**DNCP/DJ N°1008/18**

**CASO 3728**

Asunción, 19 de enero del 2018.-

**DENUNCIA INGRESADA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE EN EL MARCO DEL LLAMADO A LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL SBE N°112/17 PARA LA ADQUISICIÓN DE CLINKER – AD REFERENDUM, CONVOCADO POR LA INDUSTRIA NACIONAL DEL CEMENTO (INC) – ID 338314.** ----------

A partir de la denuncia recibida en fecha 10 de enero de 2018, a las 15:26 horas, a través del Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas e individualizadas como Caso N° 3728; esta Dirección Jurídica, luego del estudio de la misma realiza este Dictamen Conclusivo, en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación: ----------

Cabe recordar, que la identidad del denunciante se encuentra protegida conforme a lo establecido en la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita el 29 de marzo de 1996, en Caracas – Venezuela, aprobada por nuestro país por Ley Nº977/96. -----

La citada denuncia manifiesta, cuanto sigue: *"Nos dirigimos a Ud., en nuestro carácter de ciudadanos patriotas con el simple objeto de generar nuestro manifiesto sobre la situación por la cual está atravesando la Industria Nacional del Cemento en la actualidad, donde una vez más somos víctimas de los saqueadores de la patria, que actuando en post de un mejor servicio de dicha institución estatal, no hacen más que solapar un mal peor que será heredado a las generaciones futuras del país, con la posible pérdida de una entidad generadora de recursos para el país, y el desacato total a una ley del estado. Estamos hablando en primer lugar de la* ***Ley 3103/06 por la cual se "ESTABLECE LA UTILIZACION OBLIGATORIA DE CLINKER NACIONAL PARA LA FABRICACION DE CEMENTO", ley que a todas luces otorga a favor del estado y garantiza la explotación***

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP



EEUU N° 961 c/ Tte. Fariña - Telefax: 415 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py

***de los recursos naturales con que cuenta el país para la generación de recursos y fuentes de trabajo, que históricamente tuvo su auge, cuando la explotación de la misma estuvo en manos de verdaderos visionarios y patriotas; la cual actualmente está siendo violentada con la importación de clinker para la fabricación de cemento por parte de la INC**, institución que debería velar por los intereses del estado en lugar de violarlo y actuar en beneficio de algunos pocos. Seguidamente tenemos a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, institución creada con la misión de "Regular, transparentar y optimizar el Sistema de Contrataciones Públicas y apoyar a todos los actores intervinientes, orientando la gestión a la excelencia"; todo esto orientado a una visión de "Ser la institución referente en innovaciones estratégicas que generan efectos multiplicadores positivos en todos los actores que intervienen en el Sistema de Contrataciones Públicas", todo esto establecido en una Política de Calidad y Ambiental de la cual podemos rescatar que "Brindan un servicio orientado a satisfacer las necesidades de las entidades del Estado, los oferentes y la sociedad cumpliendo los procesos a tiempo y con eficacia. Actualmente la Industria Nacional del Cemento, está atravesando por una serie de modificaciones y actualizaciones que esperaríamos redunden en beneficio del Estado Paraguayo, y esto sea reflejado en beneficios para la población en general. En tal sentido la INC recibió el apoyo presupuestario de una suma importante, proveniente de los bonos soberanos del estado, con la cual se endeuda al país a futuro, esperando que dicha inversión y sus regalías superen al endeudamiento y se pueda cubrir dicha inversión, en pocas palabras, que la deuda se pueda pagar por si sola y dejar un beneficio para el estado. Para el efecto, en el año 2017 inicio el proceso de mejoramiento de la Planta Industrial situada en la Ciudad de Vallemi – Concepción, con la actualización del horno de dicha planta Industrial, y el paro total de la producción de clinker nacional dando comienzo a una serie de compras de clinker importado que desde el 2014 se venía realizando en forma regular, lo que podemos constatar en la página web de la DNCP en el historial de adjudicaciones donde el monto total aproximado de la compra de clinker importado asciende a la suma de dólares americanos 44.281.688; infringiendo totalmente una Ley del Estado que regula la actividad al respecto y con el supuesto de evitar el desabastecimiento de dicha materia prima. A todo esto, debemos sumar que el problema de la INC no se subsanaría solo con la actualización del sistema de combustión y modernización del horno*

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Jairo A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

*de clinker de Vallemi, sino que también a más de la multimillonaria suma invertidas, la INC para constantemente por supuesto problemas en el sistema de embarque y desembarque de clinker, situación inexplicable ya que el Estado Paraguayo ha otorgado más de 67 millones de dólares para su renovación total, las cuales no se han realizado. Las expectativas eran grandes con al cambio del sistema de combustión del Horno de Clinker de Vallemi y un supuesto aumento en la cantidad de clinker producido; nada más lejos de la realidad actual de la INC, donde la inversión del horno no está dando los resultados esperados por todo un país y con esto la promoción a todas las obras que están impulsando el crecimiento nacional. A la fecha y* ***desde su puesta en funcionamiento desde setiembre del 2017 el horno no ha dado más que problemas en su funcionamiento y por ende la falta total de producción de clinker nacional, lo cual está siendo solapado con la compra de clinker importado, tratando de cubrir de esta manera un déficit total de esta materia prima en inversiones sin sentido****. ¿Por qué seguir comprando clinker importado a un precio superior del que se puede obtener con los recursos locales?;* ***en lugar de invertir en la compra de más clinker importado sería mejor invertir en solucionar el inconveniente del horno de Vallemi que hasta el momento no se sabe el motivo de sus desperfectos continuados****, lo que se está tratando de hacer es tapar el sol con un dedo, al comprar clinker importado para cubrir el déficit de la producción nacional cuya realidad a la fecha debería de ser otra, en la que nosotros como productores con la mayor reserva de este mineral deberíamos estar exportando y creando divisas para el estado. Es por eso que acudimos a la DNCP como órgano Rector de las Compras Públicas y Garante de los Intereses del Estado, para solicitar su mediación en la verificación, auditoría y control "in situ" de la situación real de la INC en cuanto a estas inversiones donde el dinero que las financian no es nada menos que el dinero del pueblo y por sobre todo* ***"ORDENE" el paro total de las importaciones de clinker pese a sus consecuencias para la estatal****, ya que actualmente la INC ha iniciado un proceso nuevo de compra de clinker importado para nuevamente cubrir dicho déficit por la falta de funcionamiento del horno de clinker,* ***el cual se encuentra individualizado con el ID N° 338314 - Adquisición de Clinker****; ya que consideramos que de otra manera no se prestaría el interés debido y total en la reparación del horno de Clinker de Vallemi.* (Sic) [El resaltado es nuestro]. -----------------------------------------------------------

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Que, el denunciante adjunta un cuadro con los datos de llamados realizados por la INC para la importación de Clinker (IDs 281567 – 295400 – 298626 – 301053 – 323104 – 334285). ----------

Que, por Nota DNCP/DJ N°580/18 se solicita a la Entidad Convocante INC informe respecto a los hechos aducidos en la denuncia y adjunte toda la documentación respaldatoria que considere pertinente. ----------

Que, en fecha 18 de enero de 2018 mediante Expediente DNCP N°308 se presenta el Abg. César Mallorquín en representación de la INC a contestar traslado, en los siguientes términos: "Con relación al *requerimiento efectuado por esa Dirección Nacional, respecto a los procesos llevados adelante para la importación de Clinker por parte de la Industria Nacional de Cemento, es menester poner a vuestro conocimiento cuanto sigue: Por Dictamen P.G.R. N°172/14 de fecha 05/02/2014 la Procuradoría General de la República se ha expedido respecto a una solicitud de análisis efectuado en su oportunidad por el Ministerio de Industria y Comercio, respecto al art. 2° de la Ley 3103/06. Como se podrá apreciar, dicho instrumento contiene la opinión jurídica de rigor, así como las conclusiones y alcances correspondientes. En este sentido, ponemos de manifiesto el Dictamen A.L. N°394/13 de fecha 14/10/2013 emitido por la Asesoría Legal de la INC sobre la viabilidad de la importación de Clinker. Acompañamos para conocimiento los documentos citados para los fines y efectos que hubiera lugar*". ----------

Que, el denunciante indica que Ley 3103/06 por la cual se *"ESTABLECE LA UTILIZACION OBLIGATORIA DE CLINKER NACIONAL PARA LA FABRICACION DE CEMENTO*", ley que garantiza la explotación de los recursos naturales con que cuenta el país para la generación de recursos y fuentes de trabajo, está siendo violentada con la importación de clinker para la fabricación de cemento por parte de la Industria Nacional del Cemento (en adelante INC). ----------

Agrega el denunciante que, en lugar de invertir en la compra de más clinker importado sería mejor invertir en solucionar el inconveniente del horno de Vallemi que hasta el momento no se sabe el motivo de sus desperfectos continuados. ----------

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Thalia Cerezo Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

En tal sentido, solicita el denunciante que la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas ordene la suspensión de todo proceso licitatorio concerniente a la importación de Clinker por parte de la INC y en particular, el llamado con ID 338.314 de referencia. ----------

**Aspectos Particulares del llamado**. ----------

Primeramente, es importante resaltar que, de los datos obrantes en el Portal de Contrataciones Públicas se observa que el **llamado estuvo publicado desde el 05 de diciembre de 2017**, con fecha **TOPE DE CONSULTA hasta el día 03 de enero de 2018**, sin que se observe consulta alguna en el marco de la presente subasta. Asimismo, se constata que la **fecha de INICIO DE PROPUESTA se encontraba fijada para el día 10 de enero de 2018, a las 10:00 horas**. ----------

Es decir, el denunciante tuvo suficiente tiempo para presentar formal protesta y/o denuncia contra el pliego de bases y condiciones y en concreto contra la modalidad del llamado "*Licitación Pública Internacional por Subasta a la Baja Electrónica*", **antes de la fecha y hora de INICIO DE PROPUESTA**. ----------

Indicamos que, **el denunciante debió PROTESTAR y/o DENUNCIAR CONTRA EL PLIEGO con anterioridad a la fecha de Inicio de Propuesta**, puesto que, las bases de la convocatoria solo pueden ser modificadas de manera previa a la etapa citada[1]. ----------

[1] Atendiendo a la *"NATURALEZA CONTRACTUAL DE LOS PLIEGOS"* como conjunto normativo y regulador del relacionamiento entre la Administración y el Adjudicado, necesariamente el PBC debe adquirir *"FIRMEZA JURÍDICA"* con respecto a los participantes y, especialmente con respecto al adjudicado. Es por ello que, se contravendría el PRINCIPIO DE IGUALDAD y de SEGURIDAD JURÍDICA si se estudia una denuncia contra el PBC cuyo resultado podría afectar directamente a las condiciones pactadas y aceptadas originalmente mediante la suscripción del formulario de ofertas por todos los participantes del llamado a contratación, con posterioridad a la realización del acto de presentación de sobres y apertura de ofertas (*de inicio de propuestas en el caso de los llamados bajo la modalidad de subasta a la baja electrónica*); máxime aun considerando las inversiones realizadas por los oferentes que presentaron propuestas, así como la revelación de sus precios en el acto público. ***"...Los pliegos de las licitaciones o concursos públicos contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas y criterios de selección hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación***

Abg. Thanja Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duré
Director Jurídico - DNCP

Convocante o en su caso cuando previo llamado público nacional no se presente propuesta alguna o que ninguna haya cumplido con los requisitos establecidos en el llamado. ----------

Que, cabe señalar que, **por Nota UOC N°817/2017 la Entidad Convocante ha justificado la Licitación Pública Internacional**, en tales términos: "*la Industria Nacional de Cemento (INC) ha optado por realizar el llamado de carácter internacional, en razón de que el producto requerido no es un producto de importación común y constante, lo cual no nos permite saber con certeza la capacidad de un proveedor local para proveer dicho material. Asimismo, entendemos que con la provisión de un potencial oferente fabricante o productor, obtendremos mejores precios que con la compara a oferentes intermediarios*". ----------------

Entonces, de acuerdo a lo establecido en el Decreto N° 7434/11[2], Art. 9 que dispone: "*Carga de las pruebas. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que la DNCP no tenga el deber de conocer. Los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al juez" (sic);* en el caso que nos ocupa, la Convocante ha manifestado las razones por las cuales realizó un llamado por Licitación Pública Internacional y el denunciante no ha aportado elementos probatorios que demuestren situación contraria a lo esgrimido por la INC en la Nota UOC N°817/17 acerca de que en el mercado local existen empresas que puedan proveer el bien que la INC pretende licitar con precios justos, **por lo que, sobre este punto no existe irregularidad manifiesta del carácter de licitación internacional.** -----------------------------------------------------------------

En efecto, se puede notar que si bien, el denunciante solicita que esta Dirección Nacional verifique y realice una auditoría de la situación real de la INC y, además, ordene la suspensión del presente llamado, no proporciona una descripción precisa de lo que impugna en el marco de la LPI N°112/17 y ni prueba alguna que sustente lo manifestado, solo se limita a nombrar los llamados realizados por la INC y mencionar una supuesta trasgresión a la Ley N°3103/06 sin argumentos jurídicos válidos, que puedan ser analizados por esta Dirección Jurídica. ---------------------------------------------------------------------------

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS

[2] POR EL CUAL SE ESTABLECEN CIERTAS REGLAMENTACIONES PARA LOS PROCESOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA DNCP.

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Durla
Director Jurídico - DNCP



EE.UU N° 961 c/ Tte. Fariña - Telefax: 415 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py

**Aspectos Generales del llamado**. ----------

Respecto al supuesto de transgresión de la Ley 3103/06 *"POR LA CUAL SE ESTABLECE LA UTILIZACION OBLIGATORIA DE CLINKER NACIONAL PARA LA FABRICACION DE CEMENTO"*, la INC trae a colación el Dictamen P.G.R. N°172/14 y el Dictamen A.L N°394/13 que esclarecen el tema de la viabilidad de la importación del clinker sobre la base de la interpretación de la Ley supramencionada. ----------

Así se indica en los citados dictámenes que, la Ley N° 3103/06 "*Que Establece la Utilización Obligatoria de Clinker Nacional para la Fabricación de Cemento*" establece en su artículo 1° que: "*Toda persona física o jurídica que vaya a dedicarse en el territorio nacional a la fabricación de cemento de todo tipo, deberá proceder a la instalación de las maquinas necesarias para dicho proceso productivo en el territorio de la República*". ----------

Que, el mismo cuerpo legal expone en su artículo 2° que: "*Las empresas físicas o jurídicas que se dediquen a la fabricación de cemento, en los términos del artículo anterior, deberán utilizar materia prima semielaboradas (Clinker) de origen nacional*". ----------

Que, el artículo 2° de la Ley N° 3103/06 instituye la obligación que poseen las empresas físicas o jurídicas de utilizar materia prima de origen nacional, pero solamente, en los términos del artículo 1° de la misma ley. ----------

Que, el citado artículo primero hace referencia textual a las personas físicas o jurídicas que vayan a dedicarse en el territorio nacional a la fabricación de cemento, con un claro objetivo que es la regulación a futuro de las citadas personas físicas o jurídicas, es decir, todas aquellas empresas que vayan a dedicarse, en el futuro, a la fabricación de cemento, a partir de la entrada en vigencia de la citada ley, se encontrarán obligadas a utilizar materia prima semielaborada (Clinker) de origen nacional. ----------

Que, conforme a lo expuesto precedentemente, es la propia Ley N° 3103/06 la que brinda información acerca del momento de su aplicación, y quienes se encuentran sujetos a ésta, puesto que establece que la obligación de utilizar materia prima semielaborada

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

(Clinker) la tienen las personas físicas o jurídicas que vayan a dedicarse (en un tiempo futuro y posterior) a la fabricación del cemento y nada dice de aquellas que ya vienen dedicándose a tal actividad[3]. ----------

Que, los Dictámenes P.G.R. N°172/14 y A.L N°394/13 y en atención a que la Industria Nacional del Cemento fue creada en el año 1969 por Ley N° 126, y entre sus objetos y funciones se encuentran: "*Art. 4° La Industria nacional del Cemento tiene por objeto principal: a) explotar la industria del cemento y otras industrias derivadas... k) realizar todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines previstos en la presente carta orgánica*", aproximadamente 36 años antes que la promulgación de la Ley N° 3103/06, **se denota que la obligación impuesta en dicha ley no comprende a la Industria Nacional del Cemento, que ya viene dedicándose con anterioridad a la fabricación del cemento**. ----------

Por último, sobre lo indicado en la denuncia <*en lugar de invertir en la compra de más clinker importado sería mejor invertir en solucionar el inconveniente del horno de Vallemi*>. Debe considerarse además que es exclusiva responsabilidad de la Convocante realizar la planificación y los estudios necesarios para elegir la modalidad del llamado y lograr una exitosa contratación que no se vea frustrada por la falta de oferentes, así como todo lo concerniente a la realización de un llamado en base a las necesidades institucionales. ----------

Finalmente, en base a las aclaraciones efectuadas respecto a la interpretación de la Ley N°3103/06 y su alcance y el carácter licitatorio internacional del llamado de referencia; es claro que, la cuestión denunciada no amerita la intervención de oficio de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), en razón de lo dispuesto en el Art. 13 del Decreto 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*

[3] Dictamen P.G.R. N°172/14, el Abg. Roberto Moreno Rodríguez concluye que el del análisis jurídico se desprende que la Ley N°3103/06, en su texto literal, antecedentes históricos y parlamentarios y télesis, se aplica solamente a las personas físicas o jurídicas que han iniciado su dedicación a la fabricación de cemento con posterioridad a la entrada de vigencia de la misma.

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

*perjuicios al Estado; y cuando la vía pertinente no sea la Protesta";* y en consecuencia, **corresponde desestimar la denuncia individualizada como Caso N°3728**, con la salvedad de que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestras competencias. ----------

**ABG. THANIA FERREIRA**
**Dirección Jurídica - DNCP**

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

**ABG. LUIS A. GODOY DURIA**
**Dirección Jurídica - DNCP**



EEUU N° 961 c/ Tte. Fariña - Telefax: 415 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
**www.contrataciones.gov.py**