NOTA DNCP N° 13018/21

CONSULTA JURÍDICA

REFERENCIA	
Mesa de Entrada DNCP N° 5851/21	
Solicitud:	Corte Suprema de Justicia
Tema:	Convenio Modificatorio
Dirección:	er_aquino@pj.gov.py

OBJETO DE CONSULTA

Solicita opinión jurídica sobre la posibilidad de suscribir convenio modificatorio para aceptación de bienes similares a los ofertados.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Art. 8° de la Ley N° 3439/07 en su inciso f) faculta a la Dirección Jurídica de la DNCP a analizar, evaluar y brindar una respuesta de carácter no vinculante a las consultas legales que se pudieran plantear al órgano rector de las compras públicas.

En este contexto, la respuesta brindada por los funcionarios de la Dirección Jurídica se circunscribe al análisis de las cuestiones sometidas a su consideración, teniendo presente la normativa vigente que rige las contrataciones del Estado y los procedimientos adoptados y reglados por el órgano de control.

Las opiniones y recomendaciones emitidas en este sentido se enmarcan exclusivamente a los puntos consultados, analizados desde una perspectiva legal y genérica, a fin de proporcionar una guía argumentada de interpretación y/o proceder al consultante, según el caso y dada la pertinencia de lo planteado.

Dadas la competencia y atribuciones legales y reglamentarias de los funcionarios encargados, en ningún caso, las apreciaciones aquí incluidas importan un pronunciamiento expreso o parecer de la máxima autoridad de la institución o de la Dirección Jurídica sobre circunstancias particulares vinculadas concretamente a contrataciones o sujetos específicos.

II. LEGISLACION APLICABLE

Ley N° 2051/03 “DE CONTRATACIONES PUBLICAS”.

Decreto N° 2992/19 “POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY 2051/03 DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU MODIFICATORIA LA LEY N° 3439/2007”.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

La Licenciada Liz Fátima Insfran, en su carácter de Directora de la Unidad Operativa de Contrataciones de la Corte Suprema de Justicia, expone cuanto sigue:

“…Que en fecha 12 de septiembre de 2019 suscribió el Contrato N° 68/2019, con la firma MARTINEZ HERMANOS S.R.L. para la provisión de los bienes con una vigencia de 24 (veinticuatro) meses a partir de la firma del contrato-. Ampliado por medio del Convenio Modificatorio N° 51/2021 de fecha 06 de julio de 2021.

Durante la ejecución del citado contrato surgieron inconvenientes en cuanto a la calidad de los bienes recibidos, informado por la administración del contrato a través de la Nota N.D.S. y C.B. N° 243/2021, de fecha 20 de octubre de 2021, en los siguientes términos: “teniendo en cuenta la Nota N.D.S.109/2021, de

fecha 7 de octubre 2021, presentada por el Jefe del Departamento Administrativo de la Dirección de Registro del Automotor, en la cual pone a consideración la situación por la cual atraviesa ante la mala calidad de los bolígrafos de la marca Korés, tanto negro como azul, asimismo, en esta Dirección también fueron recepcionadas quejas en forma verbal sobre la mala calidad de los bienes referidos".

Ante dicha situación el proveedor a través de nota de fecha 12 de octubre de 2021, realizar un cambio directo de los bienes correspondientes a los ítems 4 y 5 del Contrato N° 68/2019, proponiendo realizar el cambio directo de los bolígrafos color azul y negro de la marca Korés, por los de la marca Faber Castell Triluz 032 Mediam, manifestando sobre las mismas que son: "mundialmente conocida por su buena calidad y cuyo costo es superior, aclarando que la empresa absorverá la diferencia de costo".

Asimismo, y a través del informe técnico remitido por Nota N.D.S. y C.B. N° 243/2021 la administración del Contrato N° 68/2019 por medio de un cuadro comparativo de las especificaciones técnicas observó: "De acuerdo como se visualiza en el cuadro de la ficha técnica del bolígrafo de marca FABER CASTELL-TRILUX- 032-M, presentados en canje. Cumple con las especificaciones técnicas requeridas y es de calidad superior al bien ofertado originalmente".

Al respecto consulta: "*Por lo manifestado esta Convocante consulta si sería factible la autorización de suscripción de un convenio modificatorio de conformidad a lo establecido en el Art. 63 de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas", a los efectos de aceptar bienes propuestos por la firma proveedora, de la marca Faber Castell Trilux032 Medium en reemplazo de los ofertados originalmente de la marca Korés, considerando que los mismos cumplen con las especificaciones técnicas requeridas, son de calidad superior al originalmente, y los precios se mantendrían invariables".*

En primer término, se aclara que si bien la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas es la institución de regulación y verificación de las contrataciones que caen en el ámbito de aplicación del artículo 1º de la Ley 2051/03, **son las Entidades Convocantes**, es decir, los distintos organismos, entidades y municipalidades señalados en dicho cuerpo legal, quienes –a través de sus Unidades Operativas de Contratación- inician o realizan los procedimientos para la adquisición o locación de bienes, la contratación de servicios o para la ejecución de obras públicas ahí reguladas**; siendo ellas las encargadas de todo lo atinente a la planificación, convocatoria, evaluación y adjudicación de ofertas, así como de la <u>concertación y ejecución de los contratos en sus pertinentes procesos</u>**, debiendo sujetar sus actuaciones a las prescripciones impuestas por la Ley N° 2051/03 y las reglamentaciones complementarias, así como a las demás disposiciones de orden público que resulten aplicables en cada caso particular.

En dicho sentido, la presente vía de la consulta se encuentra prevista en la legislación para orientar tanto a particulares como a instituciones públicas en la interpretación de la legislación de contrataciones públicas y no para la resolución de controversias o supuestas irregularidades suscitadas, por lo que, sentada la competencia de las Entidades Convocantes, se realizan las siguientes apreciaciones sobre la cuestión consultada.

En relación a la consulta realizada, en primer término, corresponde destacar que el presente análisis se centrará en la posibilidad de suscribir un convenio modificatorio en el cual se modifica la marca del bien adjudicado.

Los contratos administrativos por la larga data fueron reconocidos por las prerrogativas que poseía la administración y entre éstas se encontraba la posibilidad de modificar unilateralmente los contratos, posibilidad reconocida también en la legislación paraguaya.

Ahora bien, ese poder conocido como el *ius variandi* era una facultad exorbitante con ciertas reglas mínimas, que se fue matizando con el desarrollo del derecho administrativo y como lo señala el doctrinario GIMENO FELIU, dicha potestad ya no puede entenderse como una potestad sin límites, ni

mucho menos, de alcance general justificada por el interés público que se presumen en las decisiones de todo poder contratante[1].

Nos encontramos entonces ante una nueva perspectiva de la contratación pública ya no centrada en los poderes exorbitantes de la administración sino en los principios que en ésta se desarrolla destacando MORENO MOLIDA que estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias[2].

Ya con la nueva perspectiva de la contratación debe analizarse el *ius variandi* establecido en la legislación nacional y más específicamente en el Art. 63 de la Ley N° 2051/03 que señala:

> *"Queda prohibido realizar modificaciones contractuales que se refieran a precios, anticipos, pagos progresivos, especificaciones y, en general, cualquier cambio que implique otorgar condiciones más ventajosas a un proveedor comparadas con las establecidas originalmente."*

Podemos observar del articulado transcripto, que la prohibición de modificaciones viene estrechamente ligada a la violación de principios de la contratación en el sentido de prohibir la modificación cuando ésta "implique condiciones más ventajosas" es decir, se menoscabe el principio de igualdad establecido en el Art. 4 de la Ley 2051/03.

Ya aplicando la doctrina y la legislación al caso concreto podemos concluir que el cambio solicitado se podrá dar con el estudio mínimo de los siguientes ejes:

- Que no exista modificación en el precio unitario;
- Que no exista modificación en la forma de pago;
- Que la modificación se base en la protección de los intereses del Estado:
- Que no se otorguen condiciones más ventajosas al proveedor;

Ademas de todo lo citado, debe probarse documentalmente que la situacion invocada era imprevista y fuera del alcance de proveedor, y que la misma se haya dando durante la ejecucion del contrato respectivo.

IV. CONCLUSIÓN / RECOMENDACIONES

Se recuerda que, la prohibición contenida en el Artículo 63° viene estrechamente ligada a la violación de principios de la contratación en el sentido de prohibir la modificación cuando ésta "implique condiciones más ventajosas" es decir, se menoscabe el principio de igualdad establecido en el Art. 4 de la Ley 2051/03. Entendemos que los cambios solicitados podrían darse previo estudio de los ejes referidos en el exordio del presente dictamen.

Sin otro particular, nos despedimos atentamente.

JESSICA ANDREA DEL MAR VELASTIQUI MACIEL
Firmado digitalmente por JESSICA ANDREA DEL MAR VELASTIQUI MACIEL
Fecha: 2021.11.12 09:27:10 -03'00'

Jefe Depto. de Consultas – DNCP

MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Firmado digitalmente por MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Fecha: 2021.11.12 17:06:47 -03'00'

Directora Jurídica – DNCP

[1] GIMENO FELIU, Jose Maria, el régimen de las modificaciones de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio, p. 24, disponible en: www.osservatorioappalti.unitn.it

[2] MORENO MOLINA, Jose Antonio, *Principios Generales de la Contratación Pública, Procedimientos De Adjudicación y Recurso Especial en La Nueva Ley Estatal de Contratos del Sector Público*, Revista Jurídica de Navarra, 45 (enero-junio2008), p. 47