Dictamen DNCP/DJ N° 12.176/2019

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigación Preliminar
Fecha de Dictamen:	27/9/2019
ID:	346264
Procedimiento de Contratación:	Contratación Directa
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	Servicio de Consultoría para determinar la factibilidad económica de la modernización del casco urbano
Entidad Convocante:	Municipalidad de San Bernardino
Denunciante:	La Presidencia de Turno de la Comisión Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (MNP)
Tema General:	Marco Legal. Normativo
Tema Específico:	Trasgresión del Art. 40 inciso b) de la Ley N° 2051/2003 De Contrataciones Públicas

RESULTADO

1. Se recomienda la apertura de investigación de oficio

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

La denuncia refiere que la Sra. Lourdes Margarita Barboza-funcionaria pública permanente de la Vice-presidencia de la República- al formar parte de la firma proveedora EJES CONSULTORES no podía presentar oferta en el marco de la Licitación ID 346264. De acuerdo a las documentaciones remitidas por la Convocante existirían indicios de que la citada funcionaria se encontraría entre los supuestos de prohibición para contratar con el Estado, razón por la cual se recomienda la apertura de una investigación de oficio.

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

OTRAS PARTES INTERVINIENTES:

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura

Municipalidad de San Bernardino

Ejes Consultores

INTERPOSICION/ANTECEDENTE:

La Presidencia de Turno de la Comisión Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (MNP), se dirige a Ud. a fin de remitir información con respecto a una presunta comisión de la infracción establecida en el Art. 72 inciso c), en concordancia con el Art. 40 inciso b) de la Ley N° 2051/2003 De Contrataciones Públicas, en contra la proveedora del Estado denominada Ejes Consultores, propiedad de Lourdes Margarita Barboza y Néstor David Martinez Britos, en el marco del proceso de Licitación por Contratación Directa N° 38/2018 Servicio de Consultoría para determinar la factibilidad económica de la modernización del casco urbano Id de la Licitación 346264, de la Municipalidad de San Bernardino, conforme a la siguiente exposición de antecedentes: Que de acuerdo al Dictamen AJ/AI N° 1/2019 de fecha 19 de julio de 2019, la Asesoría Jurídica y la Auditoria Interna Institucional de la Comisión Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, presentaron un informe de conclusión a partir de una indagación preliminar ordenada por esta Presidencia de una denuncia recibida, en la que exponen como conclusión: "De conformidad con las documentaciones examinadas en esta indagación preliminar, podemos concluir que la empresa "Ejes" Consultores fue adjudicada con un contrato público por valor de Guaraníes 50.000.000 millones por la Municipalidad de San Bernardino, siendo una de sus socias propietarias funcionaria pública al momento de la presentación de la oferta, adjudicación y firma de contrato respectivo. Esta situación configuraría una trasgresión del Art. 40 inciso b) de la Ley N° 2051/2003 De Contrataciones Públicas en concordancia con el Art. 60 inciso m) de la Ley N° 1626/2000 De la Función Pública". El proceso licitatorio al que se hace referencia es la Contratación Directa N° 38/2018 "Servicio de Consultoría para determinar la factibilidad económica de la modernización del casco urbano" ID de Licitación 346264, de la Municipalidad de San Bernardino. En dicho procedimiento licitatorio la empresa adjudicada fue la única oferente invitada. Dicha empresa, al momento de la presentación de la oferta, adjudicación y firma del contrato respectivo tenía a una de sus socias propietarias nombrada como funcionaria pública. En efectos, Lourdes Margarita Barboza es funcionaria permanente del estado paraguayo, nombrada en el cargo de Comisionada en la Comisión Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, categoría J20, por Resolución OS N° 3/2017 de 26 de diciembre de 2017, con antigüedad y continuidad en el cargo desde enero de 2018, percibiendo en tal concepto una remuneración total de 19.900.000 (desglosado en guaraníes 12.120.900) en concepto de salarios, Guaraníes 4.780.000 en concepto de gastos de representación y guaraníes 3.000.000 en concepto de bonificación por responsabilidad en el cargo. Desde esa fecha figura en el SINARH. Señala la Asesoría y la Auditoria Interna que "A través de esta indagación preliminar no hemos podido acceder a la declaración jurada presentada por la oferente de conformidad al Art. 40 de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Eugenia Utazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Públicas" y a la Resolución N° 330/07 de fecha 05 de julio de 2007. Dicha declaración jurada no está entre la documentación digitalizada accesible a través del Portal de Contrataciones Públicas y tendría que haber sido presentada en formato físico a la Municipalidad de San Bernardino en el marco del llamado a Licitación para Contratación Directa N° 38 (ID de Licitación 346264) "Servicio de Consultoría para determinar la factibilidad económica de la modernización del casco urbano". En tal sentido, no podemos conocer o individualizar cuál de los socios propietarios o si fueron ambos, quienes en representación de la proveedora "Ejes" Consultores efectuaron dicha declaración. Pero la misma sería una declaración falsa, atendiendo que, del examen de la documentación analizada en esta indagación preliminar, una de las socias propietarias era funcionaria pública al momento de la presentación de la oferta, adjudicación y firma del contrato respectivo. De conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional y a lo recomendado Dictamen AJ/AI N° 1/2019 de fecha 19 de julio de 2019, se remiten los antecedentes del caso a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) con los hechos verificados mediante esta indagación preliminar, para los fines pertinentes

APERTURA:

DNCP/DJ N° 9374/19 de fecha 01 de agosto de 2019

ACUMULACIONES:

No aplica

AMPLIACIONES/MODIFICACIONES/RESTRICCIONES:

No aplica

NOTIFICACIONES:

DNCP/DJ N° 9374/19 de fecha 01 de agosto de 2019 traslado por el termino de TRES (03) DIAS a la **MUNICIPALIDAD DE SAN BERNARDINO**

DNCP/DJ N° 9383/19 de fecha 01 de agosto de 2019 traslado por el termino de TRES (03) DIAS a **EJES CONSULTORES**

OTRAS PRESENTACIONES:

Fecha: 22/8/2019 Parte: Municipalidad de San Bernardino

Remisión de antecedentes documentales de la oferta presentada por la Firma **EJE CONSULTORES** en el marco de la Licitación de referencia

Abg. Tharia Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otaño
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

CONTESTACIONES:

Las partes omitieron realizar descargo alguno dentro del plazo legal

NORMAS APLICABLES AL PROCESO:

El Decreto 7.434/2011, Art. 12 literal a) Tipos de Investigación: PRELIMINAR; Art. 16 FACULTADES INVESTIGATIVAS y Art. 17 DICTAMEN DE LA INVESTIGACION PRELIMINAR

Art. 40 de la Ley N° 2051/03 inciso b), dispone: *"**PROHIBICIONES Y LIMITACIONES PARA PRESENTAR PROPUESTAS O PARA CONTRATAR:** No podrán presentar propuestas en los procedimientos de contratación previstos en la ley, ni contratar con los organismos, entidades y municipalidades: ... b) quienes conforme a la Ley de la Función Pública se encuentren imposibilitados..."*; en concordancia éste con el Art. 60 de la Ley de la Función Pública literal m), que reza: "*Queda prohibido al funcionario, sin perjuicio de lo que se establezca en los reglamentos respectivos: "...Dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, representar o prestar servicios remunerados o no, a personas físicas o jurídicas que gestionen o exploten concesiones de la Administración en el orden estatal, departamental o municipal, o que fueran proveedores o contratistas de las mismas"*

El Art. 72 de la Ley N° 2051/03 establece: *"**SANCION ADMINISTRATIVA:** La Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) podrá inhabilitar temporalmente a los proveedores y contratistas por un periodo no menor a tres meses ni mayor a tres años, por resolución que será publicada en el órgano de publicación oficial y en el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP), para participar en procedimientos de contratación o celebrar contratos regulados por esta ley, cuando: ...c) los proveedores o contratistas que proporcionen información falsa o que actúen con dolo o mala fe en algún procedimiento de contratación, en la celebración del contrato o durante su vigencia, o bien, en la presentación o descargo de un procedimiento de conciliación o de una inconformidad...".*

OTRAS ACTUACIONES:

Por providencia de fecha 16 de agosto de 2019, el Juzgado de Instrucción dispuso dar por decaído el derecho de la Convocante - **MUNICIPALIDAD DE SAN BERNARDINO** y a la firma **EJES CONSULTORES** para la realización de sus descargos respectivos en los términos de las Nota **DNCP/DJ N° 9374/19 y N° 9383/19** de fecha 1 de agosto de 2019 y en consecuencia de conformidad a lo establecido en el Art. 16 del Decreto N° 7434/11; solicitar al citado Municipio informe el estado de ejecución contractual del llamado de referencia así como también remita toda la documentación que hace a la oferta presentada por la firma **EJES CONSULTORES** en el perentorio termino de **TRES (03) DIAS HABILES.** Dicha requisitoria fue notificada a través del STJE en fecha 19 de agosto de 2019.-

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

ANÁLISIS:

De la documentación proporcionada por la Convocante se desprende del FORMULARIO N° 3 por el cual el oferente -EJES CONSULTORES- presentó oferta declarando bajo juramento cuanto sigue: *"b) no nos encontramos comprendidos en las prohibiciones o limitaciones para contratar establecidas en el artículo 40 de la Ley N° 2051/03"*. Firmando dicha declaración el Señor Néstor David Martinez Britos en calidad de Responsable Legal de **EJES CONSULTORES ASOCIADOS**.-

Observada la escritura pública de estatutos sociales de la sociedad **EJES CONSULTORES Y ASOCIADOS** se tiene que específicamente en la **CLAUSULA NOVENA** dispone cuanto sigue: *"...La representación social y la administración económica de la Sociedad estará a cargo de los socios propietarios LOURDES MARGARITA BARBOZA Y NESTOR DAVID MARTINEZ BRITOS, quienes en forma indistinta tendrán el uso de la firma social. Toda la administración de los fondos sociales se realizara a través de una o más cuentas bancarias, corrientes o de ahorro, en las que se depositarán la totalidad de los ingresos diarios y todos los pagos se efectuaran mediante cheques u órdenes de extracción, en duplicado, girados contra dichas cuentas, salvo la suma que se destine a Caja Chica para el pago de los gastos menores..."*.-

De las documentaciones remitidas por el MNP, se tiene que la Señora Lourdes Margarita Barboza con C.I. N° 952.651 forma parte de la Comisión Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes a partir de la Resolución OS N° 3/2017 de fecha 26 de diciembre de 2017[1] así como también de los certificados de trabajos adosados que señala que como fecha de inicio de funciones en fecha 29 de diciembre de 2017[2]. Cabe señalar que la fecha de apertura de ofertas del llamado de referencia se estableció para el día 14/07/2018 y posterior a ello la adjudicación a favor de **EJES CONSULTORES ASOCIADOS** en fecha 24 de julio de 2018 conforme Resolución IM N° 213/2018 por lo que se presume que la Señora Lourdes Margarita Barboza en las fechas señaladas se encontraba ejerciendo funciones públicas, presunción que no fue desvirtuada.-

Ahora bien, cuando un oferente es una persona jurídica entre cuyos integrantes o socios se encuentra un funcionario público, puede ser aplicable el artículo 40 inciso "a" de la Ley N° 2051, para la aplicación de este inciso se cumple cuando el funcionario interviene en cualquier etapa del procedimiento de contratación, cualquiera sea su rango o jerarquía.

Con respecto a la aplicabilidad del artículo 40 inciso "b" que se remite a las prohibiciones de la Ley de la Función Pública. Dicha Ley de la Función Pública enumera prohibiciones que son aplicables a personas que reúnan la condición de funcionarios públicos. La violación de esas prohibiciones tiene como consecuencia la apertura de un proceso disciplinario al funcionario para la aplicación de las sanciones correspondientes, y la descalificación de la oferta que presente en un procedimiento de contratación. -

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

[1] Fs. 14 al 15
[2] Fs. 16 al 17

Siguiendo con esta línea de razonamiento, la oferta que es presentada por una sociedad con personalidad jurídica propia entre cuyos miembros o accionistas figura un funcionario público también puede ser invocado como una limitación o prohibición para contratar aplicable a sociedades entre cuyos socios figuran funcionarios públicos, cuando el funcionario tenga poderes de decisión, administración o representación de la sociedad. En este supuesto, la oferta presentada por una empresa, en base a actos de dirección, representación o administración efectuados por un funcionario contra expresa prohibición de la ley es nula y debe ser descalificada. Se aplica en este caso el artículo 60 inciso "m" de la Ley de la Función Pública, y las disposiciones sobre nulidad de los actos jurídicos previstos en la legislación civil y administrativa. -

En ese orden de cosas y ante las argumentaciones esgrimidas precedentemente **se recomienda la apertura de una investigación de oficio** a los efectos de otorgar mayores garantías al procedimiento investigativo disponiendo en consecuencia el cierre de la investigación preliminar individualizada bajo el **CASO NRO. 244.** –

Abg. THANIA FERREIRA BURGOS
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. EUGENIA OTAZO APONTE
Director Jurídico - DNCP