Encarnación
GOBIERNO MUNICIPAL

A: **UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACIONES.-**

De: **DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS.-**

Fecha: **13 DE JULIO DE 2020.**

Ref.: **REMISIÓN DE DICTAMEN.-**

Con relación al Memorándum N° 212/2020, de la Unidad Operativa de Contrataciones, sobre solicitud de parecer jurídico en relación a la autorización para realizar llamados, y la APROBACION de la adjudicación de la Junta Municipal para los procesos a realizarse bajo la modalidad EXCEPCIÓN A LA LICITACIÓN, esta Dirección de Asuntos Jurídicos dice:-

Normativa aplicable:

La **Ley N° 2051/03**, de CONTRATACIONES PÚBLICAS, expresa en el Capítulo Tercero: **DE LAS EXCEPCIONES A LA LICITACIÓN**:

Artículo 33: CASOS DE EXCEPCIÓN: "*Las Convocantes, bajo su responsabilidad, podrán llevar a cabo los procedimientos de contratación, **sin sujetarse a los de la licitación pública o a los de licitación por concurso de ofertas**, en los supuestos que a continuación se señalan:*

a) el contrato sólo pueda celebrarse con una determinada persona por tratarse de obras de arte, titularidad de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos;

b) por desastres producidos por fenómenos naturales que pongan o alteren el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país;

c) se realicen con fines de garantizar la seguridad de la Nación;

d) derivado de situaciones que configuren caso fortuito o fuerza mayor, en que no sea posible obtener bienes o servicios, o ejecutar obras mediante el procedimiento de licitación en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate; en este supuesto las cantidades o conceptos deberán limitarse a lo estrictamente necesario para afrontarlas;

e) se hubiere rescindido el contrato respectivo por causas imputables al proveedor o contratista que hubiere resultado ganador en una licitación. En este caso, la Contratante podrá adjudicar el saldo pendiente por ejecutar del contrato rescindido, al participante que hubiera presentado la siguiente proposición solvente más baja, siempre que la diferencia en precio con respecto a la propuesta que inicialmente hubiere resultado ganadora no sea superior al diez por ciento;

f) se realicen dos licitaciones que hayan sido declaradas desiertas;

g) existan razones justificadas para la adquisición o locación de bienes por razones técnicas o urgencias impostergables; o,

h) previa tasación por órganos competentes, se acepte la adquisición de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios a título de dación en pago, a favor del Estado Paraguayo, siempre que se observen los principios generales establecidos en el Artículo 4° de la presente ley.

En estos casos, la máxima autoridad del organismo, entidad o municipalidad, vía resolución y previo dictamen fundado y motivado de la Unidad Operativa de Contratación (UOC), dará por acreditado el supuesto de excepción en el que determine el procedimiento de contratación que le garantice al Estado las mejores condiciones, bajo cualesquiera de las hipótesis señaladas en los incisos c) y d) del Artículo 16.

Cuando la excepción se encuentre motivada en la negligencia o imprevisión del funcionario responsable de la contratación, esta acción será considerada falta grave y sancionada conforme a las normas vigentes. El funcionario sospechado no podrá participar en ninguno de los procedimientos concursales en los que se hubiere suscitado la sospecha, hasta que se dicte resolución por el órgano pertinente que lo libere de la responsabilidad del acto presuntamente irregular".

Artículo 16: TIPOS DE PROCEDIMIENTOS: "*Las Convocantes realizarán las contrataciones públicas, mediante alguno de los siguientes procedimientos..... c) **Contratación Directa**: para aquellas contrataciones que sean inferiores al monto equivalente a dos mil jornales mínimos, con excepción de lo establecido en el Artículo 34; y, d) **Con Fondo Fijo**: Para aquellas adquisiciones menores de acuerdo con lo establecido en el Artículo 35...*"

CONTRATACIÓN DIRECTA: Artículo 34.- PROCEDIMIENTO.

"La contratación directa se llevará a cabo de la siguiente manera:

a) se invitará por escrito y a través del Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP) a los potenciales oferentes para que presenten ante la Unidad Operativa de Contratación (UOC) su oferta técnica y económica, en sobre cerrado o virtual;

Abog. William Arce Mendoza
Director Jurídico
Municipalidad de Encarnación

b) el acto de presentación y apertura de ofertas podrá hacerse sin la presencia de los oferentes;

c) para llevar a cabo la adjudicación correspondiente, se deberá contar con un mínimo de tres ofertas susceptibles de analizarse técnica y económicamente, atendiendo al tipo de procedimiento de que se trate, salvo que, por la naturaleza de los bienes o los servicios o los fines que se persigan con la contratación, no sea posible contar con el número indicado de oferentes, en cuyo caso, bajo la responsabilidad de la máxima autoridad del organismo, de la entidad o de la municipalidad, se podrá hacer la contratación directa sin necesidad de ese mínimo de ofertas, debiendo en todo caso asegurar al Estado Paraguayo las mejores condiciones de contratación;

d) en las invitaciones se indicarán, como mínimo: la cantidad, descripción y especificaciones técnicas de los bienes, servicios u obras requeridos, plazo y lugar de entrega o ejecución, así como condiciones de pago;

e) los plazos para la presentación de las ofertas se fijarán para cada operación, atendiendo al tipo de bienes, servicios u obras requeridos, así como a la complejidad para elaborar la propuesta;

f) se harán efectivas las demás disposiciones de esta ley que resulten aplicables.

Las ofertas se aceptarán siempre que provengan de personas físicas o jurídicas que cuenten con la solvencia técnica, económica y legal suficiente para responder a los compromisos asumidos frente al Estado Paraguayo y que su actividad comercial o industrial se encuentre vinculada con el tipo de bienes, servicios u obras a contratar.

Las Unidades Operativas de Contratación (UOC), previamente a la iniciación del procedimiento, deberán contar con especificaciones generales técnicas y un presupuesto referencial".-

Artículo 35.- CONTRATACIONES CON FONDOS FIJOS (*Caja Chica*)

Con el fin de dar celeridad a los procedimientos administrativos, cuando se trate de erogaciones que por su cuantía y naturaleza no necesiten ajustarse a los procedimientos previstos en esta ley, los organismos, las entidades y las municipalidades podrán realizar adquisiciones de bienes y contratación de servicios, de consumo o prestación inmediata, con cargo a sus respectivos fondos fijos, si el monto total de cada operación no excede de veinte jornales mínimos. El reglamento determinará con exactitud las adquisiciones y los servicios a ser incluidos.

No deberán ejecutarse las operaciones indicadas para pagar cuentas de compras anteriores, adquirir activos fijos o bienes para constituir inventarios.

En todos los casos se deberá respetar los principios señalados en el Artículo 4º de esta ley".-

Ley N° 3.966. ORGÁNICA MUNICIPAL.

Sección 3. De los Deberes y Atribuciones de la Junta Municipal.

Artículo 36.- "*La Junta Municipal tendrá las siguientes atribuciones: ... b) autorizar por resolución los llamados a licitación pública y a licitación por concurso de ofertas y aprobar los correspondientes pliegos de bases y condiciones; c) aprobar las adjudicaciones y los contratos suscritos con los adjudicatarios o concesionarios en virtud de llamados a licitación pública y a licitación por concurso de ofertas...*".

Jurisprudencias referentes a la cuestión en estudio:

"*... Al respecto, la vía de excepción constituye una excepción a la licitación, como se dice expresamente en el art. 33 de la Ley 2051/03: "Las Convocantes, bajo su responsabilidad, podrán llevar a cabo los procedimientos de contratación, sin sujetarse a los de la licitación pública o a los de licitación por concurso de ofertas". Creemos que una correcta interpretación de la Ley conlleva que la vía de excepción no puede entenderse como una licitación con plazos abreviados, sino que debe tomarse como una adjudicación directa. Entendemos que si bien las excepciones "sunt strictissimae interpretationis" (las excepciones son de interpretación estrictísima), de conformidad a la regla establecida por el Código Civil en su art. 5, y que a partir de aquí podría tomarse que la excepción es con respecto únicamente a los plazos, la Ley es bastante clara y, acudiendo a otro brocardo decimos que "in claris non fit interpretatio", (si el texto resulta claro, el intérprete o juez debe abstenerse de más indagaciones) pues el artículo 33 de la Ley 2051/03 habla de que la convocante no se sujetará a los procedimientos de la licitación pública. Nótese que el Art. 33 refiere que la convocante no se sujetará a los procedimientos de la licitación; no se dice por ejemplo que el convocante no se sujetará a los plazos de la licitación. Por ello, aun la interpretación más restrictiva posible del Art. 33 no puede obviar que la excepción es con respecto a los procedimientos y no se refiere a los plazos sino a todos los procedimientos de la licitación. Cabe señalar que para Gordillo, el procedimiento es todo trámite que precede al dictado de un acto administrativo: "Mientras que en la justicia podemos hablar de procedimiento como concepto formal y proceso como concepto teleológico, en la administración no tenemos sino un término — procedimiento— para abarcar tanto la serie de actos (concepto formal) como la serie de actos destinados al dictado de un acto administrativo (concepto teleológico).-*

"*....Nuevamente vèmos que no resulta extraña a nuestra tradición jurídica la idea de una adjudicación directa, dejando de lado los procedimientos de la licitación. Vemos también que las distintas legislaciones que han regido la compra pública la han acogido. Por ello, insistimos en que la vía de excepción prevista en el art. 33 de la Ley 2051/03 debe interpretarse en la misma guisa que históricamente lo ha hecho la Ley: como una adjudicación directa y sin necesidad de agotar los trámites previos de las licitaciones...*"

Abog. [illegible] Mendoza
Director Jurídico
[illegible] de Encarnación

Encarnación
GOBIERNO MUNICIPAL

"...***ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONVOCANTE EN LOS CASOS DE CONTRATACIONES POR VÍA DE EXCEPCIÓN.*** *Conforme al art. 33 de la Ley 2051/03, la responsabilidad por el correcto uso de la vía de excepción recae en la convocante. En tal sentido, los arts. 76 y 77 de la Ley 2051/03 refieren que se aplicarán las sanciones administrativas, civiles y penales a los funcionarios que infrinjan las disposiciones de la Ley. En el caso de las máximas autoridades de las Instituciones convocantes, la responsabilidad será política (remoción de un cargo de confianza, etc.). En lo que se refiere a responsabilidades civiles y penales de las máximas autoridades de los entes convocantes, tanto la legislación civil (arts. 1833 y 1834 del Código Civil) como la penal (art. 192 del Código Penal) requieren la existencia de un daño patrimonial para la Institución convocante. Así, la sola utilización irregular de la vía de excepción no conlleva responsabilidad penal o civil para las máximas autoridades de la convocante. La sola falta a los procedimientos administrativos no habilita a una automática demanda civil o investigación en sede penal, pues debe demostrarse que la convocante ha pagado demás o se ha perdido de una mejor oferta. En otras palabras, la utilización de la vía de excepción, aunque fuere en forma irregular, no equivale a un daño y no genera responsabilidades más allá de la administrativa, la que en el caso de los representantes de entidades públicas se traduce por una responsabilidad política, dado que las autoridades no se encuentran sometidas al régimen del sumario administrativo como en el caso de los funcionarios de menor rango...".* LA CONTRATACIÓN POR VÍA DE EXCEPCIÓN EN LA LEY 2051/03. Revista de Compras Públicas. Abg. Andreas Ohlandt. www.contraciones.gov.py

CONCLUSIÓN:

Que, conforme a la transcripción de las disposiciones y a la jurisprudencia, se infiere que las ***excepciones*** a las licitaciones sean estas por ***licitación pública o a licitación por concurso de ofertas***, se hallan establecidas taxativamente en el Art. 33 de la Ley No. 2051/03, de CONTRATACIONES PÚBLICAS, bajo responsabilidad de la convocante, dejando determinado el procedimiento a seguir en el caso que las situaciones de hecho se encuadren en las previsiones de la citada normativa, en la cual se dispone que se sujetarán a los procedimientos establecidos para la Compra Directa y la Contratación con Fondos Fijos, conforme así lo establece el Art. 16 inc. c) y d), de la Ley No. 2051/03, ello es así en virtud a que las excepciones se encuentran amparadas en los casos de urgencia, casos fortuitos, imposibilidad de abastecimiento por otros medios, premura del tiempo, evitando perjuicios mayores; obviando los plazos y procesos establecidos para las licitaciones.-

Que, en ese sentido es menester recurrir a los Art. 34, *Contratación Directa*, y Art. 35, *Contratación con Fondos Fijos*, de la Ley de Contrataciones Públicas, de los cuales surge que ambas tienen una limitación en el monto, establecidas de la siguiente manera; para Contratación Directa, con un monto ***inferior al monto equivalente a dos mil (2.000) jornales mínimos***, y para Contratación con Fondos Fijos, con un monto que no exceda de ***veinte (20) jornales mínimos***, sin embargo en los casos establecidos para las excepciones a las licitaciones, una vez se encuadren en las previsiones, no rige la limitación en el monto, tal como se aprecia en forma específica en la Art. 16:... "*c) **Contratación Directa**: para aquellas contrataciones que sean inferiores al monto equivalente a dos mil jornales mínimos, con excepción de lo establecido en el Artículo 34...*".-

En cuanto a la solicitud de autorización para el llamado a licitación y aprobación de la adjudicación en los casos de excepciones a las licitaciones ante la Junta Municipal, la misma resulta innecesaria, habida cuenta que el mandato del **Art. 36 de la Ley Orgánica Municipal**, se halla indicado específicamente para los procedimientos derivados y establecidos para la licitación pública y la de licitación por concurso de ofertas, ***no así para los demás procedimientos mencionados en el Art. 16, inc. c) y d)***, de la Ley No. 2051/03, de CONTRATACIONES PÚBLICAS.-

Es importante destacar en caso de determinarse una de las requisitorias para dar lugar a la excepción en los casos de licitación, el dictamen deberá ser debidamente fundamentado por la Unidad Operativa de Contrataciones, para elevar al Ejecutivo Municipal, a los efectos de que se dicte la resolución correspondiente que debe estar anclada en las previsiones de lo dispuesto en el Art. 4 de la Ley No. 2051/03, de CONTRATACIONES PÚBLICAS.-

Dictamen N° 6.506.-

MUNICIPALIDAD DE ENCARNACIÓN
Abog. William Amarilla Mendoza
Director Jurídico
Municipalidad de Encarnación

EO/DAJ