Asunción, 04 de julio de 2019.

DICTAMEN UOC N° 92/19

Señor
Prof. Dr. **EUGENIO JIMÉNEZ ROLÓN**, Presidente.
Consejo de Administración Judicial.
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
E. S. D.

Ref.: Dar por terminado el ítem 59 – Contrato 38/2018 – PAC 66/2017

Tenemos el honor de dirigirnos a Su Excelencia con el objeto de elevar **DICTAMEN** en el marco del llamado a **LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL PAC Nº 66/2017 "ADQUISICIÓN DE CINTA, TINTA Y TONER – CONTRATO ABIERTO – AD REFERÉNDUM – PLURIANUAL" ID Nº 329.364,** conforme a los siguientes antecedentes:

Por Resolución C.A.J. Nº 452 de fecha 19 de diciembre de 2017, se adjudicó el llamado a **LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL PAC Nº 66/2017 "ADQUISICIÓN DE CINTA, TINTA Y TONER – CONTRATO ABIERTO – AD REFERÉNDUM – PLURIANUAL" ID Nº 329.364** y en consecuencia se suscribió en fecha 06 de abril de 2018, el Contrato Nº 38/2018 con la firma proveedora **ALTERNATIVA S.A.,** con vigencia establecida desde su firma hasta el cumplimiento total de las obligaciones, con un periodo de provisión de los insumos de 12 (doce) meses.

En fecha 11 de abril de 2018 fue recepcionada por parte de la firma proveedora **ALTERNATIVA S.A.,** la Orden de Compra Nº 1208 por la cual se solicitó la provisión de bienes correspondiente al ítem 59 -Tóner para impresora Canon LBP 250 - 113 Negro (original) no genérico. No compatible por la cual se proveyó 6 de los 9 solicitado y la Orden de Compra Nº 3450, recepcionada por la firma proveedora en fecha 04 de setiembre de 2019 por la cual no se proveyó ninguna unidad de lo solicitado.

En fecha 14 de noviembre de 2018 la empresa ALTERNATIVA S.A., remitió la nota donde indicó lo siguiente: *"En fecha 11/abril/2018 recibimos la Orden de Compra 1208 para la provisión de 9 unidades del TONER CANON LBP 250 – 113 NEGRO. En ocasión de realizar el pedido correspondiente a CBM TRADING INC. Distribuidor Autorizado de productos CANON en Miami USA hemos recibido en contestación la nota adjunta del 16/abril/2018, en la que certifica que el fabricante anuncia la discontinuidad de dicho producto, por lo que no estaría disponible para pedidos a partir de la dicha fecha…".*

La nota continúa manifestando: "*...Ante esta circunstancia y a efectos de completar la Orden No. 1208 ya la No. 3450 del 29/agosto/2018 (9 tóner CANON 113), emitida posteriormente, proponemos reemplazar las unidades faltantes por cualquiera de las 2 opciones, a criterio de la Superioridad:*
1-Con la provisión de la misma cantidad de ***tóner originales de la marca HP*** *CB436A para 2.000 copias, compatible con la impresa CANON LBP 250 de igual rendimiento al tóner CANON 133 o,*

2-Con la provisión del doble de la cantidad de tóner COMPATIBLE para la CANON LBP 250, que comercializa DATA SYSTEMS SAECA, Distribuidora Autorizada de Canon para el Paraguay y que ha importado como solución para los usuarios de dicha impresora que ha quedado discontinua."

En fecha 22 de marzo de 2019, por Nota UOC N° 347/2019 de la Unidad Operativa de Contrataciones menciona cuanto sigue: "*En relación al legajo se puede realizar las siguientes presiones:*

Abg. Juan Angel Santacruz
Jefe
Dpto. de Contratos y Garantías - U.O.C.

Lic. Lila Fátima Insfrán C.
Directora
Unidad Operativa de Contrataciones
C.S.J.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
CONSEJO

- *La nota de la empresa Alternativa S.A., donde se certifica la calidad de distribuidor de productos Canon no se encuentra debidamente legalizada ni apostillada por lo que no puede surtir efecto jurídico en el territorio nacional.*
- *En las especificaciones del ítem 59 indica lo siguiente tóner para impresa Canon LBP 250-113 negro (original)* ***no genérico – no compatible.***
- *Se verificaron 2 propuestas para un posible cambio, pero no se verifica el Informe Técnico que avale cual de las propuestas sería la técnicamente apta por ser superior a la originalmente ofertada y respetar las Especificaciones Técnicas establecidas en el Pliego de Bases y Condiciones.".*

Por nota NDA Nº 541/2019 de fecha 06 de junio de 2019, la Dirección Administrativa adjuntó los informes del administrador del contrato manifestando: "*...el Administrador de Contrato considera que se debe declarar el incumplimiento de contrato de conformidad al Art. 59 de la Ley Nº 2051/03 y ejecutar la póliza de garantía de fiel cumplimiento de contrato, con fecha de vencimiento 12/11/2019...*".

En fecha 12 de junio de 2019, por medio de la Notificación UOC Nº 159/2019, la Unidad Operativa de Contrataciones, comunicó a la firma proveedora **ALTERNATIVA S.A**., con copia a la Aseguradora SEGUROS CHACO S.A DE SEGUROS Y REASEGUROS., el inicio de los trámites establecidos en el artículo 59º de la Ley Nº 2051/03 "De Contrataciones Públicas", a fin de que en un término de 10 (diez) días hábiles exponga lo que en derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes.

En fecha 27 de junio de 2019, la firma proveedora ALTERNATIVA S.A., remitió su descargo manifestando cuanto sigue: "*...**1-NOTA DEL DISTRIBUIDOR AUTORIZADO NO SE HA APOSTILLADO DENTRO DEL PERIODO DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL:** la comunicación de la falta de apostillado se realiza una vez culminado el plazo de ejecución, siendo que esta documentación ha sido presentada el 14/nov/2018, es decir, 5 MESES ANTES DE QUE LA C.S.J. comunicara la supuesta inhabilidad de la documentación, ya que carecía del Apostillado en origen.*

2-LAS ESPECIFICACIONES DEL ITEM 59 ESPECIFICA No genérico – no compatible: *La Dirección de Asuntos Jurídicos de la C.S.J. mediante Dictamen AJ N° 51/19 concluye de manera favorable sobre la propuesta de la entrega de Tóner original HP CB436A, para 2000 copias.*

3-LA FALTA DE INFORME TECNICO DEL FABRICANTE, REPRESENTANTE O DISTRIBUIDOR QUE AVALE CUAL SERIA LA PROPUESTA APTA: *Si bien no se ha podido conseguir que el Distribuidor Autorizado para Canon en Paraguay, DATA SYSTEMS SAECA se expida en este punto debido a políticas internas (compatibilidad y calidad de otras marcas alternativas de tóner para la impresora Canon LBP3250) (...)* ***SITUACIÓN FUERA DE CONTROL:*** *En este sentido, en fecha 14 de noviembre de 2018 (estando vigente el plazo de provisión) se ha comunicado las circunstancias de la DISCONTINUIDAD del producto – Cartucho de Tóner Canon 113 – mediante la nota expedida por el proveedor autorizado de dicha marca en Miami USA, CBM Trading INC. en fecha 16 de abril de 2018.(...)* ***MEDIOS ALTERNATIVOS PARA CUMPLIMIENTO DE CONTRATO:*** *A nivel nacional regional, mi parte ha gestionado la obtención de los TONER CANON LBP 250 – 113, sin tener éxito en las gestiones, no obstante y a efectos de dar cumplimiento a la Orden mencionada y por tratarse de pocas unidades no abocamos a buscar saldos del insumo en cuestión, dentro y fuera del país (...) Igualmente se planteó la propuesta de provisión de Toners de la marca HP, por lo que mi parte ha agotado todas las instancias a su alcance para cubrir la necesidad de la C.S.J. (...) NOTIFICACIÓN DEL EVENTO FORTUITO: Se ha notificado en debida forma la situación de fuerza mayor experimentada, por lo que se ha dado cumplimiento a sus obligaciones legales y contractuales.*

PROPUESTA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO: *a modo de demostrar el absoluto compromiso con el cumplimiento de las obligaciones emergentes del presente Contrato se pone a consideración de la Administración las siguientes propuestas: 1- Cumplimiento de la propuesta inicial, o 2- Entrega de 5*

Abg. Juan Angel Santacruz
Jefe
Dpto. de Contratos y Garantías - U.O.C.

Lic. Liz Fátima Insfrán C.
Directora
Unidad Operativa de Contrataciones
C.S.J.

*(cinco) unidades de TONER CANON 115 NEGRO para la impresa LBP 3310 (**también discontinuo**) con la que cuenta la CSJ…" (sic)*

En fecha 03 de julio de 2019 por Nota NDA N° 703/2019 la Dirección Administrativa remitió el Memorándum D.S y C.B N° 310/2019 del Departamento de suministro y Control de Bienes por la cual remiten el Memorándum M.A.C N° 192/2019 del Administrador de Contrato, en respuesta al descargo realizado por la firma Alternativa S.A.

Preliminarmente y considerando lo manifestado por la proveedora se debe dejar en claro que la notificación UOC Nº 159/2019 no es una manifestación de incumplimiento de contrato; sino es la comunicación pertinente de los hechos acaecidos a fin de otorgar la oportunidad para que la firma en cuestión ejerza su defensa ante una suposición de incumplimiento de contrato por causas imputables a esta, cumpliendo de esta manera con el debido proceso establecido en la Ley Nº 2051/03 "De Contrataciones Públicas".

Ahora bien, en relación a las propuestas realizadas de provisión de tóneres HP CB436A en reemplazo de los insumos establecidos en el ítem 59 correspondiente al Contrato Nº 38/2018 esta Dirección se ratifica en lo expuesto en la nota UOC Nº 347/2019 en el sentido que el Pliego de Bases y Condiciones establecía claramente en las especificaciones técnicas tóner **para impresa Canon LBP 250-113** negro (original) **no genérico – no compatible.**

A efectos de precisar los términos "no genéricos – no compatibles" es suficiente recurrir a la respuesta realizada en el sistema de Subasta a la Baja Electrónica, a la consulta Nº 01 en el marco del presente llamado. Un potencial oferente había consultado "*…la necesidad que la convocante aclare TECNICAMENTE la magnitud de dicha terminología a fin de no desorientar a los oferentes en el USO correcto de LA PALABRA COMPATIBLES, al momento de presentar las ofertas".* En respuesta, se indicó que: *"Con relación al termino No Compatible incluido en las Especificaciones técnica de los insumos solicitado. La Institución busca que todos los insumos y consumibles informáticos solicitados deberán ser original, **producidos por el fabricante de las impresoras**, a fin de garantizar mayor duración, mayor calidad, menos gastos (una calidad de impresión inferior en cartucho genéricos conlleva un mayor consumo de recursos), mayor sostenibilidad (los cartuchos originales dejan menos residuos en la impresora, facilitando su mantenimiento y alargando su vida) …".*

En ese sentido, un reemplazo como el propuesto por la firma Alternativa S.A. vulneraria lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, así como lo establecido en el artículo 63º de la Ley Nº 2051/03 "De Contrataciones Públicas" que reza: "***Queda prohibido realizar modificaciones contractuales que se refieran a** precios, anticipos, pagos progresivos, **especificaciones** y, en general, cualquier cambio que implique otorgar condiciones más ventajosas a un proveedor comparadas con las establecidas originalmente".*

Conviene recordar que el artículo 20º, inciso f), de la Ley Nº 2051/03 prescribe la norma de conducta que *"…ninguna de las condiciones contenidas en las bases de la licitación, así como en las ofertas presentadas por los participantes podrán ser negociadas".* Considerando los riesgos de recibir bienes y realizar pagos por los mismos, fuera de un proceso de competencia reglado que busca las mejores condiciones para el Estado Paraguayo.

Por otra parte, cabe mencionar que, en virtud al principio de legalidad, cardinal en el Derecho Administrativo y consagrado en el artículo 257º de la Constitución Nacional de la República del Paraguay, la Institución no puede obrar o realizar valoraciones fuera de lo establecido taxativamente en los actos normativos que rigen su conducta.

Lic. Liz Fátima Insfrán C.
Directora
Unidad Operativa de Contrataciones
C.S.J.

Abg. Juan Angel Santacruz
Jefe
Dpto. de Contratos y Garantías - U.O.C.

Por lo tanto, la propuesta de provisión de tóneres HP CB436A o Canon 115 Negro para la impresora LBP 3310, no resulta pertinente conforme a los fundamentos indicados.

Ahora bien, en relación a la causal de eximente de responsabilidad por la falta de cumplimiento en la provisión de los bienes detallados en el ítem 59 corresponde indicar que la firma proveedora ha adjuntado una nota de fecha 16 de abril de 2018 emitida por CBM Trading Inc., distribuidor autorizado de productos Canon, en el que se indica: "*...este fabricante anuncia la descontinuación del siguiente producto, dicho producto no estará disponible para pedidos a partir de la presente fecha (...) Cartridge 113. El Cartucho de Toner 113 no tiene reemplazo...*".

Cabe mencionar que dicho documento se encuentra debidamente apostillado de conformidad al Convenio de la Haya del 05 de octubre 1961 "Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros", ratificado por la República del Paraguay a través de la Ley Nº 4987/13. La apostilla fue emitida por el Estado de Florida de los Estados Unidos de América en fecha 01 de mayo de 2019 bajo el número Nº 2019-50569.

Así mismo, como medida de mejor proveer y a los efectos de confirmar tal situación, la Unidad Operativa de Contrataciones, a través de la Notificación U.O.C. Nº 177/2019 y U.O.C. Nº 176/2019, consultó a las empresas DATA SYSTEMS S.A.E.C.A. y MITO IMPORT-EXPORT S.A., distribuidores autorizados para Canon en Paraguay, lo siguiente: "*¿Cuentan con disponibilidad del tóner Cartridge 113 para la impresora de la marca Canon LBP 3250?*"

En respuesta, ambas firmas manifestaron de manera congruente que no cuentan con stock de los insumos considerando que fueron discontinuados por el fabricante, estando disponibles solamente cartuchos de carácter genérico y/o compatible.

Corroborada tal situación corresponde indicar que el artículo 721º del Código Civil Paraguayo, cuerpo normativo supletorio en el ámbito de las contrataciones públicas, indica: "*Si por un hecho posterior a la celebración del contrato bilateral, y sin culpa de ninguna de las partes, la prestación se hiciere imposible, las obligaciones recíprocas de ambos contratantes quedan sin efecto*".

Asimismo, el Artículo 58° de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas" indica: "*Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses públicos ejecutar total o parcialmente el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren...*".

Así también, corresponde exponer la posición emitida por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, autoridad administrativa y normativa en el marco de las compras públicas, a través de la Resolución DNCP Nº 1304/19 de fecha 12 de abril de 2019 que explico: "*...se observa que el bien solicitado al mes de entrega no se encontraba disponible en el mercado en razón a que la empresa autorizada legalmente para su comercialización dentro del territorio paraguayo informó que en los meses de setiembre a noviembre de 2017 no contaba con el ítem Nº 11. Entonces, la entrega del bien requerido se vio afectado por un hecho imprevisible e inevitable, que no fue provocado por negligencia del proveedor, en razón a que dicho hecho recayó en la empresa autorizada de la marca ofertada, por tanto, se reúnen los elementos que hacen a la fuerza mayor como eximente de responsabilidad,* ***razón por la cual no es imputable a la firma sumariada el incumplimiento suscitado...***".

Razón por la cual, verificando los antecedentes del presente proceso se ha constatado fehacientemente que la falta de cumplimiento en la entrega de los bienes correspondientes al ítem 59 se

Abg. Juan Angel Santacruz
Jefe
Dpto. de Contratos y Garantías - U.O.C.

Lic. Liz Fátima Insfrán C.
Directora
Unidad Operativa de Contrataciones
C.S.J.

debió a la discontinuidad del producto por parte del fabricante, siendo esta una eximente de responsabilidad conforme a todos los argumentos expuestos.

Por lo tanto, es nuestra recomendación dar por terminado el ítem 59 del Contrato Nº 38/2018 por mutuo acuerdo, de conformidad al artículo 58º de la Ley Nº 2051/03 "De Contrataciones Públicas" y con base en los fundamentos mencionados, salvo mejor parecer.

Se adjunta al presente Dictamen un Proyecto de Resolución, el cual se encuentra sujeto a modificación acorde al criterio de la máxima autoridad.

Sin otro particular, nos despedimos muy atentamente.

Abg. Juan Angel Santacruz
Dpto. de Contratos y Garantías - U.O.C.

PODER JUDICIAL
UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACIONES
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Lic. Lic. Fátima Insfrán C.
Directora
Unidad Operativa de Contrataciones
C.S.J.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
CONSEJO DE ADMINISTRACION JUDICIAL
04 JUL 2019
Recibido por: Sebastián Lobo
Aclaración: C.A.J. Hora: 11:14