# DICTAMEN D.A.J. N° 1223 del 10 de julio de 2019.-

**REF.:** Sustitución de fondos de reparo.

**ARQ. STELLA AZUAGA, Secretaria General**
**SECRETARÍA GENERAL**

## I- GENERALIDADES

### EL DICTAMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Los dictámenes son opiniones sobre cuestiones jurídicas analizadas. Los dictámenes no implican decisiones, sino que se constituyen en elementos que forman parte del proceso de decisión del administrador. Así lo afirma el jurista Roberto Dromi, quien manifiesta que "*El dictamen forma parte de los actos previos a la emisión de la voluntad y se integra como una etapa de carácter consultivo-deliberativo en el procedimiento administrativo de conformación de la voluntad estatal*".[1]

Sobre su carácter vinculante, no puede aceptarse que los órganos activos deban ceñirse estrictamente a los pareceres de cuerpos consultivos, porque estaríamos en presencia de la sustitución de la voluntad del órgano ejecutivo, con competencia para decidir, por la del órgano consultivo sin facultades decisorias. El dictamen solo es vinculante cuando la norma lo disponga expresamente.[2]

### DOCUMENTACIÓN CONSIDERADA

(1) Ley N° 2051/2003 "De Contrataciones Públicas", sus modificaciones y sus reglamentaciones.
(2) Dictamen Técnico de la Asesoría Externa, de fecha 25 de junio de 2019.
(3) Nota N° 460/2019 de la Procuraduría General de la República.
(4) Nota DNCP/DJ N° 8191 del 8 de julio de 2019 de la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.

## II- CONSIDERACIONES

Se analiza en el presente dictamen la posibilidad de sustitución del fondo de reparos previsto en la normativa por pólizas de seguros.

Abg. Pablo Ramírez
Mat. C.S.J. N° 32.332
Jefe de Asesoramiento Normativo
D.A.J. - M.O.P.C.

Arq. Lorena Balbuena Soto
Directora
Dirección de Asuntos Jurídicos
M.O.P.C.

[1] Dromi, Roberto, *El Procedimiento Administrativo* (Editorial Ciudad Argentina 1999) 143-144.
[2] Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo* (Editorial Ciudad Argentina 2009) 12ª Edición. 435.



Oliva y Alberdi N° 411, C.P. N° 1221, Asunción
www.mopc.gov.py

DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Tel: (+595 21) 4149 621

0000080

Ello se encuadra en el marco de la Ley N° 2051/2003, que en su artículo 39 dice:

> *"Los oferentes, proveedores o contratistas deberán garantizar: (...)*
>
> *c) el cumplimiento de los contratos. Esta garantía deberá oscilar entre el cinco y el diez por ciento del monto total del contrato.*
>
> *En el caso de una obra pública, del monto de cada pago al contratista, se deducirá el 5% (cinco por ciento), en concepto de fondo de reparos, suma que no devengará intereses y que será devuelta dentro de los diez días hábiles posteriores a la recepción definitiva.* ***Este fondo podrá ser sustituido por una póliza de seguro a satisfacción de la Contratante****. El plazo de pago establecido en este artículo podrá ser ampliado hasta un máximo de treinta días calendario, según las características de la obra ejecutada".*

De lo precedente, se observa que cada contratista debe garantizar el cumplimiento del contrato, pero que la garantía se reduce en casos de obras públicas de manera a que se presente un fondo de reparos. Sin embargo, la misma ley habilita a la sustitución del fondo de reparos por una póliza de seguros que satisfaga a la administración contratante. Esta facultad es, por lo tanto, reconocida legalmente.

Al establecerse en la normativa que la sustitución se debe hacer por una póliza "*a satisfacción de la Contratante*", se observa que el MOPC está plenamente facultado a establecer directrices o normativas para el momento de decidir si una póliza le satisface o no.

La asesoría especialista en seguros de esta cartera de Estado ha concordado en este aspecto al señalar en su dictamen del 25 de junio de 2019 que "*está dentro del poder de decisión de la convocante MOPC, el determinar si admite la sustitución y las condiciones de admisión de la póliza que le satisfaga*".

Al respecto, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas concuerda al señalar que "*el fondo de reparo en los contratos de obras puede ser sustituido por una póliza de seguros, pero esto es facultativo y a satisfacción de la contratante, por tanto, no es obligatoria ni de las exigidas, es decir puede simplemente constituirse el fondo de reparo y no aceptarse póliza*".[3]

El fondo de reparos es, en efecto, una forma de garantía de la correcta ejecución de las obras

[3] DNCP, Guía de Gestión de Garantías en las Contrataciones Públicas (https://www.contrataciones.gov.py/mboehara#materiales_lista)



Oliva y Alberdi N° 411, C.P. N° 1221, Asunción
www.mopc.gov.py

Abg. Pablo Ramírez
Mat. C.S.J. N° 32.332
Jefe de Asesoramiento Normativo
D.A.J. - M.O.P.C.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Tel: (+595 21) 4149 621

ante vicios o defectos cuya ejecución se prevé para el caso en que el contratista no pueda solucionar el problema dentro del periodo de vigencia.

Es meritorio, asimismo, considerar las manifestaciones vertidas por la Procuraduría General de la República, en la Nota N° 460/2019, en respuesta a la consulta que le fue formulada por el MOPC a partir de las solicitudes arrimadas por empresas contratistas a efectos de la sustitución de los fondos de reparos por póliza de seguros, mediante firmas de convenios modificatorios para realizar los cambios relativos a las condiciones establecidas en los contratos de obras.

En dicha nota, la Procuraduría General de la República hace una cita del artículo 39° de la Ley N° 2051/2003 y resalta en negritas y subrayado que: ***"Este fondo podrá ser sustituido por una póliza de seguro a satisfacción de la contratante"***, señalando que:

> *"...En virtud a lo estrictamente establecido en la disposición legal transcripta (art. 39 de la Ley 2051), se puede concluir que la decisión de sustitución del fondo de reparo por el de una póliza de seguro es una facultad exclusiva y excluyente de la máxima autoridad del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones en el carácter de Contratante...".*

Cierra el razonamiento la Procuraduría General de la República en cuanto a que:

> *"...Consecuentemente, sustentado en la disposición jurídica señalada se puede concluir que no existe impedimento legal alguno para la sustitución de los fondos de reparos por póliza de seguros solicitada por las empresas .... siempre y cuando el señor Ministro así lo decida y esto no afecte el cumplimiento de las obras..."*

Es sumamente relevante referir, que los pliegos de bases y condiciones y/o los contratos debieran tener incluida la cláusula que permita la sustitución e indicar qué forma tendrá la garantía que será la utilizada como sustituta del fondo. Atendiendo lo precedente, pueden darse cuatro casos.

**CASO UNO: PLIEGOS FUTUROS**

Para el caso de pliegos que vayan a ser desarrollados a futuro para llamados de esta cartera de Estado, se presenta el escenario de la "*póliza de caución que debe ser proveída al inicio del contrato*".[4] A diferencia del fondo de reparos que va formándose con deducciones periódicas

Abg. Pablo Ramírez
Mat. C.S.J. N° 32.332
Jefe de Asesoramiento Normativo
D.A.J. - M.O.P.C.

Lorena Balbuena Soto
Directora
Asuntos Jurídicos

[4] Dictamen de la asesoría externa especialista en seguros de fecha 25 de junio de 2019.



Oliva y Alberdi N° 411, C.P. N° 1221, Asunción
www.mopc.gov.py
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Tel: (+595 21) 4149 621

0000079

de los pagos hechos por la Administración, se requiere su constitución entera y previa por el 5% del total de pagos de la obra. De esta forma, los subsiguientes pagos se realizarán sin las deducciones.

La vigencia de la póliza, sin embargo, estará subordinada a la finalización de la obra, entre la recepción provisoria y la definitiva, periodo en el cual se vuelve ejecutable.

**CASO DOS: AUTORIZACIÓN EXPRESA**

En el caso de contratos ya suscriptos, se presentan tres posibilidades. Por un lado, en ocasiones se contempla en el Pliego de Bases y Condiciones **una disposición específica que autoriza la sustitución del fondo de reparos por la póliza de seguros**. Esto se observa, por ejemplo, en el Llamado MOPC N° 20/2009[5], cuya cláusula dispone:

> *"Cuando el Contratista haya ejecutado y certificado cincuenta por ciento del costo total original de la obra, el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, a su criterio, podrá abonar al Contratista las retenciones correspondientes, contra la presentación de una Póliza de Caución emitida por una Compañía de Seguros legalmente habilitada a operar en la República del Paraguay, y cuya vigencia regirá hasta la extinción total de las obligaciones del Contratista, que son materia del presente Contrato".-*

En estos casos, la sustitución es posible, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en la cláusula pertinente.

**CASO TRES: PROHIBICIÓN EXPRESA**

En algunos llamados, el Pliego de Bases y Condiciones incluye **una disposición que expresamente prohíbe la sustitución del fondo de reparos por pólizas**. Esto se da, por ejemplo, en el Llamado MOPC N° 122/2017[6] cuya cláusula 6.2.2 en las CEC dice:

> *"El fondo de reparo no será devuelto parcialmente en ningún caso y no podrá ser sustituido por una póliza de seguros".*

[5] Llamado MOPC N° 20/2009 "Licitación Pública Nacional de firmas constructoras para la construcción de pavimentos tipo empedrado en varios tramos camineros del país".

[6] Llamado MOPC N° 122/2017 ""Licitación Pública Internacional de Empresas Constructoras Especializadas en Obras Viales para la "Rehabilitación y pavimentación asfáltica del tramo Concepción–Puerto Vallemí" (COF N° 05/10 y sus addendum N° 1 y N° 2). Pavimentación asfáltica del acceso a Concepción y Variante Concepción, a ser financiada con recursos provenientes del Fondo para la Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM)".



Abg. Pablo Ramírez
Mat. C.S.J. N° 32.332
Jefe de Asesoramiento Normativo
D.A.J. - M.O.P.C.

Oliva y Alberdi N° 411, C.P. N° 1221, Asunción
www.mopc.gov.py
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Tel: (+595 21) 4149 621

En estos casos en que el Pliego de Bases y Condiciones expresamente incluya una disposición de que no corresponde la sustitución del fondo de reparo, la sustitución no será posible. Al modificarse una disposición prevista en el Pliego de Bases y Condiciones que expresamente ordenaba la deducción del monto para sustituir dicha deducción con una póliza de seguros, se genera una condición más ventajosa para el contratista.

Cabe recordar que las modificaciones de contratos solo podrán celebrarse siempre que el objeto no sea otorgar condiciones más favorables con respecto a las originalmente señaladas en las bases y en el contrato, conforme a los artículos 62 y 63 de la Ley de Contrataciones Públicas.[7]

Con esta disposición precisamente busca garantizarse la igualdad y libre competencia de los oferentes, pudiendo algún potencial oferente no haber participado al haberse autoexcluido considerando las bases de la licitación.[8]

Sobre este punto concuerda la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, que señala en su Nota DNCP/DJ N° 8191/19 que las tres condiciones para que proceda la sustitución son la falta de condiciones más ventajosas, la falta de perjuicio al Estado, y la determinación de que "*además no se establezcan condiciones específicas en los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares previamente establecidas a la cuestión planteada o a la sustitución del fondo de reparo por la sustitución planteada*".

**CASO CUATRO: AUSENCIA DE DISPOSICIÓN EXPRESA SOBRE LA SUSTITUCIÓN**

Finalmente, debe tenerse en cuenta el caso en que **no se prevea disposición alguna sobre la sustitución del fondo de reparo** (es decir, el Pliego de Bases y Condiciones y el contrato no se expiden sobe la posibilidad de sustitución del fondo de reparo, existiendo un vacío en la documentación del llamado y en el contrato). En estos casos, en los que la Administración Convocante no dispuso aún al respecto, la facultad de la Contratante de sustituir el fondo de

[7] Ley N° 2051/2003, artículo 62: "*Sólo podrán celebrarse convenios modificatorios en la medida que, conjunta o separadamente, no excedan del veinte por ciento del monto y plazo originalmente pactados y que no tengan por objeto otorgar al contratista condiciones más favorables con respecto a las señaladas originalmente en las bases y en el contrato*".
Ley N° 2051/2003, artículo 63: "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".
[8] Ley N° 2051/2003, artículo 4°, inciso b).

Abg. Pablo Ramírez
Mat. C.S.J. N° 32.932
Jefe de Asesoramiento Normativo
D.A.J. - M.O.P.C.

Dra. Dorena Balbuena Soto
Directora
Dirección de Asuntos Jurídicos
M.O.P.C.



Oliva y Alberdi N° 411, C.P. N° 1221, Asunción
www.mopc.gov.py

DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Tel: (+595 21) 4149 621

0000078

reparo persiste en virtud del artículo 39 de la Ley N° 2051/2003, pudiendo modificarse el contrato a fin de prever las condiciones para dicha sustitución.

La Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, que ante una consulta en virtud de la función de dicha institución de verificar la ejecución de los contratos y sus adendas o modificaciones, suscritos por las entidades, organismos y municipalidades sujetos al Sistema de Contrataciones del Sector Público, concuerda por Nota DNCP/DJ N° 8191/19 de la Dirección Jurídica de la DNCP que al referirse sobre la posibilidad de la sustitución ante recepciones provisorias, manifiesta que: "*sí podrían firmarse los convenios modificatorios, pero sólo en caso de que con ello no se estén otorgando condiciones más ventajosas al contratista y por sobre todo que la modificación no signifique un perjuicio a los intereses del Estado. Ambas situaciones mencionadas, falta de condiciones más ventajosas y falta de perjuicio al Estado, deben analizarse a la luz de cada llamado a ser verificado a los efectos de determinar que además no se establezcan condiciones específicas en los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares previamente establecidas a la cuestión planteada o a la sustitución del fondo de reparo por la sustitución planteada*".

En los casos de recepción provisoria, según la nota de la Dirección Jurídica de la DNCP, deberá además atenderse que: "*...deberá analizarse dicha situación a los efectos de evitar agravar los riesgos asociados al modificar la forma de efectivizar el fondo de reparo*".

Esta sustitución eventual requerirá en todo caso un análisis de que el potencial proveedor o contratista que tenga la solvencia técnica, económica y legal necesaria y que cumpla con todos los recaudos necesarios para garantizar que no se producirá un perjuicio a los intereses del Estado.

También se requerirá un informe de la justificación de la sustitución por parte de la unidad administradora del contrato respectivo, en que se fundamenten las razones que ameritan la sustitución.

**CONDICIONES DE LA PÓLIZA**

Las condiciones de ejecución de la póliza deben estar claramente definidas en el contrato.[9]

En virtud de lo precedente, se debe solicitar indefectiblemente una garantía de primer

[9] Dictamen de la asesoría externa especialista en seguros de fecha 25 de junio de 2019.

Abg. Pablo Ramírez
Mat. C.S.J. N° 32.332
Jefe de Asesoramiento Normativo
D.A.J. - M.O.P.C.



Oliva y Alberdi N° 411, C.P. N° 1221, Asunción
www.mopc.gov.py

DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Tel: (+595 21) 4149 621

requerimiento condicional, definida como la póliza *"que deviene ejecutable una vez cumplidas las condiciones en ellas establecidas y cumplidas ellas el asegurado puede exigir el pago, que deberá hacerse sin que la oposición judicial o extrajudicial por parte del tomador contra el asegurado pueda ser invocada por la aseguradora para condicionar o diferir dicho pago"*.[10]

Las condiciones a las que se refiere la especialista en seguros son precisamente (1) la confirmación de que los defectos o vicios no han podido repararse mediante los mecanismos del contrato y (2) la intimación previa e infructuosa al tomador de pagar el monto garantizado en un plazo de hasta 3 días.

También deben establecerse criterios para la aplicabilidad de la sustitución, requiriéndose, por ejemplo, un análisis de la capacidad y la solvencia financiera del contratista, o que la sustitución sea posible para obras que excedan un costo determinado, u otros, o que esté habilitada para casos de empresas con cierta categoría del Banco Central del Paraguay, si así se considerase apropiado.

Cada caso requerirá del análisis previo de la unidad administradora del contrato, de manera a que esta sustitución no signifique un perjuicio a los legítimos intereses del Estado.

## III- CONCLUSIÓN

En consecuencia, salvo mejor parecer de la superioridad, habiendo realizado el análisis de la cuestión planteada sobre la base de las normativas aplicables, se concluye que:

1. La sustitución de los fondos de reparo por pólizas de seguros está expresamente prevista en la Ley N° 2051/2003.
2. En los casos en que el Pliego de Bases y Condiciones autorice expresamente la sustitución del fondo de reparo, la misma procede siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la cláusula respectiva.
3. En los casos en que el Pliego de Bases y Condiciones no permita la sustitución del fondo de reparo, la misma no será posible en virtud de que la modificación constituiría una condición más ventajosa al Contratista y se afectaría el principio de igualdad y libre competencia al alterarse las condiciones básicas del contrato.

[10] Dictamen de la asesoría externa especialista en seguros de fecha 25 de junio de 2019.

Abg. Pablo Ramírez
Mat. C.S.J. N° 32.332
Jefe de Asesoramiento Normativo
D.A.J. - M.O.P.C.

Lorena Balbuena Soto
Directora
Dirección de Asuntos Jurídicos
M.O.P.C.



Oliva y Alberdi N° 411, C.P. N° 1221, Asunción
www.mopc.gov.py
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Tel: (+595 21) 4149 621

0000077

4. En los casos en que el Pliego de Bases y Condiciones no se pronuncie sobre la posibilidad de la sustitución, la sustitución es viable atendiendo que persiste la facultad de la Administración de autorizar la sustitución conforme al artículo 39 de la Ley N° 2051/2003.

   En estos casos, la unidad administradora del contrato debe: (a) estudiar las condiciones que debe cumplir la póliza para ser aceptada *"a satisfacción de la Contratante"*, (b) proceder al estudio de que no se perjudicarán los intereses del Estado y de que no se otorgarán condiciones más ventajosas para el contratista y (c) elaborar el informe técnico que justifique la sustitución.

   La redacción de la cláusula de sustitución aplicable deberá ser propuesta en cada caso por la unidad administradora del contrato con su informe de justificación.

   Las condiciones para que la póliza pueda ser aceptada son (1) la confirmación de que los defectos o vicios no han podido repararse mediante los mecanismos del contrato y (2) la intimación previa e infructuosa al tomador de pagar el monto garantizado en un plazo de hasta 3 días. También deben considerarse criterios para la aplicabilidad de la sustitución, requiriéndose, por ejemplo, un análisis de la capacidad y la solvencia financiera del contratista, o que la sustitución sea posible para obras que excedan un costo determinado, u otros, o que esté habilitada para casos de empresas con cierta categoría del Banco Central del Paraguay, si así se considerase apropiado.

   Se propone que dichas pólizas cuenten con la cláusula ***"a primer requerimiento condicional"***.

Atentamente.-

Abg. Pablo Ramírez
Mat. C.S.J. Nº 32.332
Jefe de Asesoramiento Normativo
D.A.J. - M.O.P.C.

Lorena Balbuena Soto
Directora
Dirección de Asuntos Jurídicos
M.O.P.C.



Oliva y Alberdi N° 411, C.P. N° 1221, Asunción
www.mopc.gov.py
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Tel: (+595 21) 4149 621