

INFORME ESPECIAL CP-19-04

15 de mayo de 2019

**Resultado de la investigación de una querrela relacionada
con el contrato de inspección de furgones
mediante el método de escaneo**

(Unidad 3135 - Investigación 13929)

CONTENIDO

Página

**INFORMACIÓN SOBRE EL CONTRATO DE INSPECCIÓN DE FURGONES
MEDIANTE EL MÉTODO DE ESCANEO 2**

RESULTADO 5

 Cláusulas leoninas en un contrato para la inspección de furgones..... 5

RECOMENDACIONES 9

APROBACIÓN 10

Estado Libre Asociado de Puerto Rico
OFICINA DEL CONTRALOR
San Juan, Puerto Rico

15 de mayo de 2019

Al Gobernador, y a los presidentes del Senado de
Puerto Rico y de la Cámara de Representantes

Realizamos una investigación de una querrela relacionada con el contrato para la inspección de furgones mediante sistema de escaneo en la Autoridad de los Puertos de Puerto Rico (Autoridad). Hicimos la misma a base de la facultad que se nos confiere en el Artículo III, Sección 22 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico y, en la *Ley Núm. 9 del 24 de julio de 1952*, según enmendada.

**INFORMACIÓN SOBRE
EL CONTRATO DE
INSPECCIÓN DE
FURGONES**

El 6 de agosto de 2009¹ la Autoridad solicitó propuestas para inspeccionar la entrada de furgones, mediante un sistema de escaneo en el Puerto de San Juan. Entre los requisitos para poder remitir las propuestas, estaban los siguientes:

- El contrato sería para la inspección por escaneo del 100% de los furgones que entren al Puerto de San Juan. El proveedor debía usar tecnología antiterrorismo y ser capaz de detectar y prevenir la introducción de materiales restringidos².
- Los proveedores debían remitir su propuesta de acuerdo con los términos y las condiciones del *Request for Proposal (RFP)*.
- El establecimiento del sistema de seguridad sería uno no invasivo y que no interrumpiera el movimiento de carga en el puerto.

¹ En el memorando *Cargo Inspection System RFP Evaluation Executive Summary* del 6 de octubre de 2009 (Memorando), emitido por la presidenta del Comité Evaluador, se indica que el 29 de abril de 2009 la Autoridad le requirió información a siete proveedores que podían escanear el 100% de la carga entrante en el Puerto de San Juan para calificarlos. Además, se indica que los proveedores fueron referidos por el U.S. Customs & Border Protection (CBP). Conforme a las respuestas recibidas, la Autoridad envió *RFP* a cuatro de los siete proveedores.

² Los materiales restringidos se definen, pero no se limitan, a drogas, explosivos, armas u otros métodos diseñados o destinados a causar una destrucción masiva, lesiones u otras pérdidas a ciudadanos o instituciones de Puerto Rico y los Estados Unidos, entre otros.

- El proveedor debía de tener la capacidad de proveer el equipo y los servicios para realizar el escaneo por el término del proyecto y no debía ser un costo para la Autoridad, excepto las mejoras a los lugares del escaneo.

El 6 de octubre de 2009 el Comité Evaluador, constituido para la evaluación de las propuestas, recomendó la compañía a la que le debían de adjudicar el contrato. Mediante la *Resolución 2009-034* del 22 de octubre de 2009, la Junta de Directores aprobó la adjudicación del contrato a la compañía que determinó el Comité Evaluador. En dicha *Resolución* se estableció, entre otros, lo siguiente:

El Comité Evaluador tuvo ante su consideración los criterios establecidos. El criterio primordial es que tiene que **atender el 100% de la carga sin afectar las operaciones y movimiento de carga**. El segundo criterio utilizado fue que tenía que ser entregado y operado sin costo para la AP, adaptabilidad y movilidad. (Énfasis nuestro)

El 17 de diciembre de 2009 el director ejecutivo de la Autoridad formalizó el contrato AP-09-10-(4)-078³ con dicha compañía para la inspección del 100% de los furgones que entraran al Puerto de San Juan y que no hubiesen sido previamente seleccionados y escaneados por el CBP. La vigencia del contrato es por 10 años, renovable por hasta 2 términos de 5 años. En la Sección 5.1 del contrato se estableció, entre otros:

The Authority hereby engages [...] for the Term of this Agreement to provide non-intrusive cargo scanning services for **scanning 100% of the inbound Cargo entering the Commonwealth of Puerto Rico through the Port of San Juan** (the “Port”) not previously selected and scanned (imaged) by the United States Customs and Border Protection (“CBP”). [...] (Omisiones y énfasis nuestros)

³ El 7 de diciembre de 2012 la Oficina de Auditoría Interna de la Autoridad emitió el *Informe de Auditoría 12-13-09* relacionado con este contrato. Dicho informe contiene los siguientes hallazgos: Incumplimiento con las Cláusulas Contractuales y Deficiencias de Control en los Pagos Realizados, y Desviaciones de las Disposiciones del Reglamento de Subastas y Propuestas.

En la Sección 1.2.1 del *Schedule D* del contrato se estableció la tarifa base que se le pagaría al contratista por cada contenedor escaneado: \$60 para contenedores de 40 pies o más y \$48 para contenedores de 20 pies o menos. El *RFP* y la propuesta de la compañía agraciada formaron parte integral del contrato.

El 6 de agosto de 2010 se formalizó la enmienda A del contrato para indicar que el mismo lo continuaría una subsidiaria de la compañía contratada.

El 24 de enero de 2011 formalizaron la enmienda B para transferir los términos del contrato original a la subsidiaria y establecer, entre otros, los siguientes cambios en el alcance de los servicios de escaneo y en las tarifas:

[...] up to a maximum of 100% of the inbound Cargo entering the Port not selected and scanned by CBP to be [i] routed and delivered to [...] for scanning and [ii] subject to the Service Fees [...]

From each Security Fee due, [...] shall be entitled to a non-refundable **Base Fee of \$57.00 per container**. (Omisiones y énfasis nuestros)

El 23 de marzo de 2011 la Autoridad y la subsidiaria formalizaron la enmienda C para incluir el *New Schedule D-Restated*⁴, en el que establecen los siguientes cambios en la responsabilidad del cobro de la tarifa de seguridad y en el alcance de los servicios:

The Authority shall collect from the carriers a non-refundable enhanced security fee (the Security Fee) to cover the cost of all security services provided at the Port of San Juan, which includes the cost of scanning services supplied by [...]

[...]

From the Security Fee collected by the Authority [...] shall be entitled to a nonrefundable **Base Fee of \$57.00 per inbound container entering the Port, not previously selected and scanned (imaged) by the CBP**. (Omisiones y énfasis nuestros)

⁴ Sustituye lo que denominaron el *Old Schedule D* del contrato AP-09-10(4)-078.

[...]

On the date of payment, the AUTHORITY shall simultaneously remit to [...] an official certification with the total amount of the cargo containers that entered the Port of San Juan for such week, **and any document in support of the payment formula**, and weekly payment made. (Omissiones y énfasis nuestros)

RESULTADO

Cláusulas leoninas en un contrato para la inspección de furgones

- a. Para la inspección de los furgones, la subsidiaria instaló máquinas de escaneo o puntos de cotejo en las áreas asignadas a tres operadores portuarios. En esos puntos de cotejo se asignaron empleados del contratista y del Departamento de Hacienda de Puerto Rico, y oficiales de seguridad de la Autoridad (oficiales). En ocasiones, en las estaciones ocurren diferentes situaciones por las cuales no se pueden escanear furgones, tales como la falta de energía eléctrica, la avería momentánea del sistema, la fila de espera extensa para la inspección de furgones, etc⁵. Los oficiales deben reportar estas incidencias en el *Registro Movimiento de Furgones Fuera del Área de Inspección (Registro)*. En el mismo deben indicar el área del concesionario en el que está ubicado el sistema de escaneo, la fecha, el número de contenedor, la hora de la situación y las observaciones. Posteriormente, deben entregar el *Registro* al personal de la Oficina de Informática de la Autoridad para su archivo.

⁵ El *Reglamento 8067, Regulation for Implementing the Necessary Means to Guarantee an Efficient Flow of Commercial Traffic in the Scanning of Inbound Cargo Containers, to Improve Security and Safety at the Port Facilities, and/or to Otherwise Implement the Public Policy of the Commonwealth of Puerto Rico Delegated upon the Ports Authority*, según enmendado, aprobado por el Departamento de Estado el 2 de septiembre de 2011, faculta a la Autoridad a reservarse el derecho de reducir el por ciento de la carga a ser escaneada al por ciento que estime necesario, seleccionando al azar los contenedores para minimizar o eliminar el período de espera a un nivel aceptable que no perjudique indebidamente el flujo del comercio. Sin embargo, en este Reglamento no se define el término “nivel aceptable”. El mismo estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2014.

Semanalmente, en la Autoridad se preparan certificaciones que indican la cantidad de contenedores que han llegado al muelle de San Juan. Esto, según la información que obtienen de los manifiestos⁶ que los agentes navieros envían al Departamento de Hacienda. La subsidiaria prepara las facturas a base dichas certificaciones, que recibe de la Autoridad.

En las enmiendas B y C, la Autoridad acordó pagar la tarifa base correspondiente al 100% de los contenedores que lleguen a las instalaciones de escaneo del Puerto de San Juan que estén operacionales, y que no hayan sido seleccionados y escaneados por el CBP; independientemente sean inspeccionados o no por la subsidiaria⁷.

Consideramos que la Sección 1.2.1 del *Schedule D* de la enmienda B, y las secciones 2.1 y 3.5 del *New Schedule D* de la enmienda C son contrarias al principio de reciprocidad de las prestaciones, al orden público y a las normas que rigen el uso de los fondos públicos en nuestro País, y que las mismas son leoninas, ya que la subsidiaria recibe pagos por furgones que no ha escaneado. Al ser cláusulas leoninas, son nulas y no producen efecto jurídico alguno que justifique que la Autoridad pague a la subsidiaria.

Del 1 de enero de 2013 al 31 de marzo de 2015, la subsidiaria no inspeccionó 3,768 furgones de 3 concesionarios⁸. A pesar de esto, la Autoridad pagó a la subsidiaria \$214,776⁹ por dichos furgones.

Criterio

En el Artículo 1044 del *Código Civil de Puerto Rico* se establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y, deben cumplirse a tenor con los mismos. Sin embargo, esta

⁶ Documento en el que los agentes navieros indican la mercancía que contiene cada furgón.

⁷ El contrato original requería el escaneo de la totalidad de la carga que entrara al Puerto de San Juan.

⁸ Seleccionamos del Registro una muestra de los furgones de tres concesionarios que no fueron inspeccionados durante el período indicado.

⁹ Esta cantidad se determinó a base de la tarifa de \$57 por furgón, según establecida en las enmiendas B y C del contrato, multiplicado por los 3,768 furgones no inspeccionados de la muestra evaluada por nuestros auditores.

libertad de las partes no puede ser ilimitada y abusiva¹⁰. Además, en el Artículo 1207 se establece que los contratantes pueden establecer los pactos, las cláusulas y las condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes ni al orden público¹¹.

De acuerdo con el Tribunal Supremo, el Estado no puede imponer algo que repugne al buen sentido de lo justo o de lo moral, solo porque se trata de la voluntad de los contratantes¹². Dicho Foro incluyó en su interpretación del Artículo 1207 la prohibición de cláusulas leoninas, y estableció que incluir las mismas en un contrato gubernamental contraviene lo mencionado, lo cual conlleva la nulidad de dichas cláusulas contractuales¹³. Específicamente se manifestó respecto a la contravención del orden público y las normas sobre el uso escrupuloso de fondos públicos, según se indica:

El beneficio obtenido por el Estado al suscribir los contratos no era proporcional de modo alguno a los costos en que incurriría la agencia para cumplir con lo pactado [...] ¹⁴

Como norma de sana administración, la Autoridad debe observar lo dispuesto en las interpretaciones de los artículos del *Código Civil* mencionados. Además, el director ejecutivo debe asegurarse de que en los contratos se incluyan cláusulas que protejan los intereses y dineros de la Autoridad.

Comentarios de la Gerencia

El entonces subdirector ejecutivo, entre otras cosas, indicó lo siguiente:

[...]

En cuanto al señalamiento de que se paga por aquellos furgones no inspeccionados, esto no es correcto debido a que la Sección 3.5 del Exhibit-1 correspondiente a la enmienda del 23 de marzo de 2011 establece que: “*The AUTHORITY shall pay [...] the Base Fee corresponding to 100% of the domestic Inbound cargo Containers that enter the Port Terminal **for which a Premise is***

¹⁰ *De Jesús González v. A.C.*, 148 D.P.R 255, 263 (1999).

¹¹ De acuerdo con la jurisprudencia, es el conjunto de normas éticas y morales que rigen un gobierno recto y sano; *De Jesús González, supra*, pág. 264.

¹² *De Jesús González, supra*, pág. 265.

¹³ *Ibid., supra*, págs. 267-269.

¹⁴ *Ibid., supra*, pág. 270.

operational. As each Premise is prepared and becomes fully operated, the AUTHORITY shall pay for the 100% of the domestic inbound cargo containers that enter the corresponding Port Terminals for which the premises were prepared.” [sic]

Es decir, que la Autoridad de los Puertos (“APPR”) pagará por el 100% de los furgones que entran a través de **aquellos terminales que estén operacionales**, no por el 100% de los contenedores que entren al Puerto de San Juan.

[...]

Por los fundamentos antes señalados entendemos que el contrato de referencia cumple con las disposiciones del Artículo 1207 del Código Civil de Puerto Rico.^[15]

A modo de EXCEPCIÓN, el Reglamento 8837 de la APPR, en su Artículo IV, Inciso C, permite que en aquellas circunstancias donde dentro de una facilidad que ofrece los servicios ESF^[16] y se congestione o retrase la operación del naviero, se permita pasar aquel contenedor y este no tenga que pasar por el proceso de escaneo cuando se estime necesario para evitar retrasar el flujo de la operación. [...]

Precisamente y a modo de excepción, en aquellos casos en donde se extienda la fila de espera, es que se permite adelantar sin estar sujeto al proceso de escaneo, pero sí se facturará el ESF debido a que esta práctica se realiza de manera aleatoria y según el Reglamento. [...] (Énfasis suplido y omisiones nuestras)

Consideramos las alegaciones del subdirector ejecutivo, pero determinamos que el **Resultado** prevalece. Esto, porque en la Sección 2.1 del *Schedule D* de la enmienda del 23 de marzo de 2011, claramente establece que el contratista cobrará la tarifa base por cada furgón que entre al Puerto de San Juan. Además, en el segundo párrafo de la Sección 3.5 se establece que el pago de la tarifa base se calculará según toda la carga que llegue al Puerto de San Juan.

Independientemente del por ciento de furgones no escaneados por excepción como una práctica aleatoria, lo cierto es que no se escanean todos los furgones que entran al Puerto de San Juan.

¹⁵ Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

¹⁶ *Enhanced Security Fee.*

Referente a lo alegado del *Reglamento 8837*, aclaramos que el mismo no estaba vigente para el período auditado, sino el *Reglamento 8067*¹⁷. No obstante, reiteramos que el pago de \$214,776 corresponde a la muestra examinada dentro del período auditado, no a la totalidad de los desembolsos efectuados al contratista por furgones no escaneados.

Véanse las recomendaciones de la 1 a la 3.

RECOMENDACIONES

A la Junta de Directores de la Autoridad de los Puertos de Puerto Rico

1. Asegurarse de que el director ejecutivo de la Autoridad cumpla con las **recomendaciones 2 y 3.**

Al director ejecutivo de la Autoridad

2. Impartir instrucciones a la asesora legal general para que:
 - a. Evalúe el contrato AP-09-10-(4)-078, según enmendado, a la luz de lo planteado en el **Resultado**, y tomar las determinaciones que correspondan.
 - b. Se asegure de que las cláusulas incluidas en las contrataciones estén cónsonas con el orden público, las normas de sana administración, el principio de reciprocidad de las prestaciones y, por consiguiente, al interés de la Autoridad.
3. Velar por que el director ejecutivo auxiliar en Desarrollo Económico se asegure de que:
 - a. El director de Finanzas utilice el *Registro* al emitir las certificaciones que serán enviadas a la subsidiaria para la preparación de sus facturas.
 - b. El director de Finanzas determine la totalidad de los furgones no escaneados y el importe pagado, y realice las correspondientes gestiones de cobros.

¹⁷ *Regulation for Implementing the Necessary Means to Guarantee an Efficient Flow of Commercial Traffic in the Scanning of Inbound Cargo Containers, to Improve Security and Safety at the Port Facilities, and/or to Otherwise Implement the Public Policy of the Commonwealth of Puerto Rico Delegated upon the Ports Authority*, aprobado el 2 de septiembre de 2011.

APROBACIÓN

A los funcionarios y a los empleados de la Autoridad de los Puertos, les exhortamos a velar por el cumplimiento de la ley y la reglamentación aplicables, y a promover el uso efectivo, económico, eficiente y ético de los recursos del Gobierno en beneficio de nuestro Pueblo. Les agradecemos la cooperación que nos prestaron durante nuestra auditoría.

Oficina del Contralor de Puerto Rico

Aprobado por:

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Fernando Meléndez", is written over the printed text "Aprobado por:".

MISIÓN

Fiscalizar las transacciones de la propiedad y de los fondos públicos, con independencia y objetividad, para determinar si se han realizado de acuerdo con la ley, y atender otros asuntos encomendados.

Promover el uso efectivo, económico, eficiente y ético de los recursos del Gobierno en beneficio de nuestro Pueblo.

PRINCIPIOS PARA LOGRAR UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE EXCELENCIA

La Oficina del Contralor, a través de los años, ha identificado principios que ayudan a mejorar la administración pública. Dichos principios se incluyen en la *Carta Circular OC-18-19* del 27 de abril de 2018, disponible en nuestra página en Internet.

QUERELLAS

Las querellas sobre el mal uso de la propiedad y de los fondos públicos pueden presentarse, de manera confidencial, personalmente o por teléfono al (787) 754-3030, extensiones 2801 o 2805, o al 1-877-771-3133 (sin cargo). También se pueden presentar mediante el correo electrónico querellas@ocpr.gov.pr o mediante la página en Internet de la Oficina.

INFORMACIÓN SOBRE LOS INFORMES DE AUDITORÍA

En los informes de auditoría se incluyen los hallazgos significativos determinados en las auditorías. En nuestra página en Internet se incluye información sobre el contenido de dichos hallazgos y el tipo de opinión del informe.

La manera más rápida y sencilla de obtener copias libres de costo de los informes es mediante la página en Internet de la Oficina.

También se pueden emitir copias de los mismos, previo el pago de sellos de rentas internas, requeridos por ley. Las personas interesadas pueden comunicarse con el administrador de documentos al (787) 754-3030, extensión 3400.

INFORMACIÓN DE CONTACTO

Dirección física:

105 Avenida Ponce de León

Hato Rey, Puerto Rico

Teléfono: (787) 754-3030

Fax: (787) 751-6768

Internet:

www.ocpr.gov.pr

Correo electrónico:

ocpr@ocpr.gov.pr

Dirección postal:

PO Box 366069

San Juan, Puerto Rico 00936-6069