

Guia No : 25712888

Tipo: GUIA\_DE\_SECRETARIA

Fecha: 16/11/2016 09:39: Unidad: DEPARTAMENTO PROCESAL JURIDICO  
Descripción: GUIA ENVIO MESA VALIDACION A SECRETARIA  
Estructura Organizacional QUITO - DIRECCION NACIONAL  
Estructura Organizacional QUITO - DIRECCION NACIONAL  
Guía Principal:

No.	Doc No.	Trámite No.	Ciudad	RUC/Cédula	Razón Social
1	NAC-DGEOSGEI16-00000549	0000000000	QUITO	1792682738001	CONSORCIO SICPA ECUATRACE

**SRI** SECRETARÍA GENERAL  
CONTROL RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS

Hora: 16 NOV 2016      Número de documentos Recibidos  
.....!.....

Nombre de Persona: William ? Andrade  
Entrega: .....  
Nombre Receptor: 2A

RECEBIDO POR: .....

ENVIADO POR: .....

ANSWER  
1.  $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$   
2.  $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$   
3.  $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$   
4.  $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$   
5.  $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{4}$

Oficio No. NAC-DGEOSGE16-00000549

Quito, D. M., a *16 NOV 2016***Asunto:** Negativa a la solicitud de prórroga del Contrato  
No. NAC-JADNCGC16-00000020

Doctor  
Agustín Hurtado Larrea  
Apoderado Especial  
BBR Representaciones Cía Ltda., representante de SICPA S. A., representante del Consorcio SICPA  
EcuaTrace  
Ciudad.-

De mi consideración:

En atención a su petición de prórroga de plazo, de 7 de noviembre de 2016, presentada ante esta Administración Tributaria el 8 de los mismos mes y año, y previo informe del Administrador del Contrato cúmpleme señalar lo siguiente:

**a) Antecedentes:**

El Contrato No. NAC-JADNCGC16-00000020, relativo al servicio de identificación, marcación, autentificación, rastreo y trazabilidad fiscal -SIMAR- para bebidas alcohólicas, cervezas y cigarrillos de producción nacional, celebrado el 12 de julio de 2016 entre el Servicio de Rentas Internas y el Consorcio SICPA EcuaTrace, estipuló, en el número 1 de su cláusula 7.1, un plazo de 6 meses -contado desde la suscripción del contrato- para la implementación de la primera etapa de la solución tecnológica. Dicha etapa incluye las fases de identificación, marcación, autentificación y rastreo, es decir, únicamente está excluida de esta etapa de implementación la fase de agregación.

El régimen previsto en el contrato para la prórroga de plazos consta en la cláusula 7.2 y en el número 4 de la cláusula 10.3 de sus condiciones especiales y en la cláusula cuarta de sus condiciones generales. Según estas estipulaciones, las solicitudes de prórroga del contratista requieren:

- Presentarse por escrito.
- Justificarse en caso fortuito, fuerza mayor, suspensiones en la ejecución imputables únicamente al Servicio de Rentas internas o por problemas no solucionados oportunamente por la entidad contratante, con incidencia en la ejecución contractual.
- Si la petición se justifica en caso fortuito o fuerza mayor, esta debe presentarse máximo 15 días luego de producido el hecho que lo motiva.
- Ser conocidas por el administrador del contrato.
- Ser objeto de un informe por el administrador del contrato.
- Ser autorizadas por el Director General del Servicio de Rentas Internas o su delegado.
- Ser notificadas al contratista por el administrador del contrato.

Además, según estas mismas estipulaciones, el otorgamiento de las prórrogas determina la elaboración y aprobación de un nuevo cronograma de ejecución contractual. Finalmente, la concesión de prórroga no impide que se continúe ejecutando el contrato, aun sin necesidad de comunicación del administrador del mismo, una vez que desaparezca la causal que la origine.

<b>SRI</b> <small>...le hace bien al país!</small>	<b>SECRETARÍA GENERAL</b>
CONTROL RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS	
Hora:	16 NOV 2016
Número de documentos Recibidos	
-----	
Nombre de Persona:	
Entrega:	
Nombre Receptor:	
-----	
<a href="http://www.SRI.gob.ec">www.SRI.gob.ec</a>	

Su comunicación se refiere al plazo de implementación de la primera etapa de la solución tecnológica y se concreta de la siguiente forma: “*solicita al SRI otorgar una prórroga de cuatro meses a contar del 12 de enero de 2017*”.

Como causal justificatoria de la solicitud se invocó el número 2 de la cláusula 4.1 de las condiciones generales del contrato (al identificar el objeto de la comunicación, en su primer párrafo y al formular la solicitud –primer guión de la página 8–), del siguiente tenor literal: “*2. Por suspensiones en la ejecución del contrato, motivadas por la Contratante u ordenadas por ella y que no se deban a causas imputables al Contratista*”.

En el fondo, la solicitud se refiere a “*circunstancias especiales e imprevistas*” que imposibilitarán la instalación de aplicadores en las líneas de producción de la fábrica de Tabacalera Andina S.A. TANASA. Al respecto, la solicitud contiene una relación de las actuaciones de la contratista, de TANASA y del Servicio de Rentas Internas. De dicha relación, son hitos relevantes, los siguientes:

- El 28 de julio de 2016 TANASA solicitó utilizar aplicadores GD, comprometiéndose a establecer el contacto entre el contratista y el fabricante de estos aplicadores.
- El 18 de agosto de 2016 se realizó la primera visita técnica, sin que las líneas de producción se encuentren en funcionamiento.
- El 25 de agosto de 2016, el representante regional del fabricante de los aplicadores GD informa al contratista “*que no pueden cotizar los aplicadores, argumentan que solo venden a productores de tabaco*”.
- El 2 de septiembre de 2016 “*TANASA confirma la negativa de GD Italia y argumenta que no pueden intervenir más*”.
- El 27 de septiembre de 2016 TANASA afirmó que “*GD Italia, por ningún motivo, puede hacer negocios con SICPA*”.
- La segunda visita técnica, necesaria para cotizar aplicadores alternativos para las líneas de producción, se efectuó el 12 de octubre de 2016. Al respecto, en la petición también se afirma: “*La visita técnica se realizó con Montrade, el único proveedor alternativo en el mercado con capacidad de proveer los aplicadores en el plazo de 6 meses a contar de la formulación de la orden de pedido... Los demás proveedores que contactó SICPA ofrecían todos unos plazos de entrega de 9 a 12 meses*”.

En la petición se afirma “*[...] que si todo avanza positivamente, como hasta la fecha, para los fabricantes de bebidas alcohólicas y para el fabricante de cerveza Ambev se implementará incluso antes de vencer el plazo de seis meses, [...]*”.

**b) Análisis:**

**1) Sobre la causal invocada**

Conforme se detalló en los antecedentes de este documento, Usted se refiere a la causal segunda de la cláusula cuarta de las condiciones generales del contrato, relativa a la suspensión en la ejecución del contrato motivada u ordenada por la entidad contratante.

No obstante, no se menciona siquiera que el Servicio de Rentas Internas haya dispuesto u originado una suspensión en la ejecución del contrato. La inexistencia de tal suspensión se verifica por cuanto, según se afirmó en la misma petición y se cita en los antecedentes de este memorando, las estipulaciones contractuales se han venido ejecutando con normalidad respecto de los fabricantes de bebidas alcohólicas. Por lo tanto, se debe rechazar la petición fundamentada en la causal segunda de la cláusula cuarta de las condiciones generales del contrato.

Si bien, Usted se refiere reiteradamente a la causal segunda de la cláusula cuarta de las condiciones generales del contrato, en adelante consideraremos la posibilidad de que la petición se refiera a un evento de caso fortuito o fuerza mayor, tomando en cuenta los hechos que se mencionan en la petición.

## 2) Sobre el caso fortuito o la fuerza mayor

El artículo 227 de la Constitución de la República prevé: “*La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.*”.

Como antecedente, debe considerarse que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone:

“*Art. 99.- Responsabilidades.- En todos los procedimientos precontractuales previstos en esta Ley, los oferentes participarán a su riesgo.*

*Los miembros de la asociación o consorcio contratista serán responsables solidaria e indivisiblemente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato, indistintamente del plazo de duración de la asociación. La ejecución del contrato es indivisible y completa para los asociados, a efectos de determinar su experiencia y cumplimiento [...].*

Ya sobre el caso fortuito o fuerza mayor, el segundo párrafo del artículo 221 del Código de Comercio prevé: “*Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva*”.

Sobre la aplicación de dicho concepto es revelador el decimotercer considerando de la sentencia de casación No. 161-2001, de 9 de abril de 2001, de la Primera Sala de Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 353, de 22 de junio de 2001, del siguiente tenor literal: “*Lo que sí cabe preguntarse es si la compañía comisionista podía estar liberada de responsabilidad frente al comitente por el hecho de que el Superintendente de Bancos dispuso, el 19 de diciembre de 1995, la disolución de I. S.A., como paso previo a su liquidación, como consecuencia de que esta entidad financiera se encontraba incursa en las causales que la ley prevé y que, según se puede deducir del proceso, estaban relacionadas con la cesación de pagos en que había incurrido (artículo 148 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero). Es decir si este hecho pudo o no ser previsto por el comisionista y si, empleando la diligencia y prudencia con que debe realizar sus gestiones profesionales, debía o no ejecutar las instrucciones del comitente. En otras palabras, si la no cancelación de la inversión por problemas de liquidez y la posterior disolución ordenada por la Superintendencia de Bancos deben ser consideradas como situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, cuyo efecto normal es liberar de responsabilidad al deudor (Código Civil, artículo 1590) y, en el caso de la comisión mercantil, liberarle de responsabilidad por el deterioro o pérdida de la cosa que tuviere en su poder (Código de Comercio, artículo 383). Por cierto que al contestar la demanda, C. Casa de Valores negó tener obligación alguna frente al actor y, por lo tanto, no alegó expresamente esta exención de responsabilidad, que, por lo demás tendría que haberla probado, conforme lo sostiene en forma unánime la doctrina, que también considera que corresponde al juzgador aceptar o no su existencia conforme a las reglas de la sana crítica. Posteriormente, sin embargo, en el escrito presentado ante esta Sala la demandada si la invoca y para mejor fundamentación de este fallo conviene examinar su pertinencia. El artículo 30 del Código Civil nos trae el siguiente concepto: 'Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.'. Sobre este punto, Juan Larrea Holguín comenta: 'La doctrina suele distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor. El primero se producirá por obra de agente de la naturaleza, como un terremoto, un incendio, etc., mientras que la fuerza mayor sería más bien la obra del hombre cuando no es posible resistir a ella, como*

*en los actos de autoridad o también en el asalto de bandoleros, piratas, etc., sin embargo, nuestro Código, y en general las leyes más modernas, no suelen entrar en estas distinciones, y por eso se definen ambos conjuntamente, como sinónimos perfectos. Los casos fortuitos que se enumeran en el Art. 30 no son, desde luego más que ejemplos, como lo indica claramente la expresión de la ley, y sobre todo la particula, 'etc.' Habría sido imposible e inútil enumerar todos los casos... La definición de la fuerza mayor que se halla en el artículo 221 del Código de Comercio es más práctica, más cercana a la realidad de la vida, y por lo mismo más exacta que la del Código Civil que es abstracta. Se destaca en el Código de Comercio el aspecto relativo de la fuerza mayor, ésta consiste en lo imprevisto e irresistible; pero esas cualidades dependen de los hombres y muchas veces de su profesión: lo que es imprevisible para unos no lo es para otros que tienen mayores conocimientos de alguna ciencia o arte; y lo mismo se podría decir respecto de la posibilidad de evitar un daño ya previsto, usando de medidas oportunas que no están al alcance de cualquier persona, pero sí de técnicos o entendidos. La mencionada definición dice así: 'Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva'. Resulta evidente que un marino o un aviador pueden impedir un accidente que no sabrá evitar un profano en esa materia, y así se puede imaginar en cualquier orden de cosas la situación relativa de las personas frente al caso fortuito' (Derecho Civil del Ecuador, Tomo I, Parte general y personas, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1984, páginas 309-310). La norma citada del Código de Comercio, a la que se remite el artículo 383 del mismo Código, es la aplicable a este caso. Quienes están inmersos en la actividad bursátil, quienes ejercen la actividad de intermediarios en valores tienen, o deben tener, suficiente información sobre la situación real de las instituciones que emiten valores como para poder llevar adelante las instrucciones de sus clientes o para no ejecutarlas, si por hacerlo, éstos van a sufrir perjuicios. En este caso, la inversión consistió en un reposo a siete días en una institución financiera que a la fecha de la inversión sí estaba autorizada para realizar las operaciones financieras señaladas en la ley, pero que al vencimiento de dicha inversión no la canceló 'por problemas de liquidez'; y que doce días después fue disuelta por el organismo de control. Hay que tomar en cuenta entonces estos tres momentos: el de la inversión, el del vencimiento y el de la resolución administrativa de la Superintendencia. Es claro que el acto de autoridad crea una situación frente a la cual no cabe resistir, factor que es fundamental para constituir una situación de caso fortuito o fuerza mayor, pero esta situación no existía al momento de la inversión ni al de su vencimiento. Precisamente, al producirse el vencimiento, la razón alegada no es la disolución sino un problema de liquidez y esta situación sí pudo y debió ser prevista, como dice el artículo 221 del Código de Comercio, mediante la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva; pues es indudable que un problema tan grave de liquidez, que lleva a una institución financiera a no cancelar una inversión de ochenta millones de sures, valor relativamente pequeño en el ámbito bursátil, no pudo producirse de un momento a otro, y menos en el plazo de ocho días en que se hizo la inversión. En consecuencia, se puede afirmar que C. Casa de Valores no debió realizar dicha inversión, aunque esas hubieran sido las instrucciones recibidas y que tampoco es aceptable argüir en tales circunstancias que se estuvo frente a una situación de caso fortuito o fuerza mayor" (el énfasis me corresponde).*

Para aplicar estos criterios al caso, se debe considerar:

- 1) En el numeral 5.6 de los términos de referencia del procedimiento se especificaron los siguientes datos de la línea de producción de la industria, en lo que respecta a cigarrillos: 5 líneas de producción, de tipo automática con Empaquetadora GD GDX-2Y, Empaquetadora SASSIB+EOD, Equipos para impresión en línea: codificación cajetilla: marca Domino y Modelo A200 Pint Point.
- 2) En su calidad de representantes de los interesados en el procedimiento precontractual, personal técnico de SICPA Security Solutions S.A., posterior integrante del consorcio contratista, visitaron la planta de TANASA, funcionando normalmente, el 27 de abril de 2016.

- 3) El fabricante solicitó la inclusión de aplicadores GD, el 28 de julio de 2016 pero nunca aseguró su viabilidad. Por lo tanto, el contratista debió valorarla como tal, es decir, como una alternativa entre otras. Cabe recordar que el contratista tenía la capacidad de gestión y decisión suficiente para honrar sus obligaciones contractuales, como lo demuestra, ejemplificativamente, que desechara los pedidos formulados por TANASA mediante trámite No. 917012016005721 de 23 agosto de 2016, en el cual el fabricante solicitaba que la etiqueta sea más pequeña y delgada, o que la misma no se coloque en L.
- 4) Ante el silencio de TANASA y del fabricante de aplicadores, la contratista debió examinar sus otras opciones, considerando que debía observar la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (artículo 29 del Código Civil).
- 5) Antes de realizar la primera visita técnica dentro de la ejecución del contrato, el 18 de agosto de 2016, el Servicio de Rentas Internas mediante correo electrónico remitido el 1 de agosto de 2016, del Gerente del Proyecto, consultó y ratificó la posición del contratista de no tener inconveniente alguno de realizar la visita aun con la planta en mantenimiento.
- 6) El 25 de agosto de 2016, el representante regional del fabricante de los aplicadores GD informa al contratista “*que no pueden cotizar los aplicadores, argumentan que solo venden a productores de tabaco*”. Por lo tanto, una gestión diligente del contratista debió considerar, al menos en este momento, sus otras alternativas para cumplir con sus obligaciones contractuales.
- 7) De igual forma debió actuar el contratista, considerando que, conforme se desprende de sus propios argumentos, a través de una llamada, el 2 de septiembre de 2016 “*TANASA confirma la negativa de GD Italia y argumenta que no pueden intervenir más*”; así como se confirma nuevamente dicha posición mediante correo electrónico de 27 de septiembre de 2016, remitido por TANASA quien reitera que “*GD Italia, por ningún motivo, puede hacer negocios con SICPA*”.
- 8) Si Montrade es el único proveedor que oferta aplicadores en el plazo de 6 meses y los demás lo prevén para 9 o 12 meses, el consorcio contratista, conformado por personas jurídicas internacionales con amplia experiencia en la prestación de este tipo de servicios, oportunamente debió considerar la criticidad en la definición de los aplicadores y adoptar medidas que le permitan cumplir con el objeto del contrato de forma oportuna. No hay tal oportunidad en las gestiones realizadas, 2 meses luego de suscrito el contrato, cuyo plazo precisamente era de 6 meses.

En consecuencia, todos estos antecedentes impiden concluir que en este caso existan circunstancias imprevistas e irresistibles para proveedores de la experiencia de los que conforman el consorcio contratista.

Más aun, el contratista debió demostrar el caso fortuito o fuerza mayor y, en este caso, únicamente mencionó algunos de los elementos que lo conforman. Así, solo mencionó, pero no demostró, la imposibilidad de utilizar otros aplicadores y, más relevante aún, no presentó prueba alguna de que los hechos invocados fueran imprevistos e irresistibles para alguien con la experiencia de su representada en la prestación de este tipo de servicios.

Finalmente, se debe observar que el Servicio de Rentas Internas cumplió con todos los requerimientos del contratista relativos a la información que necesitaba el contratista del fabricante TANASA. Así, cuando se necesitaron realizar las visitas técnicas, dispuestas a través de los oficios No. NAC-ATROICC16-00000516 emitido el 3 de agosto de 2016 y notificado el 4 de los mismos mes y día, y No. NAC-ATROICC16-00000590 emitido el 7 de octubre de 2016 y notificado el mismo día, estas efectivamente se realizaron. Además, cuando se solicitó información (videos, fotos, muestras de facturas, etc.) el Servicio de Rentas Internas la requirió oportunamente al fabricante mediante oficio No. NAC-ATROIC16-00000562 emitido el 29 de

agosto de 2016 y notificado el 31 de los mismos mes y día, así como en el oficio No. NAC-ATROICC16-00000590 y una vez recabada, la remitió al contratista según consta en las Actas Entrega \_ Recepción de Documento de 9 de septiembre de 2016 y de 26 de octubre de 2016.

3) Sobre el plazo para la presentación de la solicitud

Como se indicó en los antecedentes de este documento, si la causal invocada se refiere a un caso fortuito o fuerza mayor, la solicitud debe presentarse en un período de tiempo no mayor a 15 días de producido el hecho.

Como la petición se presentó el 8 de noviembre de 2016, los hechos invocados debieron haberse suscitado entre dicha fecha y el 13 de octubre del mismo año.

En cuanto al impedimento de GD de proveer los equipos al contratista, este se ratificó, por última ocasión, como se refiere en los antecedentes, el 27 de septiembre de 2016, es decir, con anterioridad al período de tiempo definido en el párrafo precedente, por lo que, en este aspecto, la petición resulta extemporánea y, en tal virtud, no puede ser considerada. En cuanto a la segunda visita, como se indicó en los antecedentes, esta se efectuó el 12 de octubre de 2016 por lo que también, en el caso de que existiera caso fortuito o fuerza mayor, también sería extemporánea y, en tal virtud, tampoco puede ser considerada.

c) Conclusiones y decisión:

De acuerdo al análisis constante en este documento y a las estipulaciones contractuales, el Servicio de Rentas Internas está impedido de conceder la prórroga de plazo solicitada por el contratista con la comunicación notificada a la administración del contrato el 8 de noviembre de 2016. En tal virtud, no autorizo la mencionada petición, y solicito que proceda con la ejecución del contrato dentro de los plazos establecidos en el mismo.

Atentamente,

  
Leonardo Orlando Arteaga  
**DIRECTOR GENERAL**  
**SERVICIO DE RENTAS INTERNAS**

Elaborado por: José Fonseca S.  
Revisado por: Carlos Vallejo B.



15/11/2016

Aprobada para  
reconocerizar del  
informe

J. M. Gómez / J. M. Gómez

## MEMORANDO No. NAC-ATRMGEI16-00000027

**PARA:** Econ. Leonardo Orlando Arteaga  
**DIRECTOR GENERAL****DE:** Ing. Frank Giler Mendoza  
**ADMINISTRADOR DEL CONTRATO No. NAC-JADNCGC16-00000020****ASUNTO:** Informe sobre la solicitud de prórroga del Contrato No. NAC-JADNCGC16-00000020.**FECHA:** 15 de noviembre de 2016

En atención a la petición de prórroga de plazo, de 7 de noviembre de 2016, presentada ante esta administración del contrato el 8 de los mismos mes y año, cúmpleme informar lo siguiente:

**a) Antecedentes:**

El Contrato No. NAC-JADNCGC16-00000020, relativo al servicio de identificación, marcación, autenticación, rastreo y trazabilidad fiscal -SIMAR- para bebidas alcohólicas, cervezas y cigarrillos de producción nacional, celebrado el 12 de julio de 2016 entre el Servicio de Rentas Internas y el Consorcio SICPA Ecuatrace, estipuló, en el número 1 de su cláusula 7.1, un plazo de 6 meses -contado desde la suscripción del contrato- para la implementación de la primera etapa de la solución tecnológica. Dicha etapa incluye las fases de identificación, marcación, autenticación y rastreo, es decir, únicamente está excluida de esta etapa de implementación la fase de agregación.

El régimen previsto en el contrato para la prórroga de plazos consta en la cláusula 7.2 y en el número 4 de la cláusula 10.3 de sus condiciones especiales y en la cláusula cuarta de sus condiciones generales. Según estas estipulaciones, las solicitudes de prórroga del contratista requieren:

- Presentarse por escrito.
- Justificarse en caso fortuito, fuerza mayor, suspensiones en la ejecución imputables únicamente al Servicio de Rentas Internas o por problemas no solucionados oportunamente por la entidad contratante, con incidencia en la ejecución contractual.
- Si la petición se justifica en caso fortuito o fuerza mayor, esta debe presentarse máximo 15 días luego de producido el hecho que lo motiva.
- Ser conocidas por el administrador del contrato.
- Ser objeto de un informe por el administrador del contrato.
- Ser autorizadas por el Director General del Servicio de Rentas Internas o su delegado.
- Ser notificadas al contratista por el administrador del contrato.

Además, según estas mismas estipulaciones, el otorgamiento de las prórrogas determina la elaboración y aprobación de un nuevo cronograma de ejecución contractual. Finalmente, la concesión de prórroga no impide que se continúe ejecutando el contrato, aun sin necesidad de comunicación del administrador del contrato, una vez que desaparezca la causal que la origine.

La comunicación de la contratista se refiere al plazo de implementación de la primera etapa de la solución tecnológica y se concreta de la siguiente forma: "solicita al SRI otorgar una prórroga de cuatro meses a contar del 12 de enero de 2017".

J. M. Gómez / J. M. Gómez

Como causal justificatoria de la solicitud se invocó el número 2 de la cláusula 4.1 de las condiciones generales del contrato (al identificar el objeto de la comunicación, en su primer párrafo y al formular la solicitud –primer guión de la página 8–), del siguiente tenor literal: “*2. Por suspensiones en la ejecución del contrato, motivadas por la Contratante u ordenadas por ella y que no se deban a causas imputables al Contratista*”.

En el fondo, la solicitud se refiere a “*circunstancias especiales e imprevistas*” que imposibilitarán la instalación de aplicadores en las líneas de producción de la fábrica de Tabacalera Andina S.A. TANASA. Al respecto, la solicitud contiene una relación de las actuaciones de la contratista, de TANASA y del Servicio de Rentas Internas. De dicha relación, son hitos relevantes, los siguientes:

- El 28 de julio de 2016 TANASA solicitó utilizar aplicadores GD, comprometiéndose a establecer el contacto entre el contratista y el fabricante de estos aplicadores.
- El 18 de agosto de 2016 se realizó la primera visita técnica, sin que las líneas de producción se encuentren en funcionamiento.
- El 25 de agosto de 2016, el representante regional del fabricante de los aplicadores GD informa al contratista “*que no pueden cotizar los aplicadores, argumentan que solo venden a productores de tabaco*”.
- El 2 de septiembre de 2016 “*TANASA confirma la negativa de GD Italia y argumenta que no pueden intervenir más*”.
- El 27 de septiembre de 2016 TANASA afirmó que “*GD Italia, por ningún motivo, puede hacer negocios con SICPA*”.
- La segunda visita técnica, necesaria para cotizar aplicadores alternativos para las líneas de producción, se efectuó el 12 de octubre de 2016. Al respecto, en la petición también se afirma: “*La visita técnica se realizó con Montrade, el único proveedor alternativo en el mercado con capacidad de proveer los aplicadores en el plazo de 6 meses a contar de la formulación de la orden de pedido... Los demás proveedores que contactó SICPA ofrecían todos unos plazos de entrega de 9 a 12 meses*”.

En la petición se afirma “*[...] que si todo avanza positivamente, como hasta la fecha, para los fabricantes de bebidas alcohólicas y para el fabricante de cerveza Ambev se implementará incluso antes de vencer el plazo de seis meses. [...]*”.

#### b) Análisis:

##### 1) Sobre la causal invocada

Conforme se detalló en los antecedentes de este memorando, el contratista se refiere a la causal segunda de la cláusula cuarta de las condiciones generales del contrato, relativa a la suspensión en la ejecución del contrato motivada u ordenada por la entidad contratante.

No obstante, la contratista no menciona siquiera que el Servicio de Rentas Internas haya dispuesto u originado una suspensión en la ejecución del contrato. La inexistencia de tal suspensión se verifica por cuanto, según se afirmó en la misma petición y se cita en los antecedentes de este memorando, las estipulaciones contractuales se han venido ejecutando con normalidad respecto de los fabricantes de bebidas alcohólicas. Por lo tanto, se debe rechazar la petición fundamentada en la causal segunda de la cláusula cuarta de las condiciones generales del contrato.

Si bien, el contratista se refiere reiteradamente a la causal segunda de la cláusula cuarta de las condiciones generales del contrato, en adelante consideraremos la posibilidad de que la petición se

refiera a un evento de caso fortuito o fuerza mayor, tomando en cuenta los hechos que se mencionan en la petición.

## 2) Sobre el caso fortuito o la fuerza mayor

Cabe indicar que el artículo 227 de la Constitución de la República prevé que: "*La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación*".

Como antecedente, debe considerarse que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone:

*"Art. 99.- Responsabilidades.- En todos los procedimientos precontractuales previstos en esta Ley, los oferentes participarán a su riesgo.*

*Los miembros de la asociación o consorcio contratista serán responsables solidaria e indivisiblemente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato, indistintamente del plazo de duración de la asociación. La ejecución del contrato es indivisible y completa para los asociados, a efectos de determinar su experiencia y cumplimiento [...]".*

Ya sobre el caso fortuito o fuerza mayor, el segundo párrafo del artículo 221 del Código de Comercio prevé: "*Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva*".

Sobre la aplicación de dicho concepto es revelador el decimotercer considerando de la sentencia de casación No. 161-2001, de 9 de abril de 2001, de la Primera Sala de Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 353, de 22 de junio de 2001, del siguiente tenor literal: "*Lo que si cabe preguntarse es si la compañía comisionista podía estar liberada de responsabilidad frente al comitente por el hecho de que el Superintendente de Bancos dispuso, el 19 de diciembre de 1995, la disolución de I. S.A., como paso previo a su liquidación, como consecuencia de que esta entidad financiera se encontraba incursa en las causales que la ley prevé y que, según se puede deducir del proceso, estaban relacionadas con la cesación de pagos en que había incurrido (artículo 148 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero). Es decir si este hecho pudo o no ser previsto por el comisionista y si, empleando la diligencia y prudencia con que debe realizar sus gestiones profesionales, debía o no ejecutar las instrucciones del comitente. En otras palabras, si la no cancelación de la inversión por problemas de liquidez y la posterior disolución ordenada por la Superintendencia de Bancos deben ser consideradas como situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, cuyo efecto normal es liberar de responsabilidad al deudor (Código Civil, artículo 1590) y, en el caso de la comisión mercantil, liberarle de responsabilidad por el deterioro o pérdida de la cosa que tuviere en su poder (Código de Comercio, artículo 383). Por cierto que al contestar la demanda, C. Casa de Valores negó tener obligación alguna frente al actor y, por lo tanto, no alegó expresamente esta exención de responsabilidad, que, por lo demás tendría que haberla probado, conforme lo sostiene en forma unánime la doctrina, que también considera que corresponde al juzgador aceptar o no su existencia conforme a las reglas de la sana crítica. Posteriormente, sin embargo, en el escrito presentado ante esta Sala la demandada si la invoca y para mejor fundamentación de este fallo conviene examinar su pertinencia. El artículo 30 del Código Civil nos trae el siguiente concepto: 'Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público,*

etc.'. Sobre este punto, Juan Larrea Holguín comenta: 'La doctrina suele distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor. El primero se producirá por obra de agente de la naturaleza, como un terremoto, un incendio, etc., mientras que la fuerza mayor sería más bien la obra del hombre cuando no es posible resistir a ella, como en los actos de autoridad o también en el asalto de bandoleros, piratas, etc., sin embargo, nuestro Código, y en general las leyes más modernas, no suelen entrar en estas distinciones, y por eso se definen ambos conjuntamente, como sinónimos perfectos. Los casos fortuitos que se enumeran en el Art. 30 no son, desde luego más que ejemplos, como lo indica claramente la expresión de la ley, y sobre todo la particula, 'etc.' Habría sido imposible e inútil enumerar todos los casos... La definición de la fuerza mayor que se halla en el artículo 221 del Código de Comercio es más práctica, más cercana a la realidad de la vida, y por lo mismo más exacta que la del Código Civil que es abstracta. Se destaca en el Código de Comercio el aspecto relativo de la fuerza mayor, ésta consiste en lo imprevisto e irresistible; pero esas cualidades dependen de los hombres y muchas veces de su profesión; lo que es imprevisible para unos no lo es para otros que tienen mayores conocimientos de alguna ciencia o arte; y lo mismo se podría decir respecto de la posibilidad de evitar un daño ya previsto, usando de medidas oportunas que no están al alcance de cualquier persona, pero si de técnicos o entendidos. La mencionada definición dice así: 'Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva'. Resulta evidente que un marino o un aviador pueden impedir un accidente que no sabrá evitar un profano en esa materia, y así se puede imaginar en cualquier orden de cosas la situación relativa de las personas frente al caso fortuito' (Derecho Civil del Ecuador, Tomo I, Parte general y personas, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1984, páginas 309-310). La norma citada del Código de Comercio, a la que se remite el artículo 383 del mismo Código, es la aplicable a este caso. Quienes están inmersos en la actividad bursátil, quienes ejercen la actividad de intermediarios en valores tienen, o deben tener, suficiente información sobre la situación real de las instituciones que emiten valores como para poder llevar adelante las instrucciones de sus clientes o para no ejecutarlas, si por hacerlo, éstos van a sufrir perjuicios. En este caso, la inversión consistió en un reposo a siete días en una institución financiera que a la fecha de la inversión sí estaba autorizada para realizar las operaciones financieras señaladas en la ley, pero que al vencimiento de dicha inversión no la canceló 'por problemas de liquidez'; y que doce días después fue disuelta por el organismo de control. Hay que tomar en cuenta entonces estos tres momentos: el de la inversión, el del vencimiento y el de la resolución administrativa de la Superintendencia. Es claro que el acto de autoridad crea una situación frente a la cual no cabe resistir, factor que es fundamental para constituir una situación de caso fortuito o fuerza mayor, pero esta situación no existía al momento de la inversión ni al de su vencimiento. Precisamente, al producirse el vencimiento, la razón alegada no es la disolución sino un problema de liquidez y esta situación sí pudo y debió ser prevista, como dice el artículo 221 del Código de Comercio, mediante la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva; pues es indudable que un problema tan grave de iliquidez, que lleva a una institución financiera a no cancelar una inversión de ochenta millones de sures, valor relativamente pequeño en el ámbito bursátil, no pudo producirse de un momento a otro, y menos en el plazo de ocho días en que se hizo la inversión. En consecuencia, se puede afirmar que C. Casa de Valores no debió realizar dicha inversión, aunque esas hubieran sido las instrucciones recibidas y que tampoco es aceptable argüir en tales circunstancias que se estuvo frente a una situación de caso fortuito o fuerza mayor" (el énfasis me corresponde).

Para aplicar estos criterios al caso, se debe considerar:

- 1) En el numeral 5.6 de los términos de referencia del procedimiento se especificaron los siguientes datos de la línea de producción de la industria, en lo que respecta a cigarrillos: 5 líneas de producción de tipo automática con Empaquetadora: GD GDX-2Y, Empaquetadora:



SASSIB+EOD. Equipos para impresión en línea: Codificación cajetilla: marca Domino y modelo A200 Pint Point.

- 2) En su calidad de representantes de los interesados en el procedimiento precontractual, personal técnico de SICPA Security Solutions S.A., posterior integrante del consorcio contratista, visitaron la planta de TANASA, funcionando normalmente, el 27 de abril de 2016.
- 3) El fabricante solicitó la inclusión de aplicadores GD, el 28 de julio de 2016 pero nunca aseguró su viabilidad. Por lo tanto, el contratista debió valorarla como tal, es decir, como una alternativa entre otras. Cabe recordar que el contratista tenía la capacidad de gestión y decisión suficiente para honrar sus obligaciones contractuales, como lo demuestra, ejemplificativamente, que desechara los pedidos formulados por TANASA mediante trámite No. 917012016005721 de 23 agosto de 2016, en el cual el fabricante solicitaba que la etiqueta sea más pequeña y delgada, o que la misma no se coloque en I..
- 4) Ante el silencio de TANASA y del fabricante de aplicadores, la contratista debió examinar sus otras opciones, considerando que debía observar la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (artículo 29 del Código Civil).
- 5) Antes de realizar la primera visita técnica dentro de la ejecución del contrato, el 18 de agosto de 2016, el Servicio de Rentas Internas mediante correo electrónico remitido el 1 de agosto de 2016 por parte del Gerente del Proyecto, consultó y ratificó la posición del contratista de no tener inconveniente alguno de realizar la visita aun con la planta en mantenimiento.
- 6) El 25 de agosto de 2016, el representante regional del fabricante de los aplicadores GD informa al contratista *"que no pueden cotizar los aplicadores, argumentan que solo venden a productores de tabaco"*. Por lo tanto, una gestión diligente del contratista debió considerar, al menos en este momento, sus otras alternativas para cumplir con sus obligaciones contractuales.
- 7) De igual forma debió actuar el contratista, considerando que, a través de una llamada, el 2 de septiembre de 2016 *"TANASA confirma la negativa de GD Italia y argumenta que no pueden intervenir más"*; así como se confirma nuevamente dicha posición mediante correo electrónico de 27 de septiembre de 2016, remitido por TANASA quien reitera que *"GD Italia, por ningún motivo, puede hacer negocios con SICPA"*.
- 8) Si Montrade es el único proveedor que oferta aplicadores en el plazo de 6 meses y los demás lo prevén para 9 o 12 meses, el consorcio contratista, conformado por personas jurídicas internacionales con amplia experiencia en la prestación de este tipo de servicios, oportunamente debió considerar la criticidad en la definición de los aplicadores y adoptar medidas oportunamente. No hay tal oportunidad en la gestiones realizadas, 2 meses luego de suscrito el contrato, cuyo plazo precisamente era de 6 meses.

En consecuencia, todos estos antecedentes impiden concluir que en este caso existan circunstancias imprevistas e irresistibles para proveedores de la experiencia de los que conforman el consorcio contratista.

Más aun, el contratista debió demostrar el caso fortuito o fuerza mayor y, en este caso, únicamente mencionó algunos de los elementos que lo conforman. Así, solo mencionó, pero no demostró, la imposibilidad de utilizar otros aplicadores y, más relevante aún, no presentó prueba alguna de que los



hechos invocados fueran imprevistos e irresistibles para alguien con la experiencia de su representada en la prestación de este tipo de servicios.

Finalmente, se debe observar que el Servicio de Rentas Internas cumplió con todos los requerimientos del contratista relativos a la información que necesitaba el contratista del fabricante TANASA. Así, cuando se necesitaron realizar las visitas técnicas, dispuestas a través de los oficios No. NAC-ATROICC16-00000516 emitido el 3 de agosto de 2016 y notificado el 4 de los mismos mes y día, y No. NAC-ATROICC16-00000590 emitido el 7 de octubre de 2016 y notificado el mismo día, estas efectivamente se realizaron. Además, cuando se solicitó información (videos, fotos, muestras de facturas, etc.) el Servicio de Rentas Internas la requirió oportunamente al fabricante mediante oficio No. NAC-ATROIC16-00000562 emitido el 29 de agosto de 2016 y notificado el 31 de los mismos mes y día, así como en el oficio No. NAC-ATROICC16-00000590 y una vez recibida, la remitió al contratista según consta en las Actas Entrega - Recepción de Documento de 9 de septiembre de 2016 y de 26 de octubre de 2016.

### **3) Sobre el plazo para la presentación de la solicitud**

Como se indicó en los antecedentes de este memorando, si la causal invocada se refiere a un caso fortuito o fuerza mayor, la solicitud debe presentarse en un período de tiempo no mayor a 15 días de producido el hecho.

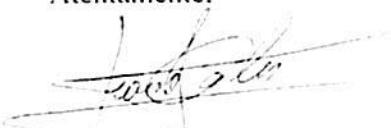
Como la petición se presentó el 8 de noviembre de 2016, los hechos invocados debieron haberse suscitado entre dicha fecha y el 13 de octubre del mismo año.

En cuanto al impedimento de GD de proveer los equipos al contratista, este se ratificó, por última ocasión, como se refiere en los antecedentes, el 27 de septiembre de 2016, es decir, con anterioridad al período de tiempo definido en el párrafo precedente, por lo que, en este aspecto, la petición resulta extemporánea y, en tal virtud, no puede ser considerada. En cuanto a la segunda visita, como se indicó en los antecedentes, esta se efectuó el 12 de octubre de 2016 por lo que también resulta extemporánea y, en tal virtud, tampoco puede ser considerada.

### **c) Conclusiones y recomendaciones:**

De acuerdo al análisis constante en este documento y a las estipulaciones contractuales, en mi calidad de Administrador del Contrato No. NAC-JADNCGC16-00000020, debo señalar que el Servicio de Rentas Internas está impedido de conceder la prórroga de plazo solicitada por el contratista con base en la comunicación notificada a esta administración el 8 de noviembre de 2016. En tal virtud, recomiendo a su autoridad que se rechace la mencionada petición, y se proceda con la ejecución del contrato dentro de los plazos establecidos en el mismo.

Atentamente,



Ing. Frank Giler Mendoza  
Administrador del Contrato No. NAC-JADNCGC16-00000020  
Servicio de Rentas Internas