de bienes y servicios, es ¿Qué COSTO ECONOMICO EN HORAS HOMBRE; COSTO DE SERVICIOS BASICOS APLICADOS A LOS LLAMADOS, COSTOS DE OPORTUNIDAD; COSTOS DE TIEMPO Y RECURSOS VARIOS TIENE PARA EL ESTADO PARAGUAYO un proceso fallido como este, adjudicar a un proveedor que jura tener todos los bienes a ser adjudicados 60 días antes de la firma de contrato y al momento de la provisión incumple su obligación? La imposibilidad legal y material de la DIBEN de extender el contrato ¿a cuantas personas afectara?; no solo hay un costo económico en este incumplimiento, a la par hay también un costo moral, un costo social y un costo en vidas y salud humana.

RECOMENDACIONES.

De todo lo actuado, dicho y analizado por ésta dependencia legal, es criterio de esta representación legal:

1. **DETERMINAR** la rescisión del Contrato UOC N° 029/2017 suscrito entre la DIBEN y la firma FARMACEUTICA PARAGUAYA SA, exclusivamente en los lotes 3 "CAPECITABINA 500 mg" con cantidad máxima de 18.000 unidades y Lote 13 "TEMOZOLAMIDA 100 mg" con cantidad máxima de 400 unidades, por incumplimiento parcial del mismo, conforme Artículos 55°; 57° y el 59 de la Ley N° Ley N° 2051/03 y sus reglamentaciones.

2. **EJECUTAR** la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato en la proporción del incumplimiento, cuyo cálculo deberá practicarlo la Dirección de Administración y Finanzas a través de las dependencias que correspondan, en la brevedad posible.

3. **ALLANARSE** a la recomendación contenida en el Memorándum N° 390/17 emitido por la Dirección de Auditoria Interna en el ámbito de su competencia, sobre la *res Litis*.

4. **REMITIR** a la DNCP los antecedentes del caso conforme al artículo 72 del cuerpo normativo más arriba citado.

5. **APLICAR** de manera obligatoria los términos, análisis y recomendaciones, de manera análoga a todos los casos que guarden simetría legal y administrativa.

6. **ENCOMENDAR** a la Dirección de Administración y Finanzas a través de las dependencias que correspondan que eleve la solicitud de rescisión parcial de contrato a la Máxima Autoridad Institucional; en los lotes 3 "CAPECITABINA 500 mg" con cantidad máxima de 18.000 unidades y Lote 13 "TEMOZOLAMIDA 100 mg" con cantidad máxima de 400 unidades

7. **COMUNICAR** a quienes corresponda.

Es nuestro dictamen.

Recibí

Abg. Juan Marcin Mongelós
Secretaría DAF
DIBEN
22 DIC 2017
R 25

Abg. César Romero Rojas
Director
Dirección de Asesoría Legal - DIBEN

SECRETARIA GENERAL
Recibido: Ignacio Martínez
Asistente Sría. General
Fecha: DIBEN
Hora: 22/12/17 - 12:30