INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL

TETÃ REKUÁI GOBIERNO NACIONAL
Jajapo Oñondivepa Tape Pyahu
Construyendo Juntos Un Nuevo Rumbo

21

DIJ/DDC/N° /2015
126.-

DICTAMEN

PARA: Secretaría del Consejo de Administración.

DE: Dirección Jurídica – Departamento de Dictámenes y Contratos.

REFERENCIA: Expediente N° NOT-6584-2015-000702

LUGAR Y FECHA: Asunción, 30 de noviembre de 2015.

1. ANTECEDENTES:

- Nota Interna SC N° 097-1130/15, de fecha 26 de noviembre de 2015, por la cual la Secretaría del Consejo de Administración solicitó dictamen jurídico en el marco del informe Final de la Comisión Evaluadora de la Contratación por Vía de la Excepción N° 26/15.

2. CONSULTA:

La Secretaría del Consejo de Administración solicitó un análisis del informe jurídico de la Comisión Evaluadora de la licitación Contratación por Vía de la Excepción N° 26/15 "Contratación por urgencia impostergable de Servicios de Hemodiálisis para el Hospital Regional de Ciudad del Este del IPS".

3. MARCO LEGAL:

- Constitución Nacional, art. 107: Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal.
- Código Civil, art. 5: Las leyes que establecen excepción a las reglas generales o restringen derechos, no son aplicables a los otros casos y tiempos que los especificados por ellas.
- Código Civil, art. 102: Las personas que quieran constituir una asociación que no tenga fin lucrativo, cuyo objeto sea el bien común, expresaran su voluntad mediante estatutos formalizados en escritura pública.
- Código Civil, art. 669: Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contendías en este título y en relativo a los actos jurídicos.
- Ley N° 2051/03 "De contrataciones Públicas", art. 4, inc "b": Igualdad y Libre Competencia: Permitirán que todo potencial proveedor o contratista que tenga la solvencia técnica, económica y legal necesaria y que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley, en su reglamento, en las bases o pliegos de requisitos y en las demás disposiciones administrativas, esté en posibilidad de participar sin restricción y en igualdad de oportunidades en los procedimientos de contratación pública.
- Ley N° 2051/03 "De contrataciones Públicas", art. 40, inc. "a": 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: a) 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

4. ANALÍSIS JURÍDICO:

Ante el pedido de análisis sobre el informe jurídico en referencia específicamente al punto que trata sobre la Fundación Tesai, señalamos lo siguiente:

Las prohibiciones y limitaciones establecidas en la Ley de Contrataciones para presentar propuestas y contratar no pueden invocarse en este caso en particular para descalificar a la

Fundación TESAI, pues el art. 40 inc. "a" de tal Ley se refiere expresamente a accionistas, socios y sociedades lo que no resulta igual o equiparable a una fundación, que carece de socios o accionistas y no es una sociedad.

Recordemos que de acuerdo al art. 5 del Código Civil, la interpretación de normas que restrinjan derechos es de carácter restrictivo pues ello resulta de una excepción a la regla general del derecho a contratar (*excepciones sunt strictissimae interpretationis* -las excepciones son de interpretación estrictísima-), pues la libertad de contratar se desprende del derecho para ocuparse de la actividad lícita de preferencia establecida en la Constitución Nacional y específicamente en la libertad de contratar dispuesta en el art. 669 del Código Civil.

Entendemos que la diferencia entre una sociedad y una fundación no resulta menor o casual, pues en las sociedades los resultados se distribuyen a través de dividendos a los socios o accionistas, mientras que la fundación es un patrimonio afectado que no enriquece a sus órganos; la misma Ley define a las fundaciones como entidades sin fines de lucro (art. 102, Código Civil).

Igualmente, el art. 4 inc. "e" de la Ley 2051/03 establece la igualdad y la libre competencia, por lo que, nuevamente, el art. 40 de la misma Ley debe interpretarse restrictiva y literalmente. Como en ninguna parte del art. 40 inc. "a" de la Ley 2051/03 se habla de fundaciones, únicamente de sociedades, la norma no puede aplicarse a tales entidades.

Esto es así, en virtud que las fundaciones, tanto por su naturaleza como los fines que persiguen, resultan claramente distintos a los fines de una sociedad, cualquiera sea su denominación: responsabilidad limitada, sociedad anónima, anónimas emisoras de capital abierto, etc; pues estas buscan lucro, mientras que la fundación únicamente enriquece al patrimonio afectado al fin del bien común. Por ende, como la ganancia que pueda generar una fundación no se reparte, tiene sentido que tal prohibición no le sea aplicable, por lo que disentimos con el informe jurídico en lo que respecta la fundación Tesai.

En consecuencia, al no existir el conflicto de intereses que la Ley busca evitar, no tiene sentido que se aplique a las fundaciones el mismo criterio que a las sociedades.

Por último, creemos que debe buscarse siempre (salvo que existan óbices legales, claro está) el mejor precio para la Institución, y que este debe ser nuestro principio rector en materia de contrataciones públicas.

5. CONCLUSIONES:

Creemos viable jurídicamente que el Consejo de Administración se aparte del criterio esgrimido por el representante de la Dirección Jurídica en el informe en cuestión, y señalamos también que entendemos que la fundación Tesai se encuentra habilitada para presentar ofertas y eventualmente ser adjudicada en el llamado en cuestión, pues a la misma no se le aplica el art. 40 inc. "a" de la Ley 2051/03, que únicamente establece prohibiciones para las sociedades, no así para las fundaciones. Por otro lado, ello tiene sentido y responde a circunstancias bien claras, pues mientras las sociedades reparten sus dividendos y enriquecen a sus socios, las fundaciones únicamente transfieren sus ganancias al patrimonio afectado a su fin, por lo que no existe el conflicto de intereses que la Ley busca evitar.

Atentamente,

Dra. Amelia Portillo
Dirección Jurídica MAT 16.917
Departamento de Dictámenes

SECRETARIA CONSEJO
MESA DE ENTRADA
16906
01 DIC. 2015
Mesa de Entrada
Secretaría del Consejo de Administración - IPS
CAJA CENTRAL