Dictamen DNCP/DJ N° 1361/20

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	27/1/2020
ID:	353022
Procedimiento de Contratación:	Contratación Directa
Modalidad Complementaria:	No aplica
Nombre de la Licitación:	Adquisición de agua mineral
Entidad Convocante:	Gabinete Civil
Denunciante:	Con protección de identidad/Caso N°314
Tema General:	Marco Legal
Tema Específico:	Prohibiciones del art. 40 inciso a) de la Ley 2051/03

RESULTADO

1. Se ordena el cierre del CASO 314.
2. Comunicar a quienes corresponda.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

El denunciante alega un supuesto hecho de contravención del artículo 40 de la Ley de Contrataciones –De las Prohibiciones para presentar propuestas y contratar con el Estado- en el marco del llamado de referencia, indicando que la Primera Dama de la Nación –Sra. Silvana López Moreira Bo- sería accionista de la firma adjudicada NEVADO S.A. Se aclara al denunciante que, la Dirección Nacional ya se ha expedido sobre los hechos denunciados y se ordena el cierre del caso.

Abog. Melody Martínez
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Larissa Reca de Orrego
Dirección Jurídica - DNCP

DENUNCIA:

Se recibe en fecha 27 de septiembre de 2019 a través del Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas –MÓDULO DE INVESTIGACIONES ELECTRÓNICAS[1], una denuncia individualizada como Caso N° 314.

En la citada denuncia se expresa: *"En base a una denuncia periodística, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas ha estudiado si la oferta presentada por la firma NEVADO S.A. se encuentra inhabilitada para ofertar en licitaciones convocada por la Presidencia de la República.*

Por nota DNCP/DJ Nº 5124/19 de fecha 19 de mayo de 2019, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas ha concluido "...esta Dirección Jurídica de acuerdo con lo previsto en el Art. 13 del Decreto 7434/11 considera que no existen méritos para la apertura de una INVESTIGACION DE OFICIO, en consecuencia, se da por finalizado el presente dictamen solo en la medida de los hechos denunciados y aquí analizados, con la salvedad que de existir otros reclamos y/o hechos nuevos actuaremos en al ámbito de nuestra competencia".

La Dirección Nacional de Contrataciones Públicas para concluir que la presentación de la oferta y la consecuente adjudicación no contravenía lo dispuesto en el artículo 40, inciso a), de la Ley Nº 2051/03 "De Contrataciones Públicas" indicó que: "Es decir que, el representante legal de la firma adjudicada debería además de ser funcionario público, tener intervención en una de las etapas del procedimiento...".

Dicha conclusión es una interpretación sesgada que no toma en amplitud lo establecido en el inciso a), artículo 40º, de la Ley Nº 2051/03 "De Contrataciones Públicas" por lo que a fin de coadyuvar se expone lo siguiente:

"los funcionarios o empleados públicos que intervengan en cualquier etapa del procedimiento de contratación, y que tengan interés personal, familiar o de negocios con el proveedor o contratista, incluyendo aquellas personas con las que pueda resultar algún beneficio para ellos, su cónyuge o sus parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto grado, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios, accionistas o sociedades de las que el funcionario o empleado público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte en los últimos seis meses".

Por lo que se debe entender que el inciso a) no solo es una prohibición dirigida a los funcionarios públicos, sino que incluye, tal como se puede observar en el resaltado del inciso a) a los cónyuges o parientes de funcionarios públicos.

Así mismo, la ley no hace referencia a que la cónyuge debe ser miembro del directorio, sino que utiliza la palabra accionista, considerando que son estos los que reciben los dividendos de la Sociedad Anónima.

Abg. Meiore Martínez
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Larissa Escalde Orr
Dirección Jurídica - DNCP

[1] Aprobado por Resolución DNCP N° 718/18.

En ese sentido, se observa que si el Excelentísimo Presidente de la Republica se presentase a una licitación convocada por el Gabinete Civil de la Presidencia de la Republica se encontraría inhabilitado considerando los siguientes hechos:

El Presidente de la Republica es la máxima autoridad del Gabinete Civil de la Presidencia de la Republica, si bien dicho hecho es algo notorio, cabe mencionar que por Decreto Nº 8800/12 en su artículo 3º indica: "El Gabinete Civil es un órgano de la Presidencia de la Republica..." y el artículo 7º que indica claramente que el Secretario del Gabinete Civil depende el Señor Presidente de la Republica.

En ese sentido, la máxima autoridad del Gabinete Civil se encuentra inhabilitado para presentar ofertas y ser adjudicado por imperio del artículo 40, inciso a) de la Ley de Contrataciones Públicas.

Tal situación ya fue debatida en situaciones "menos notorias" y tenemos que la propia DNCP menciono que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se ha expedido sobre el punto a través del Acuerdo y Sentencia Nº 739 de fecha 21 de septiembre de 2015 indicando que dichas normas "...no rompe el principio de igualdad, el restringir a los empleados de la institución a licitar en la misma, pues el interés general está por sobre el particular, y brindar garantías a las partes intervinientes tiene un valor significativo, al pretender fortalecer la democracia en nuestro país, previendo o eliminando vicios de la manipulación que afectan la credibilidad de las Instituciones Públicas, como se debería velar es ésta institución de la cual hacemos referencia...".

Ahora bien, si el Presidente de la Republica está impedido para ser oferente y adjudicarse en llamados del Gabinete de la Presidencia de la Republico, también lo está su cónyuge y las sociedades comerciales en la que la cónyuge forma parte, observando simplemente lo expuesto en el artículo 40, inciso a) de la Ley Nº 2051/03, manifestando que esto inclusive se extiende en la conformación de la sociedad en los últimos seis meses.

En la noticia: https://www.abc.com.py/nacionales/esposa-del-presidente-no-forma-parte-del-directorio-1796574.html

Se observa que la propia empresa aclaro: "En comunicación con ABC Cardinal, Jorge Santiago López Moreira aclaró que Silvana López Moreira sigue siendo accionista de la empresa familiar Nevado SA..."

Además de observarse que en el Directorio y el firmante del contrato son los cuñados de la máxima autoridad del ente público con el que están contratante, existiendo un claro conflicto de intereses impedido por el artículo 40º.

Entonces tenemos que la firma adjudicada en el llamado en cuestión está conformada por la cónyuge y parientes afines hasta el cuarto grado de la máxima autoridad licitante, por lo que dicha situación es una irregularidad conforme al artículo 40, inciso a), de la Ley 2051.

Sabemos que sería muy difícil para los funcionarios de la Dirección Jurídica emitir un dictamen conforme a lo que manda la Ley considerando que la DNCP depende del Poder Ejecutivo, pero conforme al principio de legalidad de la Administracion y

Abg. Larissa Recalde Arrego
Dirección Jurídica - DNCP

encontrándonos en un Estado de Derecho se debe recordar que nada ni nadie puede estar por encima de los mandatos legales.

Además manteniendo dicha interpretación sumamente peligrosa abriría la puerta para que un intendente, un gobernador, un ministro y demás máxima autoridades adjudiquen los llamados convocados por su entidad a su cónyuge, su cuñado, suegro y demás; situación que hace que sea necesaria tomar una posición objetiva en defensa de la regularidad de los procesos y el Estado de Derecho".

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

Que, de la denuncia se desprende un supuesto hecho de contravención del artículo 40 de la Ley de Contrataciones –De las Prohibiciones para presentar propuestas y contratar con el Estado- en el marco del llamado de referencia, indicando que la Primera Dama de la Nación –Sra. Silvana López Moreira Bo- cónyuge del actual Presidente de la República Sr. Don Mario Abdo Benítez sería accionista de la firma adjudicada NEVADO S.A.

En primer lugar, cabe traer a colación lo expuesto el marco del Dictamen de Cierre – Nota DNCP N°5124/19 de fecha 19 de mayo de 2019, de la ***"DENUNCIA INGRESADA A TRAVES DE PUBLICACIÓN PERIODÍSTICA DEL DIARIO ABC COLOR DE FECHA 18 DE MARZO DE 2019 SOBRE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA N°27/18 PARA LA ADQUISICIÓN DE AGUA MINERAL – PLURIANUAL, CONVOCADO POR EL GABINETE CIVIL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (ID 353.022)"***; donde esta Dirección Jurídica ya ha estudiado el supuesto hecho de contravención del artículo 40 de la Ley de Contrataciones en el marco del llamado de referencia, por parte de la Primera Dama de la Nación –Sra. Silvana López Moreira Bo.

Abg. Melvin Martínez Dirección Jurídica - DNCP Jefe Interino

Abg. Larissa Valdez Dirección Jurídica - DNCP

Extracto del Dictamen de Cierre – Nota DNCP N°5124/19-:

"...Así, cabe aclarar que si bien es cierto la Sra. Silvana López Moreira formaba parte del Directorio de la firma en cuestión, la misma renunció a su calidad de Directora Titular del Directorio en fecha 11 de junio del 2018; es decir, antes de la publicación del llamado (19/11/18), apertura de ofertas (11/12/18), adjudicación (12/12/18) y suscripción del contrato (14/12/18) en el marco del llamado de referencia, no teniendo en consecuencia, injerencia alguna en la firma que fuera adjudicada.

Es importante resaltar además que, al momento de la realización del presente llamado licitatorio, ninguno de los miembros del Directorio figuraba como funcionario público, según lo indicado en el informe de evaluación; asimismo, el Departamento de Investigaciones procedió a verificar tal calidad de funcionario público, a través de la página web oficial de la Secretaria de la Función Pública , constatándose que ninguno de los miembros titulares del Directorio <Don Jorge Santiago López Moreira Bo y Doña Sophia María Margarita López Moreira Bo> o el representante legal de la firma <Sr. Néstor Lopez Moreira> ejercía alguna función pública al momento de la realización del proceso licitatorio.

Por tanto, no siendo funcionarios públicos y al no haber tenido intervención en cualquier etapa del procedimiento, se denota que la conducta de los Sres. Néstor Lopez Moreira, Don Jorge Santiago López Moreira Bo y Doña Sophia María Margarita López Moreira Bo no se encuentra subsumida dentro de las prohibiciones establecidas en el artículo 40 inciso a) de la Ley N°2051/03.

Debemos agregar que, la Sra. Silvana López Moreira reviste sí una posición de servidora pública, por ende, esta Dirección Jurídica considera pertinente esclarecer que la ***OFICINA DE LA PRIMERA DAMA es una instancia colaboradora y facilitadora de respaldo a la gestión del gobierno, cuya misión se aboca a promover aquellos planes, programas y proyectos destinados a mejorar la calidad de vida de las personas****, en especial a la población en situación de vulnerabilidad y ser un modelo de referencia a nivel regional. Como labor se centraliza en impulsar proyectos sociales y culturales (datos extraídos de la página oficial www.oficinaprimeradama.gov.py).*

Que, teniendo en cuenta el tiempo en que la Sra. Silvana López Moreira desempeña su rol de Primera Dama de la Nación (a partir del 15 de agosto de 2018) y ***en la medida que las funciones desempeñadas por la misma no se encuentran vinculadas con ningún aspecto del proceso licitatorio de referencia, no se puede probar algún tipo de injerencia o influencia de ella respecto a la adjudicación recaída a favor de la firma NEVADO S.A.****; por lo que, la Dirección Jurídica, no encuentra suficiente fundamento y/o indicios de irregularidad manifiesta en el llamado licitatorio que afecte la regularidad de la licitación y que pueda ser sancionable con la nulidad de la misma...".*

En ese orden de ideas, cuando la Ley N° 2051/03 De Contrataciones Públicas se refiere en su artículo 40 a las prohibiciones y/o limitaciones y hace referencia a "*funcionarios públicos*" en los incisos a) y b), debe entenderse que incluye a la Oficina de la Primera Dama en la medida que forma parte del Poder Ejecutivo[2] –como órgano de asistencia a la Primera Dama en

[2] Decreto N°50/18 Por el cual se crea y organiza la Oficina de la Primera Dama de la Nación (OPD), dependiente de la Presidencia de la República.

Abg. Larissa Recalde Orrego
Dirección Jurídica - DNCP

Dirección Jurídica - DNCP
Abogada Instructora

su apoyo al Presidente de la República en la gestión de gobierno en áreas tales como la social y la cultural-; haciendo la salvedad de que no pueden recurrirse a las prohibiciones establecidas en la Ley N° 1626/00 sino a las prohibiciones generales para servidores públicos, como las establecidas en el Decreto N°10143/2012 *"Por el cual se aprueba el Código de Ética del Poder Ejecutivo que establece la vigencia de un Sistema de Gestión Ética en Base a valores y normas que deben regir y orientar la conducta de las autoridades y los servidores públicos"*.

Este Código Ética establece en su Art. 24 sobre "*Conflicto de Intereses*", cuanto sigue: "*Los sujetos obligados no utilizarán sus prerrogativas ni invocarán su calidad de autoridad o servidor público para favorecer indebidamente intereses personales o económicos propios o de sus familias.* ***No intervendrán en ninguna operación, ni ocuparán ningún cargo o función, ni tendrán interés económico, comercial o semejante que sea incompatible con su cargo, funciones u obligaciones o con el ejercicio de éstas***" (las negritas son nuestras). En efecto, la existencia de conflicto de intereses, o de situaciones que vulneren las normas de conducta ética, tendrían que ser determinadas en cada procedimiento de contratación en particular, tal como sucedió en el marco del llamado de referencia, en ocasión a la emisión del Dictamen Conclusivo DNCP N°5124/19, traído a colación más arriba.

En este entendimiento, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas no desconoce que, **para el sistema de contrataciones públicas, todos los miembros del Poder Ejecutivo deben ser incluidos también como un servidor o funcionario público a los efectos de aplicarles las prohibiciones de intervenir en los procesos de contratación en los cuales tengan interés [Art. 40 inc. a) de la Ley N° 2051/03]**; no así las prohibiciones establecidas en la Ley N° 1626/00 de la Función Pública.

Respecto a las prohibiciones y/o limitaciones establecidas en el inciso a) del art. 40 de la Ley N° 2051/03, cabe destacar que, en el citado inciso, prohíbe presentar ofertas a:

1. Los funcionarios que **intervengan** en cualquier etapa del procedimiento de contratación y **que tengan interés** personal, familiar o de negocios con el proveedor o contratista;

2. Las personas con las que pueda resultar un beneficio para:

   2.1. Esos funcionarios, su cónyuge o sus parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto grado;

   2.2. Terceros con los que el funcionario tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios;

   2.3. Socios, accionistas o sociedades de las que el funcionario o empleado o las personas antes referidas formen o hayan formado parte en los últimos seis meses.

Es decir, la condición para que se cumpla la prohibición y/o limitación de presentar ofertas y contratar con el Estado, contemplada en el inc. a) del Art. 40, es que el funcionario intervenga en cualquier etapa del procedimiento, cualquiera fuera su rango o jerarquía; igualmente, si atendiendo al cargo que ocupa pueda obtener información privilegiada o injerencia sobre el resultado.

Abg. Mejor Martínez - Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Larissa Escalda Ortiz - Dirección Jurídica - DNCP

De las constancias del expediente ***"DENUNCIA INGRESADA A TRAVES DE PUBLICACIÓN PERIODÍSTICA DEL DIARIO ABC COLOR DE FECHA 18 DE MARZO DE 2019 SOBRE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA N°27/18 PARA LA ADQUISICIÓN DE AGUA MINERAL – PLURIANUAL, CONVOCADO POR EL GABINETE CIVIL DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (ID 353.022)"***; surgió que la *Sra. Silvana López Moreira* es servidora pública, no obstante, no funcionaria pública y no tuvo intervención alguna en ninguna etapa del procedimiento, por ende no se encuentra subsumida dentro de las prohibiciones establecidas en el artículo 40 inciso a) de la Ley N°2051/03.

En relación a ello, en la medida que la denuncia CASO 314 ya fue objeto de estudio por parte de este Departamento de Investigaciones de la DNCP y el denunciante no ha aportado hechos nuevos que pudiesen desvirtuar lo ya analizado por la Dirección Jurídica de la DNCP y las aclaraciones realizadas sobre los puntos impugnados, no corresponde la apertura de una investigación de oficio; siendo así, vale traer a la vista las disposiciones contenidas en el Art. 13 del Decreto Nº 7434/11, que establece: "***las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la DNCP, sea constatada la existencia de méritos o elementos suficientes que indiquen que los hechos que lleguen a su conocimiento sean susceptibles de causar daños o perjuicios al Estado; y cuando la vía pertinente no sea la Protesta***" [el resaltado es nuestro].

Finalmente, esta Dirección Jurídica entiende que corresponde desestimar el CASO 314 por falta de méritos y en razón que la Dirección Nacional ya se ha expedido sobre los hechos denunciados, con la salvedad de que de surgir reclamos puntuales y/o hechos nuevos actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.

ABG. MELODY MARTINEZ
Jefa Dpto. de Investigaciones – DNCP

ABG. LARISSA RECALDE
Encargada de Despacho – Dirección Jurídica