

RESOLUCIÓN DNCP N° 334 117

Asunción, 30 de enero de 2017.

SUMARIO ADMINISTRATIVO INSTRUIDO A LA FIRMA BRITAM S.A. CON RUC N° 80008970-7 EN EL MARCO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N° 24/2013 "AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE REFRIGERACIÓN BASAMENTO TORRE SUR – CAÑERIAS FAN – COILS MANEJADORES – AD REFERENDUM" CONVOCADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - ID N° 256.665. -----

VISTO

El expediente caratulado: **SUMARIO ADMINISTRATIVO INSTRUIDO A LA FIRMA BRITAM S.A. CON RUC N° 80008970-7 EN EL MARCO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N° 24/2013 "AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE REFRIGERACIÓN BASAMENTO TORRE SUR – CAÑERIAS FAN – COILS MANEJADORES – AD REFERENDUM" CONVOCADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - ID N° 256.665;** La providencia de fecha de de 2017, a través de la cual se dispone: *"Estando cumplidos todos los actos procesales correspondientes al presente sumario, LLÁMESE AUTOS PARA RESOLVER"*. -----

CONSIDERANDO:

La Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas", crea la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) y le otorga la facultad para dictar disposiciones administrativas para el adecuado cumplimiento de la Ley y su Reglamento. -----

Atendiendo a lo previsto en el Art. 72 y concordantes de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas" y su Decreto Reglamentario N° 21909/03, de ser ciertos los hechos denunciados ante esta Dirección Nacional, los oferentes proveedores o contratistas que incurran en los supuestos del referido artículo, podrían ser pasibles de las sanciones previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, por lo que corresponde la instrucción del pertinente sumario administrativo para la investigación y esclarecimiento de los mismos. -----

A través de la Ley 3439/07 se crea la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, que en su Art. 3° inciso m) establece entre las funciones de la DNCP, la de sancionar a los oferentes, proveedores y contratistas por incumplimiento de las disposiciones de esta ley, en los términos prescriptos en el Título Séptimo de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas". -----

La misma Ley 3439/07 en su Art. 8° faculta a la Dirección Jurídica a sustanciar los procesos de instrucción de sumarios, protestas, avenimientos, investigaciones o denuncias. ----

A los efectos de resolver el sumario instruido por esta Dirección a la firma BRITAM S.A. con RUC N° 80008970-7, conforme a las disposiciones de la Ley N° 2.051/03 "De Contrataciones Públicas", su Decreto Reglamentario N° 21.909/03, la Ley N° 3439/07 y de demás reglamentaciones que rigen las Contrataciones Públicas, resulta necesario analizar las siguientes consideraciones de hecho y derecho inherentes al caso: -----

En atención a las supuestas irregularidades denunciadas por la Unidad Operativa de Contrataciones UOC, de la Corte Suprema de Justicia, ante esta Dirección Nacional, por **Resolución DNCP N° 4563/16 de fecha 28 de diciembre de 2016** se ha ordenado la apertura del sumario correspondiente a la **FIRMA BRITAM S.A. CON RUC N° 80008970-7** en los términos de lo dispuesto en el Art. 72° de la Ley N° 2051/03. Asimismo, se ha procedido a la designación de la Jueza Instructora a los efectos de sustanciar y dirigir el presente procedimiento sumarial, en virtud a lo establecido en el Art. 108° del Decreto N° 21.909/03. (s.368) -----



Cont. Res. DNCP N° 331/17

Es así que, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 109° del Decreto N° 21.909/03, se ha emitido el A.I. N° 1918/16 de fecha 28 de diciembre de 2016, en el cual se ha individualizado claramente el cargo que se le imputa a la firma BRITAM S.A. CON RUC N° 80008970-7, ya que presumiblemente habría actuado con mala fe al subcontratar a funcionarios de la Corte Suprema de Justicia para la realización de una parte de los trabajos adjudicados transgrediendo la prohibición del Artículo 38 de la Ley 2051/03, habiéndose enmarcado la conducta de la misma en el supuesto establecido en el inc. c) del Art. 72° de la Ley N° 2051/03.(fs.370)-----

Igualmente, se ha fijado la fecha de la audiencia de descargo para el día 17 de enero de 2017 a las 08:00 hs. teniendo en cuenta la disposición establecida en el Art. 21° del Decreto N° 7434/11. -----

Tanto la Resolución DNCP N° 4563/16 como el A. I. N° 1918/16, fueron notificados a la firma sumariada a través de la Nota DNCP/DJ N° 13475/16 de fecha 28 de diciembre de 2016, recibida por la sumariada en fecha 04 de enero de 2017.(fs.374) -----

Prosiguiendo con los trámites procesales se ha llevado a cabo la **audiencia de descargo** de conformidad a lo previsto en el art. 21° inc. b) del Decreto N° 7.434/2011 en fecha 17 de enero de 2017, oportunidad en que el Abg. Miguel Abdón Saguier Abente, Representante convencional de la Firma BRITAM S.A., se expresó en los siguientes términos: "...me remito y ratifico en los términos del descargo que presento en este mismo acto, que consta de siete fojas, y las documentales de sesenta y ocho fojas, que juntos hacen un total de setenta y cinco (75) fojas. (Sic) (fs. 451)-----

A través del referido escrito de descargo la sumariada manifestó: "... **2. Reconocimiento y negativa de los hechos.** En primer término, la Empresa reconoce haber sido adjudicada con el Contrato por Resolución de la CSJ N° 4846 del 17 de diciembre de 2013, por el monto total de Gs 12.687.235.800. Así mismo reconoce haber dado inicio a la ejecución del Contrato mediante Acta de Inicio de Obra del 8 de mayo de 2014... Sin embargo, la Empresa niega en forma enfática estar inmersa en los alcances del artículo 72, inciso c), de la Ley 2051/03, o específicamente haber actuado con dolo o mala fe. Asimismo, la empresa niega haber tenido conocimiento de la subcontratación celebrada unilateralmente por el Ing. Didier Chena con funcionarios judiciales para ejecutar el contrato.// Desconocimiento de Subcontratación. **Falta de autorización. Inexistencia de Dolo o Mala fe. Solicitud de Imposición de Sanción Mínima.** Efectivamente, la Empresa reconoce que el Ing. Didier Chena –anteriormente empleado de la Empresa– subcontrató a funcionarios del Poder Judicial para la ejecución parcial del Contrato. Sin embargo, esta subcontratación se realizó sin el consentimiento y, mucho menos, el consentimiento de la Empresa. En efecto, la Empresa desconocía que el Ing. Didier Chena había subcontratado a funcionarios judiciales para llevar a cabo tareas relativas al Contrato y apenas tomó conocimiento de dicho asunto en la oportunidad en que la CSJ abrió el sumario investigativo correspondiente.// Cabe resaltar que conforme se desprende del artículo 13 de la última modificación de los estatutos sociales de la Empresa, materializada mediante Escritura Pública N° 27 del 30 de mayo de 2012 pasada ante la Escribana Pública María Blanca Grenno, cuya copia se adjunta, el único que puede obligar a la Empresa con su firma es su Presidente. Solo ante su ausencia por más de 15 días la Empresa puede ser representada por dos Directores, en forma conjunta, o por un Director y un Gerente, de no estar dos directores. Esto indica que el Ing. Didier Chena no era representante legal de la Empresa, por lo cual teniendo en cuenta el citado artículo de sus estatutos tanto como lo que disponen los artículos 96 y 97 del Código Civil, éste no estaba facultado a representarla, ni a subcontratar a nadie para ejecutar el Contrato en nombre de la Empresa. La Doctrina es clara en cuanto a que la capacidad de las personas jurídicas tiene límites, ya que no pueden salir de lo que está establecido en sus estatutos. Igual sesgo sigue la jurisprudencia al sostener que una sociedad anónima, como la Empresa, es una persona jurídica



Cont. Res. DNCP N° 331/17

conforme al artículo 91 (i) del Código Civil, y por ende es sujeto de derecho distinto a los miembros que la conforman, que posee la misma capacidad de derecho que las personas físicas para adquirir bienes o contraer obligaciones, lo cual únicamente puede hacerse por intermedio de los órganos o personas establecidos en sus estatutos.// La Jueza Instructora notará de una lectura de los antecedentes obrantes en el Sumario tanto como de los estatutos de la Empresa, cuya copia se adjuntan que, efectivamente, el Ing. Didier Chena no puede representar a la Empresa, éste no suscribió el Contrato, ni sus respectivas Adendas, ni suscribió el Acta en carácter de representante de la Empresa.// Además, en los registros contables de la Empresa no existen facturas que respalden el pago de la subcontratación en cuestión, lo cual puede ser corroborado con una pericia contable, que desde ya se ofrece, de considerarlo la DNCP necesario. Esto demuestra que la Empresa no pagó suma alguna por la subcontratación en cuestión, pues no está dentro de las atribuciones de un empleado la contratación ni pago a terceros sin previa autorización por escrito de personas capaces de obligar a la Empresa.// Siendo así, teniendo en cuenta que la Empresa no podía ser obligada por los actos del Ing. Didier Chena, cabe tomar la subcontratación realizada por el mismo, como un acto a título personal y, en consecuencia, inoponible a la Empresa. De ahí que la Empresa haya desconocido totalmente el accionar del Ing. Didier Chena. // Como muestra de la conducta personal, directa y unilateral del Ing. Didier Chena se tiene que a fs. 22 del Sumario luce la manifestación unilateral del Ing. Didier Chena, donde consigna que él contrata a los señores Alfredo Reginaldo Aguilera Acosta y Agustín Ramírez Mieres para realizar trabajos de reubicación de tableros ubicados en el Sub Suelo II del Palacio de Justicia de Asunción. Notará la Jueza Sumariante que este documento no tiene membrete de la empresa, los estatutos de ésta no determinan que la persona en cuestión pueda obligar a la Empresa, y la firma del Ing. Didier Chena no va acompañada de ningún sello que lo identifique con la Empresa.// Siendo así, es insostenible la tesis manifestada en la denuncia base del Sumario de que la Empresa obró de mala fe, toda vez que el Ing. Didier Chena realizó la subcontratación de los funcionarios judiciales sin el consentimiento y aprobación de la empresa, además de carecer de representación suficiente para obligar a la Empresa. //Por tanto, no puede imponerse a la Empresa una sanción por un hecho que no cometió. Consecuentemente y en el caso remoto de que la DNCP considere que la Empresa es pasible de sanción, solicito que la misma sea la mínima establecida en la Ley. Respecto a la sanción mínima, tenemos que la Ley 3439/07 que modifica el artículo 72 de la Ley 2051/03 dispone que: 'En los casos especialmente leves, será aplicable como sanción, la amonestación y apercibimiento por escrito al aferente, proveedor o contratista'. **Calificación de la infracción. Justificación de la Sanción Mínima.** Además de lo señalado, se debe recordar que según el artículo 73 de la Ley 2051/03 la DNCP impondrá sanciones considerando: a) los daños o perjuicios que se hubieran producido o puedan producirse a los organismos, a las entidades y la municipalidades; b) el carácter intencional o no de la acción u omisión constitutiva de la infracción; c) la gravedad de la infracción; y d) la reincidencia del infractor. // Más abajo se demostrará por qué si se determina que la infracción fue cometida, efectivamente, por la Empresa amerita que le sea aplicada tan solo amonestación o el apercibimiento. **a) Inexistencia de Daño** En primer lugar, no se produjo un daño a la CSJ con la supuesta infracción toda vez que la ejecución del Contrato continuó al punto tal que, como surge del Acta de Recepción Provisoria del 11 de agosto de 2016 obrante a fs. 184 del Sumario, fue concluida dentro del alcance comprometido contractualmente.// Los avances que se iban haciendo en el marco de la ejecución del Contrato constan igualmente en los Certificados Básicos de Obra que rolan a fs. 67/188 del Sumario, así como se desprende de los Memorándums de Fiscalización y Documentos Anexos, elevados por la CSJ por la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Asunción, que se acompañaron a fs. 192/254. //En consecuencia, como la Empresa ejecutó el Contrato y la CSJ recibió los trabajos terminados tal como habían sido contratados, no existe un daño atribuible a la Empresa **b) Gravedad de la Infracción** Igualmente debe destacarse que el hecho no puede considerarse grave por dos motivos específicos que a continuación se exponen: En primer término, a fs. 33 del Sumario se halla glosado el Dictamen N° 16 emitido por la Dirección

Cont. Res. DNCP N° 334 /17

de Asuntos Jurídicos de la CSJ, que recomienda a la CSJ que, como sanción a la infracción, haga un llamado de atención a la Empresa. Para mejor ilustración, se transcribe la parte pertinente: 'Por lo expresado, y teniendo en cuenta que el Contrato 141/2013, se encuentra técnicamente ejecutando el Contratista sin ningún inconveniente, y, que en caso de rescindirse, se debería considerar el tiempo que conllevará ejecutar los procedimientos de planteamiento, programación presupuesto para la realización de un nuevo llamado, se recomienda, por esta única vez, se llame la atención a la empresa BRITAM S.A por lo acontecido, bajo apercibimiento de que ante cualquier hecho o incumplimiento, se iniciarán los trámites de rescisión de conformidad a las prerrogativas de la Ley 2051/03 y el Decreto Reglamentario N°21.909/03... Como se ve, la misma CSJ –afectada principal y directa de la supuesta infracción – considera que era una falta leve, merecedora apenas de una llamada de atención, especialmente porque la Empresa venía cumpliendo fielmente el contrato. En segundo lugar, podrá observar la Jueza Sumariante que la infracción denunciada tuvo lugar en el mes de mayo de 2014 –según se consigna en la Resolución C.S.C.S.J N° 451 del 23 de diciembre de 2015, obrante a fs 12/19 de autos – mientras que la nota 1077/2016 es del 6 de junio de 2016. Haciendo un cómputo rápido se tiene que entre la fecha en que se tomó conocimiento de la infracción hasta la denuncia ante la DNCP transcurrió más de 2 años. A su vez, entre la Nota 1077/2016 y la apertura del Sumario, transcurrieron casi 6 meses. En este contexto, cabe entender que no existió un hecho grave, pues de lo contrario la denuncia se hubiese realizado con mayor premura y, sin dudas, la DNCP hubiese abierto el Sumario con mayor celeridad. En consecuencia, dado que la principal afectada por la supuesta infracción considera que la misma es leve, la DNCP no podrá –en razón del principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas- considerar que la infracción denunciada constituye un caso grave. **3. Conclusión** Con todo lo dicho, queda expuesto en este Sumario que la Empresa no puede ser sancionada por un hecho unilateral de un tercero que actuó sin la capacidad de representar a la Empresa y sin su consentimiento expreso. Además también queda expuesto en este Sumario que si la DNCP considera, no obstante, que la Empresa ha cometido una infracción a la Ley 2.51/03, corresponde le sea aplicada la sanción mínima prevista, debido a que no se produjo un daño a la contratante ni se actuó de mala fe. Tampoco puede la DNCP estimar que la supuesta infracción es grave cuando la misma CSJ, entidad que se vio afectada por la misma, solamente sancionó a la Empresa con un llamado de atención, amén de que dilató la denuncia de la supuesta infracción por 3 años. Por todos los argumentos esbozados, al no existir una violación grave a las disposiciones de la Ley 2.051/03 cuyo incumplimiento se imputa a la Empresa, el sumario debe ser desestimado o, en su defecto, aplicarse a la Empresa la sanción mínima prevista en dicha normativa, en virtud a las atenuantes verificadas en el presente descargo...' (Sic). (fs. 444/450) -----

CRITERIO DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Corresponde proseguir con el estudio de las cuestiones de fondo existentes en el presente caso y así determinar si la conducta de la firma **BRITAM S.A. con RUC N°80008970-7** puede subsumirse en el supuesto establecido en el inciso c) del artículo 72 de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas", y de la misma manera verificar si la conducta de la sumariada resulta sancionable en los términos fijados en la citada Ley. -----

Como primer punto del análisis es necesario establecer una cronología de los hechos acontecidos en el presente proceso de contratación, a los efectos de determinar con precisión las cuestiones que hacen al presente sumario. -----

HECHOS

Como consta en el Sistema de Información de Contrataciones Públicas SICP en fecha 26 de agosto de 2013 se publica el llamado a LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N° 24/2013 "AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE REFRIGERACIÓN BASAMENTO TORRE SUR – CAÑERIAS

Cont. Res. DNCP N° 339 /17

FAN – COILS MANEJADORES – AD REFERENDUM” CONVOCADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - ID N° 256.665 en el cual participó la firma BRITAM S.A. con RUC N° 80008970-7. -----

En fecha 17 de octubre de 2013, BRITAM S.A. presentó su oferta física en el acto de apertura, posterior a la evaluación correspondiente fue adjudicada con el total del llamado de referencia. -----

Por **Resolución N° 4846 de fecha 17 de diciembre de 2013**, la Corte Suprema de Justicia resolvió adjudicar la Licitación Pública Nacional N° 24/2013 “*Ampliación del Sistema de Refrigeración Basamento Torre Sur – Cañerías Fan – Coils Manejadores – Ad Referendum*” a la firma BRITAM S.A., por un monto total de doce mil seiscientos ochenta y siete millones doscientos treinta y cinco mil ochocientos (Gs.12.687.235.800).-----

En fecha 31 de diciembre de 2013 fue suscripto el **Contrato N° 141/13** entre ambas partes, con una vigencia de 42 (cuarenta y dos) meses a partir del 13 de enero de 2014 hasta el 13 de julio de 2017, previo cumplimiento de todas las obligaciones con el otorgamiento de la recepción definitiva de las obras, conforme a la cláusula quinta. (fs.328/332)-----

En fecha 08 de mayo de 2014 fue suscripta el Acta de Inicio de Obras a los efectos de dar inicio a los trabajos correspondientes al Contrato N°141/2014 (fs.255).-----

Ahora bien, conforme a la denuncia remitida por la Convocante, la firma BRITAM S.A. habría subcontratado a funcionarios de la Corte Suprema de Justicia para realizar trabajos que les fueron adjudicados.-----

En ese sentido, obra a fojas 46 la nota de fecha 22 de mayo de 2014, por la cual el Ing. Didier Chena (BRITAM S.A.) manifestó contratar a los señores Alfredo Reginaldo Aguilera Acosta con CI N° 754.674 y Agustín Ramírez Mieres con CI N°498.415 para realizar trabajos de reubicación de tableros del sub suelo II del Palacio de Justicia de Asunción el día sábado 31 de mayo de 2014. Asimismo, a fojas 20 del expediente, obra la nota de fecha 02 de junio de 2014, por la cual el Ing. Didier Chena remitió un informe a la Arq. Carolina Rufinelli, Directora de la Dirección de Infraestructura Física, expresando: “...El día sábado 31 de mayo del 2014, por autorización, previa solicitud por nota, se procedió al (sic) realizar el trabajo previsto de reubicación de tablero de fuerza ubicado en el sub suelo 2 (dos) para la construcción de bases de hormigón para la (sic) unidades enfriadoras de agua, para tal efecto acudimos a servicio de personal de la decisión de termo mecánica del Palacio de Justicia de Asunción, considerando a los mismos aptos para realizar los trabajos debido al conocimiento de mencionado plantel sobre las instalaciones y el grado de sencillez del trabajo...” (Sic).-----

Respecto a la subcontratación realizada, cabe señalar que los funcionarios mencionados fueron sumariados administrativamente, resolviendo el Consejo de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia, mediante la Resolución C.S.C.S.J. N° 451 de fecha 23 de diciembre de 2015, entre varios puntos, aplicarles una multa de cinco jornales mínimos con la advertencia de que si volvieran a incurrir en hechos similares se le aplicaran sanciones más severas (fs. 59/66).-

Además, traemos a colación el Dictamen DAJ N° 125/16 de fecha 04 de mayo de 2016, el cual expresó: “...la empresa Contratista y los Funcionarios de la Corte Suprema de Justicia transgredieron lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones y en la Ley N°2051/03 ‘De Contrataciones Públicas’, en lo que respecta a la Subcontratación, ni los funcionarios, ni la empresa Contratista podían desconocer las prohibiciones, por lo tanto y en vista a que el Contrato N° 141/2013 se encuentra vigente hasta el 13 de julio de 2017, esta Dirección Jurídica sugiere remitir los antecedentes a la Unidad Operativa de Contrataciones a los efectos de comunicar lo -----

Cont. Res. DNCP N° 33A /17

acontecido a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas a los efectos pertinentes..." (Sic) (fs.50/51).-----

Es así que en fecha 06 de junio de 2016, la Unidad Operativa de Contrataciones de la CSJ, remitió los antecedentes de la supuesta irregularidad a esta Dirección Nacional (fs. 01). En consecuencia, el departamento de sumarios, ante los indicios de infracciones solicitó los antecedentes de la denuncia a través de la Nota DNCP/DJ N° 11.356/16 de fecha 14 de noviembre de 2016 (fs.23).-----

En fecha 29 de noviembre de 2016, la Unidad Operativa de Contrataciones de la CSJ remitió a esta Dirección Nacional, la Nota UOC N° 2304/2016, manifestando: "...ante nuestra consulta, la Dirección de Asuntos Jurídicos, a través de la Nota D.A.J. N°81/16 de fecha 10 de junio de 2016 recomendó: '...por esta vez, se llame la atención a la empresa a la empresa BRITAM S.A. por lo acontecido, bajo apercibimiento de que ante cualquier hecho o incumplimiento, se iniciarán los trámites de rescisión, de conformidad a las prerrogativas de la Ley N°2051 'De Contrataciones Públicas'...' (fs.25/26).-----

Es así que, en fecha 13 de junio de 2016, la Unidad Operativa de la CSJ remitió la Nota U.O.C N° 205/2016 a la firma BRITAM S.A. con el apercibimiento respectivo (fs.31/32).-----

ANÁLISIS

Expuesta la cronología de los hechos, corresponde en primer lugar analizar detalladamente las cuestiones de fondo existentes en el presente caso y así determinar si la conducta de la firma **BRITAM S.A. con RUC N°80008970-7** podría encuadrarse en lo establecido en el **inciso c)** del artículo 72 de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas" en el cual se otorga a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas la facultad de sancionar a los proveedores, contratistas u oferentes que proporcionen información falsa o que actúen con dolo o mala fe en algún procedimiento de contratación, durante la celebración del contrato o durante su vigencia, o bien, en la presentación o descargo de un procedimiento de conciliación o de una inconformidad, cuestión que será estudiada a continuación: -----

SUPUESTO ESTABLECIDO EN EL INC. C) DEL ART. 72° DE LA LEY N° 2051/03.

A fin de determinar si la conducta de la firma BRITAM S.A. se encuentra o no subsumida dentro del supuesto establecido en el inc. c) de la Ley N° 2051/03 es preciso analizar la existencia de mala fe en la ejecución del contrato suscrito con la Corte Suprema de Justicia. -----

Según consta en autos BRITAM S.A fue adjudicada en la LPN N° 24/2013 para la "AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE REFRIGERACIÓN BASAMENTO TORRE SUR – CAÑERIAS FAN – COILS MANEJADORES – AD REFERENDUM" convocada por LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, suscribiendo ambas partes el Contrato N° 141/13, el cual tendría una vigencia de 42 meses a partir del 13 de enero de 2014 hasta el 13 de julio de 2017. El monto total del contrato asciende a Guaraníes doce mil seiscientos ochenta y siete millones doscientos treinta y cinco mil ochocientos (Gs.12.687.235.800). -----

Conforme a lo denunciado por la Contratante, la firma subcontrató a funcionarios de la Corte Suprema de Justicia para realizar trabajos que le fueron adjudicados. Estas manifestaciones fueron respaldadas con la nota nota de fecha 22 de mayo de 2014, por la cual el Ing. Didier Chena (BRITAM S.A.) manifestó contratar a los señores Alfredo Reginaldo Aguilera Acosta con CI N° 754.674 y Agustín Ramírez Mieres con CI N° 498.415 para realizar trabajos de reubicación de tableros del sub suelo II del Palacio de Justicia de Asunción el día sábado 31 de mayo de 2014. Asimismo, a fojas 20 del expediente, obra la Nota de fecha 02 de junio de 2014,

Cont. Res. DNCP N° 334 /17

por la cual el Ing. Didier Chena remitió un informe a la Arq. Carolina Rufinelli, Directora de la Dirección de Infraestructura Física, expresando: "...El día sábado 31 de mayo del 2014, por autorización, previa solicitud por nota, se procedió al (sic) realizar el trabajo previsto de reubicación de tablero de fuerza ubicado en el sub suelo 2 (dos) para la construcción de bases de hormigón para la (sic) unidades enfriadoras de agua, para tal efecto acudimos a servicio de personal de la decisión de termo mecánica del Palacio de Justicia de Asunción, considerando a los mismos aptos para realizar los trabajos debido al conocimiento de mencionado plantel sobre las instalaciones y el grado de sencillez del trabajo..."(sic). Obra también en autos el Dictamen DAJ N° 125/16 de fecha 04 de mayo de 2016 en el cual consta que la firma contratada trasgredió lo establecido en el pliego de Bases y Condiciones y en la Ley 2051/03 'De Contrataciones Públicas' respecto a la subcontratación. -----

A fojas 33 de autos obra la Nota DAJ N° 81/16 del 10 de junio de 2016, a través de la cual la Directora de Asuntos Jurídicos de la CSJ manifestó a la Directora de la UOC lo siguiente: "... En cuanto a la Contratista, cabe señalar que la contratación de terceros, y en este caso particular, 'la contratación de funcionarios de la Corte Suprema de Justicia' que cumplen funciones en el área de electricidad para realizar trabajos que los funcionarios cumplen normalmente en la Corte, constituye una infracción por parte del Contratista, ya que la firma no puede desconocerlos preceptos de la Ley 2051/03 'De Contrataciones Públicas', y los supuestos de la subcontratación enmarcado en el Art 38° del citado cuerpo legal." -----

A fojas 31 de autos obra la Notificación U.O.C N° 205/2016 de fecha 13 de junio de 2016 por la cual la Corte Suprema de Justicia APERCIBE POR ESCRITO a la firma BRITAM S.A por los hechos acontecidos. -----

Ahora bien, corresponde el análisis de las documentales y el descargo presentado por la firma BRITAM S.A en el marco del presente sumario administrativo: -----

En principio, la sumariada niega estar inmersa en los alcances del artículo 72, inciso c), de la Ley 2051, o específicamente haber actuado con dolo o mala fe. Asimismo niega haber tenido conocimiento de la subcontratación celebrada unilateralmente por el Ing. Didier Chena con funcionarios judiciales para ejecutar el Contrato. -----

En su descargo la firma manifiesta: "**Desconocimiento de subcontratación** ...la Empresa desconocía que el Ing. Didier Chena había subcontratado a funcionarios judiciales para llevar a cabo tareas relativas al Contrato y apenas tomó conocimiento de dicho asunto en la oportunidad en que la CSJ abrió el sumario investigativo correspondiente.// Cabe resaltar que conforme se desprende del artículo 13 de la última modificación de los estatutos sociales de la Empresa, materializada mediante Escritura Pública N° 27 del 30 de mayo de 2012 pasada ante la Escribana Pública María Blanca Grenno, cuya copia se adjunta, el único que puede obligar a la Empresa con su firma es su Presidente. Solo ante su ausencia por más de 15 días la Empresa puede ser representada por dos Directores, en forma conjunta, o por un Director y un Gerente, de no estar dos directores. Esto indica que el Ing. Didier Chena no era representante legal de la Empresa, por lo cual teniendo en cuenta el citado artículo de sus estatutos tanto como lo que disponen los artículos 96 y 97 del Código Civil, éste no estaba facultado a representarla, ni a subcontratar a nadie para ejecutar el Contrato en nombre de la Empresa."-----

Al respecto cabe resaltar que en autos obran varios documentos como ser los cronogramas de trabajo y el acta de inicio de obras que demuestran sin lugar a dudas que el Ing. Didier Chena era empleado de la firma BRITAM S.A, encargada de la ejecución de los trabajos adjudicados. En la orden de inicio de obras obrante a fojas 255 la sumariada presenta a la Convocante el Currículum del Ing. Chena como representante técnico de la empresa BRITAM S.A. -----

Cont. Res. DNCP N° 331/17

El PBC establece: IV. Especificaciones Técnicas Obras Civiles I.- DISPOSICIONES GENERALES: "La Empresa Contratista tomará a su cargo la provisión de equipos, materiales, servicio de grúa, mano de obra, **plantel**, herramientas y toda otra provisión o trabajo que directa o indirectamente resulte necesaria para la ejecución de los mismos, en forma completa con arreglo a su fin."

La misma empresa admite que el Ing. Chena prestaba servicios a su favor y teniendo en cuenta que desde la suscripción del contrato es absoluta responsable de todo lo referente a la ejecución de la obra es impropio y negligente de su parte manifestar el desconocimiento de la subcontratación realizada por su representante técnico por lo que no puede considerarse dicha situación como eximente de responsabilidad para la sumariada. El Art. 1.842 del Código Civil dispone al respecto: "El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de este." por lo que BRITAM S.A no puede desconocer su responsabilidad sobre lo actuado por un empleado suyo en el marco de la ejecución del Contrato suscrito con la C.S.J.

La firma no solo ha subcontratado sin autorización expresa de la Corte Suprema de Justicia, trasgrediendo lo establecido en el PBC que establece: "CGC 3.3 En caso de subcontratación el porcentaje no podrá exceder el 50% del monto total del contrato. Igualmente, la subcontratación estará supeditada a la autorización de la Contratante." sino que además ha subcontratado en contravención del Art 38 de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas" que dispone: "Los proveedores y los contratistas solo podrán concertar con terceros la ejecución parcial del contrato cuando éstos tengan capacidad para contratar y no estén comprendidos en alguna de las causales de prohibición señaladas en el Art 40. Solo podrá producirse la subcontratación cuando las bases o las cláusulas del contrato así lo permitan o la Contratante lo autorice..."

Al respecto, cabe recordar que Art. 40 de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas" dispone: "PROHIBICIONES Y LIMITACIONES PARA PRESENTAR PROPUESTAS O PARA CONTRATAR.- No podrán presentar propuestas en los procedimientos de contratación previstos en esta Ley, ni contratar con los organismos, entidades y municipalidades: I) las demás personas físicas o jurídicas que por cualquier causa se encuentren impedidas para ello por disposición judicial o de la Ley."

En este sentido, nos remitimos a lo establecido en el Código de Organización Judicial que en el Art. 238, inc. d) prevé: "... Se prohíbe a los magistrados y funcionarios de la Administración de Justicia, cualquiera sea su jerarquía: ejercer otra función pública, profesión, comercio o industria, directa o indirectamente, salvo la docencia, cuyo ejercicio será reglado por la Corte Suprema de Justicia, ni participar en actividades políticas..."

Habiéndose determinado que la conducta de la firma sumariada ha transgredido lo dispuesto en el Art. 38 de la Ley 2051/03 y que la misma se encuadra dentro de la prohibición establecida en el inciso I) del artículo 40 del mismo cuerpo legal, como siguiente punto, corresponde estudiar la existencia de la mala fe por parte de BRITAM S.A., a los efectos de subsumir el hecho en lo establecido en el inciso c) del artículo 72 de la mencionada Ley.

En su descargo BRITAM S.A manifiesta: "...Siendo así, teniendo en cuenta que la Empresa no podía ser obligada por los actos del Ing. Didier Chena, cabe tomar la subcontratación realizada por el mismo, como un acto a título personal y, en consecuencia, inoponible a la Empresa. De ahí que la Empresa haya desconocido totalmente el accionar del Ing. Didier Chena. // Como muestra de la conducta personal, directa y unilateral del Ing. Didier Chena se tiene que a fs. 22 del Sumario luce la manifestación unilateral del Ing. Didier Chena, donde consigna que él contrata a los señores Alfredo Reginaldo Aguilera Acosta y Agustín Ramírez Mieres para

Cont. Res. DNCP N° 331/17

realizar trabajos de reubicación de tableros ubicados en el Sub Suelo II del Palacio de Justicia de Asunción. Notará la Jueza Sumariante que este documento no tiene membrete de la empresa, los estatutos de ésta no determinan que la persona en cuestión pueda obligar a la Empresa, y la firma del Ing. Didier Chena no va acompañada de ningún sello que lo identifique con la Empresa.// Siendo así, **es insostenible la tesis manifestada en la denuncia base del Sumario de que la Empresa obró de mala fe, toda vez que el Ing. Didier Chena realizó la subcontratación de los funcionarios judiciales sin el consentimiento y aprobación de la empresa, además de carecer de representación suficiente para obligar a la Empresa. // Por tanto, no puede imponerse a la Empresa una sanción por un hecho que no cometió.** Respecto al punto ha quedado demostrado que la empresa es total y absolutamente responsable por la conducta del Ing. Chena puesto que éste actuó bajo la dependencia de la firma ejecutando el Contrato que le fue adjudicado a BRITAM S.A y fue la misma firma quien lo designó como representante técnico ante la Convocante por lo que, como se ha expresado anteriormente, deviene improcedente el argumento de que al no tener conocimiento no es responsable de la subcontratación. -----

Con relación a la mala fe cabe mencionar que en doctrina se la define como "... la íntima convicción de que no se actúa legítimamente, ya sea por existir una prohibición legal o disposición en contrario, ya sea por saberse que se lesiona un derecho ajeno o no se cumple un deber propio", o como "... el conocimiento que una persona tiene de lo mal fundado de sus pretensiones" ¹. -----

Ésta se configura "... cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización anti funcional el ordenamiento jurídico reprueba" ². -----

Es decir, siendo BRITAM S.A. la adjudicada para la ejecución del contrato tenía el deber de conocer todo lo hecho por sus dependientes, asegurarse de que su conducta se ajustara a las disposiciones legales y por sobre todo, evitar que éstos actuaran contra las mismas. -----

Es importante recordar, que el principio de buena fe constituye una regla a la que deben ajustarse todas las personas en todas las fases de sus respectivas relaciones jurídicas. Es por eso que traemos a colación lo establecido en el Código Civil Art. 689 que dispone: "En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo a la buena fe". Es decir, la buena fe debe existir desde los actos previos tendientes a la formalización del contrato y en su ejecución posterior. -----

Así las cosas, habiendo analizado las circunstancias fácticas y el caudal probatorio se puede concluir, sin lugar a dudas, que la Firma BRITAM S.A ha actuado de mala fe durante la ejecución del Contrato N°141/13 suscrito con la Corte Suprema de Justicia al haber ejecutado sus obligaciones mediante funcionarios de la C.S.J que se encontraban inhabilitados conforme al Art. 40 de la Ley 2051/03, sumado a la falta de autorización de la Convocante; y por consiguiente su conducta se subsume dentro del presupuesto establecido en Art. 72 inc. c) de la Ley 2051/03 que dispone: "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 ... Además de los proveedores y contratistas, los oferentes que participen en los llamados a contratación e incurran en alguno de los supuestos previstos en el presente artículo serán pasibles de las sanciones previstas en el mismo...". -----

¹ OSSORIO, Manuel: "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales" Editorial Hel lasa, S.R.L. Buenos Aires 2012.

² ALFERILLO, Pascual E., "La Mala Fe". 122 Universitas. Bogotá, 2011.



Cont. Res. DNCP N° 334/17

CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN A IMPONERSE

En virtud a ello, pasaremos a analizar los presupuestos establecidos en el artículo 73 de la Ley N° 2051/03 a fin de determinar la sanción a ser aplicada a la firma sumariada: -----

Los daños y perjuicios que se hubieran producido o puedan producirse a la Convocante

El representante de la firma BRITAM S.A mencionó en su escrito de descargo lo siguiente:
"...a) Inexistencia de Daño En primer lugar, no se produjo un daño a la CSJ con la supuesta infracción toda vez que la ejecución del Contrato continuó al punto tal que, como surge del Acta de Recepción Provisoria del 11 de agosto de 2016 obrante a fs. 184 del Sumario, fue concluida dentro del alcance comprometido contractualmente.// Los avances que se iban haciendo en el marco de la ejecución del Contrato constan igualmente en los Certificados Básicos de Obra que rolan a fs. 67/188 del Sumario, así como se desprende de los Memorándums de Fiscalización y Documentos Anexos, elevados por la CSJ por la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Asunción, que se acompañaron a fs. 192/254. //En consecuencia, como la Empresa ejecutó el Contrato y la CSJ recibió los trabajos terminados tal como habían sido contratados, no existe un daño atribuible a la Empresa" (sic). -----

La cuestión planteada por el representante de la sumariada es la siguiente: no existió daño para la administración pues la firma siguió ejecutando el contrato en cuestión, en consecuencia, como la Empresa ejecutó el Contrato y la CSJ recibió los trabajos terminados tal como habían sido contratados, no existe un daño atribuible a la Empresa. Pero es preciso señalar al respecto que en el presente sumario no se ha cuestionado un incumplimiento de las obligaciones por parte de la firma adjudicada, derivadas del contrato suscripto entre las partes, por lo tanto no cabe hacer referencia a la inexistencia de daño por el cumplimiento de dichas obligaciones contractuales. -----

La cuestión analizada y verificada resulta clara: la firma BRITAM S.A ha subcontratado a funcionarios de la Corte Suprema de Justicia para ejecutar parte de los trabajos adjudicados en contravención a lo establecido en el Art. 38 de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas", al estar éstos inhabilitados conforme lo dispuesto por el Art. 40 de la misma Ley. -----

Habiéndose determinado la mala fe en la conducta de la sumariada en el marco del proceso de contratación de referencia, se ha constatado la existencia de un perjuicio a la confianza pública y al Sistema de Contrataciones en la abierta violación a la ley y sus principios rectores, los cuales se basan principalmente en la buena fe que debe respetar el oferente, proveedor o contratista, y que como fue mencionado anteriormente, constituye una regla a la que deben ajustarse todas las personas en cada fase de sus respectivas relaciones jurídicas y en el cumplimiento de las normas establecidas en el ordenamiento legal que rige la materia. -----

El carácter intencional o no de la acción u omisión constitutiva de la infracción

Habiéndose demostrado que la firma sumariada actuó con mala fe en el marco del llamado de referencia al haber subcontratado a funcionarios de la Corte Suprema de Justicia para ejecutar parte de los trabajos adjudicados en contravención a lo establecido en el Art. 38 de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas", estando éstos inhabilitados conforme lo dispuesto por el Art. 40 de la misma Ley, puede hablarse de la existencia de culpa en el obrar del agente, que el Código Civil Paraguayo define en su artículo 421 diciendo que "... habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar". -----

Cont. Res. DNCP Nº 331/17

Asimismo, menciona Silva Alonso que "... en las diversas especies de culpa hay una contravención a una regla de conducta. Y en todas ellas, hay daños que reparar"³, y a su vez Ossorio señala: "... actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente, o pudiera decirse, con infracción de reglamentos. //... acción u omisión que causa el daño sin el propósito de hacerlo..."⁴. -----

Teniendo la sumariada un conocimiento previo de las disposiciones de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas", y debiendo conocer la prohibición legal que le impedía subcontratar a terceros comprendidos en algunas de las causales de prohibición señaladas en el Art. 40, en este caso, impedidos por el Art. 238 inc. d) del Código de Organización Judicial, puede afirmarse que la firma en cuestión es responsable por su conducta y las consecuencias generadas en razón de ésta, conducta considerada de mala fe a los efectos de la imposición de la sanción correspondiente. -----

La gravedad de la infracción

Se puede observar que existió una falta administrativa, en razón de que la firma BRITAM S.A subcontrató para la ejecución de parte de la obra adjudicada a funcionarios de la C.S.J estando estos comprendidos en la prohibiciones del Art. 40 Inc. l) de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas". -----

La firma alegó al respecto que el hecho no puede considerarse grave puesto que la C.S.J solamente la sancionó por lo ocurrido apercibiéndola por escrito en razón de que el contrato estaba siendo ejecutado sin ningún inconveniente, además refiere que no existió un hecho grave pues de lo contrario la denuncia se hubiese realizado con mayor premura y, sin dudas, la DNCP hubiese abierto el Sumario con mayor celeridad ya que desde los hechos hasta la denuncia transcurrieron 3 años por lo que, según la firma, "el sumario debe ser desestimado o, en su defecto, aplicarse a la Empresa la sanción mínima prevista en dicha normativa, en virtud a las atenuantes verificadas en el descargo..." -----

Al respecto hemos de remitirnos a lo dispuesto por el Art. 21 del Decreto 7.434 que estable: "...El sumario administrativo será impulsado y concluido sin perjuicio de los procesos sustanciados o a sustanciarse en otros ámbitos administrativos o jurisdiccionales. La responsabilidad administrativa derivada de estos procesos es independiente a las sanciones que pudieran ser aplicadas por otra autoridad competente" (sic.). Es decir, la sanción que la Convocante consideró apropiada imponer a la contratada es absolutamente irrelevante al momento de determinar la sanción en el marco del sumario administrativo. -----

A este tenor es de notarse que el actuar de la firma sumariada atenta contra el principio de legalidad y probidad en el sentido de que la Ley no puede suponer una conducta que no se ajuste a la misma. -----

En ese sentido, la firma en cuestión, con su conducta, ha producido un quebrantamiento al ordenamiento positivo y al espíritu de las licitaciones, atentando además contra el principio de legalidad en el ámbito administrativo, en el cual el marco legal expresa claramente los requisitos necesarios a los efectos de garantizar el cumplimiento de las disposiciones referentes a las contrataciones públicas. -----




Ing. SANTIAGO JURE DOMANICZKY
Director Nacional

³ SILVA ALONSO, Ramón: "Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Paraguayo". Intercontinental Editora. Asunción, 2012.

⁴ OSSORIO, Manuel: "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires 2012.

Cont. Res. DNCP N° 331 /17

La reincidencia

En este caso, esta Dirección Nacional ha comprobado a través del Módulo de Sanciones del Sistema Informático de Contrataciones Públicas que la firma **BRITAM S.A** con RUC N°80008970-7 cuenta con 1 (UN) antecedente de sanción impuesta por esta Dirección Nacional en el marco de un sumario administrativo. -----

Por Resolución DNCP N° 345/2008 de fecha 14 de mayo de 2008, se resolvió disponer la INHABILITACIÓN de la BRITAM S.A con RUC N°80008970-7 por el plazo de 12 (doce) meses, en el marco de las ADJUDICACIONES LLEVADAS A CABO EN EL AÑO 2005 POR LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN (UNA). -----

POR TANTO, de conformidad a lo establecido por la Ley N° 2051/03, su Decreto Reglamentario N° 21909/03 y la Ley N° 3439/07, en uso de sus atribuciones; -----

EL DIRECTOR NACIONAL DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

RESUELVE:

- 1- **DAR POR CONCLUIDO** el presente sumario administrativo instruido a **LA FIRMA BRITAM S.A. con RUC N° 80008970-7**, en el marco de la LICITACIÓN PUBLICA NACIONAL N° 24/2013 "AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE REFRIGERACIÓN BASAMENTO TORRE SUR – CAÑERIAS FAN – COILS MANEJADORES – AD REFERENDUM" CONVOCADA POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - ID N°256.665.-----
- 2- **DECLARAR QUE LA CONDUCTA DE LA FIRMA BRITAM S.A. con RUC N° 80008970-7** se encuentra subsumida en los presupuestos del Art. 72 inc. c) de la Ley N° 2051 "De Contrataciones Públicas". -----
- 3- **DISPONER LA INHABILITACIÓN** de la firma **BRITAM S.A. con RUC N° 80008970-7** por el plazo de **TRES (3) MESES**, contados desde la incorporación al REGISTRO DE INHABILITADOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO, conforme lo dispone el artículo 75 de la Ley 2051/03.-----
- 4- **DISPONER** la publicación de la citada inhabilitación, en el REGISTRO DE INHABILITADOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO PARAGUAYO, del SISTEMA DE INFORMACIÓN DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS (SICP), por el término que dure la sanción, conforme lo dispone el artículo 114 in fine del Decreto Reglamentario N° 21909/03. -----
- 5- **COMUNICAR**, y cumplido archivar.-----



SA
Abg. SANTIAGO JURE DOMANICZKY
Director Nacional - DNCP