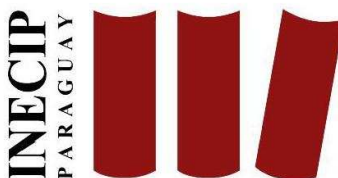


2008



PROGRAMA
UMBRAL
PARAGUAY
Una Causa Nacional



*instituto de estudios comparados
en ciencias penales y sociales*

[VADEMÉCUM SOBRE LAS RESPONSABILIDADES JURÍDICAS EN EL PROCESO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS]



MILLENNIUM
CHALLENGE
CORPORATION
REDUCING POVERTY THROUGH GROWTH



Consejo Presidencial
de Modernización de la
Administración Pública



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

LAS RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS EN EL PROCESO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Dr. Javier Parquet Villagra

1. ¿A qué se denomina proceso de contratación?

Se denomina proceso de contratación a la serie ordenada de etapas de planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución, erogación y control de las adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas.¹

Es el régimen jurídico de la actividad administrativa que prescribe las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados y oferentes en los procesos de adquisiciones públicas, y sus relaciones con la Administración en ese ámbito.

2. ¿Qué es la licitación?

La licitación es un procedimiento conducente a la contratación con el Estado. Es el camino a seguir, a los efectos de contratar con el Estado. Implica el desarrollo de etapas sucesivas, de intervención unilateral del Estado, que una vez agotadas culminan con la selección y adjudicación de la oferta más conveniente al Estado. Como se podrá observar más adelante, existen otros tipos u modalidades de procedimientos de contratación, pero la licitación es el más amplio y regulado de todos, por lo que sus normas se aplican a falta de reglas expresas en otros procesos.

3. ¿Por qué el Estado debe seguir un proceso de contratación y no puede contratar directamente con los particulares?

De acuerdo a nuestra Constitución Nacional², rige para los particulares el principio de la libertad o licitud, en virtud del cual nadie está obligado a realizar lo que la ley no manda ni obligado a hacer lo que ella no ordena. En el campo contractual, el Código Civil³ dice que las convenciones hechas entre las partes en los contratos forman para las mismas reglas a las que deben adecuarse como a la ley misma, es la llamada autonomía de la voluntad. Ahora bien, el Estado, a pesar de ser también una persona jurídica reconocida⁴, se debe adaptar a ciertas reglas especiales que garantizan el Estado de Derecho. Una de estas, y tal vez la principal, es la consagrada por el Principio de la legalidad, en virtud del cual, la Autoridad, a diferencia del particular, puede realizar solo aquellos actos que están autorizados en la norma.

¹ Art. 1 Ley 2051/03.

² Art. 9 CN

³ Art. 715 C.C.

⁴ Art. 91 C.C. modif.. por Ley 388/94

En el estado actual de la legislación paraguaya, existe una norma que obliga expresamente al Estado a contratar siguiendo previamente un proceso específico.

Además de lo expuesto, existen principios constitucionales básicos que deben ser tenidos en consideración.

4. ¿Cuáles son los principios que rigen la actividad de la contratación pública?

Dos son los principios básicos que rigen la actividad de la contratación:

Primero, el principio de igualdad de los particulares frente al Estado. En virtud al mismo, todo aquel que pueda cumplir las exigencias del objeto de contratación puede ofertar y ser seleccionado para contratar con el Estado.

Segundo, el principio en virtud del cual el interés general está por sobre el interés particular. Este principio obliga al Estado a contratar con quien ofrezca mejores condiciones.

Además de estos, son igualmente servidos los principios constitucionales del debido proceso, la publicidad de los actos públicos, la sana concurrencia comercial, entre otros.

Además, el artículo 4 de la Ley 2051/03, incluye expresamente los siguientes principios:

- Economía y Eficiencia
- Igualdad y Libre Competencia
- Transparencia y Publicidad
- Simplificación y Modernización Administrativa
- Desconcentración de Funciones

5. ¿Cuáles son las principales leyes y normas que rigen la contratación pública?

- La Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas".
- La Ley Nº 3.439/07 "Que modifica la Ley Nº 2.051/03 "De Contrataciones Públicas" y establece la Carta Orgánica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas"
- El decreto 21.909/03, modificado por el decreto 5174/05, "Por el cual se reglamenta la Ley 2051/03 de Contrataciones Públicas".
- El decreto 10.95/07, por el cual se establece el uso obligatorio de modelos de pliegos Standard en los procesos de contrataciones públicas.
- El decreto 11.193/07, por el cual se faculta a la UCNT a implementar la modalidad e Convenio Marco para la selección de proveedores comúnmente requeridos por las entidades, organismos y municipalidades.
- Decreto 7981, por el cual se autoriza a la UCNT a realizar la verificación en al ejecución de los contratos suscritos en virtud a los procesos de contratación vigentes según la Ley 2051/03.
- Muchas de las actuaciones iniciales de las contratantes se encuentran reguladas por las prescripciones de la Ley 1.535/99 "De administración Financiera del Estado" y su decreto reglamentario Nº 8.127/00.

- Además las sucesivas leyes que aprueban el presupuesto general de gastos de la nación para cada año, así como sus decretos reglamentarios y sus anexos.

6. ¿Cuál es el órgano de aplicación de las normas en materia de contrataciones públicas?

La Ley 2051/03, en el texto modificado de su artículo 5º, prescribe que se crea la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, dependiente del Poder Ejecutivo, en sustitución de la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT), anteriormente denominada Dirección General de Contrataciones Públicas, dependiente de la Sub Secretaría de Estado de Administración Financiera del Ministerio de Hacienda, que a su vez fue modificada por la Ley 3439/07, quedando como Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, que actualmente es el órgano de aplicación de las normas en materia de contrataciones públicas.

7. ¿Cuáles son los diferentes tipos de procesos de contratación pública?

- Licitación Pública: para contrataciones que superen el monto equivalente a diez mil jornales mínimos.
- Licitación por Concurso de Ofertas: para contrataciones cuyo monto se encuentre entre los dos mil y diez mil jornales mínimos.
- Contratación Directa: para aquellas contrataciones que sean inferiores al monto equivalente a dos mil jornales mínimos.
- Con Fondo Fijo: Para ciertas adquisiciones menores a veinte jornales mínimos
- La Contratación por la vía de la Excepción (art. 33, Ley 2051).

Además el decreto reglamentario autoriza otras modalidades complementarias de contratación, a saber:

- Licitación con precalificación.
- Licitación con financiamiento.
- Licitación con dos o más etapas.
- Subasta a la baja
- Convenio marco.

8. ¿Pueden fraccionarse los montos a los efectos de utilizar tipos diferentes de contratación?

La convocante no puede fraccionar el objeto del contrato para utilizar modalidades que exijan menos requisitos o formalidades, bajo pena de nulidad⁵.

9. ¿Cuál es la diferencia entre contratos públicos y procesos de contratación pública?

⁵ Art. 16 de la Ley 2051/03. Art. 18 del Decreto 5174/05

Se denomina contrato público al acto jurídico bilateral en virtud del cual una entidad pública y un particular, sea una persona física o jurídica, convienen condiciones de prestaciones mutuas.

El proceso de contratación es la etapa previa a la celebración del contrato, en la cual se observa como nota fundamental la unilateralidad en la toma de decisiones por parte de la administración.

10. ¿Cómo se inicia el proceso de contratación?

El proceso de contratación se inicia en forma unilateral en la administración. La UOC prepara el PAC y la máxima autoridad de la institución lo aprueba. El PAC es remitido a la DNCP para su publicación en el portal electrónico de contrataciones públicas a más tardar el 28 de febrero de cada año- .

11. ¿Qué es el PAC?

El Programa Anual de Contrataciones es el instrumento elaborado por la UOC en el cual se incluye la previsión de todas las contrataciones a realizarse en el ejercicio presupuestario correspondiente. Debe estar elaborado a más tardar el 28 de febrero de cada año. Es el primer documento del cual el particular puede obtener información sobre las contrataciones que realizará un ente público durante el año.

No es un compromiso de contratación, es un instrumento de planificación financiera en materia de adquisiciones públicas. Es imprescindible para la ejecución del presupuesto de cada ente público.

12. ¿Cómo se enteran de los procesos de contratación pública los interesados en participar?

Uno de los principios que rigen la actividad de la contratación del Estado es la publicidad de los actos. El sistema integrado de Contrataciones Públicas reconoce como una de sus herramientas principales a su portal electrónico o página web, a través del cual se difunden diferentes informaciones tales como los PAC, los llamados, las adjudicaciones, etc.

No obstante, la ley obliga a que ciertos actos sean puestos a conocimiento otros medios. De acuerdo al tipo de procedimiento que deba imprimir la Administración, tales formalidades podrán consistir en publicaciones en diarios de gran circulación, remisión de la información o invitación en forma directa a los administrados o publicación en el portal electrónico oficial.

Asimismo la ciudadanía puede suscribirse a los siguientes servicios de suscripción gratuita:

- **Servicio de mensajes de texto (SMS) a los efectos de la comunicación de llamados de contratación.** Este servicio permite a la ciudadanía recibir

información sobre las contrataciones en el celular (envío ID de llamados de contrataciones publicadas).

- **Boletines de Información vía correo electrónico.** Este servicio permite a la ciudadanía recibir información sobre llamados de contrataciones pública a correos electrónicos.

13. ¿Quiénes pueden participar en los procesos de contratación?

Todas las personas que cumplan los requisitos exigidos en los llamados pueden participar en los procesos de contratación pública.

Las prohibiciones para presentar propuestas y contratar con los entes públicos se encuentran taxativamente enunciadas en el artículo 40 de la Ley 2051/03.

No podrán presentar propuestas en los procedimientos de contratación previstos en esta ley, ni contratar con los organismos, entidades y municipalidades:

- a) los funcionarios o empleados públicos que intervengan en cualquier etapa del procedimiento de contratación, y que tengan interés personal, familiar o de negocios con el proveedor o contratista, incluyendo aquellas personas con las que pueda resultar algún beneficio para ellos, su cónyuge o sus parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto grado, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios, accionistas o sociedades de las que el funcionario o empleado público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte en los últimos seis meses;
- b) quienes conforme a la Ley de la Función Pública se encuentren imposibilitados;
- c) los oferentes, proveedores o contratistas que, por causas imputables a ellos mismos, se les hubiere rescindido administrativamente más de un contrato, dentro de un lapso de dos años calendario, contados a partir de la notificación de la primera rescisión. Dicho impedimento prevalecerá ante la propia Unidad Operativa de Contratación (UOC) durante dos años calendario, contados a partir de la notificación de la rescisión del segundo contrato;
- d) las personas físicas o jurídicas que se encuentren inhabilitadas por resolución de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), en los términos del Título Séptimo de esta ley;
- e) los proveedores y contratistas que se encuentren en mora en las entregas de los bienes, la prestación de los servicios o en la ejecución de las obras, por causas imputables a los mismos, respecto de otro u otros contratos celebrados con la propia Contratista, siempre que ésta haya resultado perjudicada;
- f) las personas físicas o jurídicas que se encuentren en convocatoria de acreedores, quiebra o liquidación;
- g) los participantes que presenten más de una oferta sobre una misma partida de un bien o servicio en un procedimiento de contratación, presentada a nombre propio o de tercero y que se encuentren vinculados entre sí por algún socio o asociado común;

- h)** las personas físicas o jurídicas que pretendan participar en un procedimiento de contratación y previamente hayan realizado o se encuentren realizando, por sí o a través de empresas que formen parte del mismo grupo empresarial, en virtud de otro contrato, trabajos de análisis y control de calidad, preparación de especificaciones, presupuestos o la elaboración de cualquier documento vinculado con el procedimiento en que se encuentran interesadas en participar;
- i)** las personas físicas o jurídicas que por sí o a través de empresas que formen parte del mismo grupo empresarial pretendan ser contratadas para elaboración de fiscalizaciones, dictámenes, peritajes y avalúos, cuando éstos hayan de ser utilizados para resolver discrepancias derivadas de los contratos en los que dichas personas o empresas sean parte;
- j)** las personas físicas o jurídicas que celebren contratos sobre las materias reguladas por esta ley sin estar facultadas para hacer uso de derechos de propiedad intelectual;
- k)** las personas físicas o jurídicas que se encuentren en mora como deudores del fisco o la seguridad social; y
- l)** las demás personas físicas o jurídicas que por cualquier causa se encuentren impedidas para ello por disposición judicial o de la ley.

14. ¿Qué se entiende por convocante, oferente, contratante, y contratista o proveedor?

- Convocante es el organismo, entidad o municipalidad que llama a licitación u otra modalidad de contratación pública.
- Oferente es la persona física o jurídica que presenta ofertas en el marco de un proceso de contratación pública.
- Contratante es el organismo, entidad o municipalidad que celebra un contrato con una persona física o jurídica.
- Contratista o proveedor es la persona física o jurídica que celebra un contrato con un organismo, entidad o municipalidad.

Como se puede observar, los términos convocante y contratante, así como los términos oferente y contratista o proveedor, corresponden respectivamente a los mismos entes públicos o individuos, que intervienen en el proceso, pero en diferentes momentos o etapas del mismo.

15. ¿Cuál es el principal documento de la licitación?

El principal documento de todo proceso de contratación es el pliego de bases y condiciones. Dicho documento constituye la “ley interna” a la cual deberá ajustarse todo acto posterior del procedimiento e incluso el contrato que se suscriba al final. El pliego de bases y condiciones contiene la lista de requerimientos que deben cumplir los oferentes interesados en participar, requisitos técnicos que debe cumplir la propuesta, así como también una pro forma del contrato a ser suscrito con el oferente adjudicado.

Las bases y condiciones se pondrán a disposición de los interesados, a través del Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP), a partir de que se publique la convocatoria o llamado a la licitación pública y hasta el acto de presentación y apertura de ofertas.

El pliego debe estar redactado en forma clara e imparcial y contendrá cuanto menos:

- a) nombre, denominación o razón social del organismo, entidad o municipalidad convocante;
- b) forma en que deberá acreditar la existencia y personalidad jurídica el proveedor o contratista;
- c) fecha, hora y lugar de realización de la junta de aclaraciones a las bases de la licitación, en caso de que se realice ; fecha y hora límite para la presentación de ofertas; fecha, hora y lugar para la apertura de las ofertas técnicas y económicas;
- d) indicación de que las ofertas se presentarán en idioma castellano, pudiendo entregarse los anexos técnicos y folletos en el idioma del país de origen de los bienes o servicios, siempre que así lo determine el pliego;
- e) indicación de la moneda en que se cotizará y de moneda de pago. En caso de bienes y servicios que se provean desde el territorio nacional, la moneda de oferta y pago será la moneda nacional. En caso que los bienes y servicios sean proveídos por proveedores o contratistas no domiciliados en Paraguay, podrán aceptarse cotización y pago en moneda extranjera;
- f) indicación de que ninguna de las condiciones contenidas en las bases de la licitación, así como en las ofertas presentadas por los participantes podrán ser negociadas;
- g) criterios claros y detallados para la evaluación de ofertas, de conformidad a lo establecido por el Artículo 26 de esta ley;
- h) descripción completa de los bienes, locaciones, servicios y obras públicas, o indicación de los sistemas empleados para la identificación de los mismos; información específica que se requiera respecto a mantenimiento, asistencia técnica y capacitación; relación de refacciones que deberán cotizarse cuando sean parte integrante del contrato; aplicación de normas técnicas, referidas preferentemente a parámetros internacionales; dibujos; planos; cantidades; muestras, y pruebas que se realizarán, así como método para ejecutarlas;
- i) en el caso de locaciones, la modalidad requerida;
- j) plazo y condiciones de entrega;
- k) forma de presentación de las ofertas;
- l) requisitos que deberán cumplir quienes deseen participar;
- m) condiciones de precio y pago, señalando el momento en que se haga exigible el mismo. Tratándose de adquisiciones de bienes muebles, podrá establecerse que el pago se cubra parte en dinero y parte en especie, siempre y cuando el numerario sea mayor;

- n) métodos y variables a ser considerados para el cálculo de los reajustes o adicionales admisibles;
- o) porcentajes y modalidades admitidos para constituir garantías;
- p) período de validez de las ofertas y de las garantías de sostenimiento de ofertas, así como causas y condiciones para hacer efectivas estas últimas;
- q) anticipos y, en su caso, el porcentaje y momento en que se otorgará, el cual no podrá exceder del cincuenta por ciento del monto total del contrato;
- r) sistema de adjudicación; en su caso, si la totalidad de los bienes o servicios objeto de la licitación serán adjudicados a un solo proveedor, o bien, se empleará el sistema de abastecimiento simultáneo. En el reglamento de esta ley se establecerán las bases para la aplicación de esta modalidad;
- s) cantidades mínimas y máximas de bienes o servicios a adquirir o porcentaje de presupuesto mínimo y máximo a ejercer, en el caso de los contratos abiertos. El reglamento de la ley establecerá las previsiones para la utilización de esta modalidad;
- t) penalidades convencionales por atraso en la entrega de los bienes, en la prestación de los servicios y en la ejecución de las obras;
- u) pro-forma de los contratos a ser suscritos luego de la adjudicación;
- v) supuestos en los que se puede declarar desierta la licitación pública; y
- w) declaratoria de integridad, en la que manifiesten los oferentes que por sí mismos o a través de interpósita persona, se abstendrán de adoptar conductas orientadas a que los funcionarios o empleados de la Convocante induzcan o alteren las evaluaciones de las propuestas, el resultado del procedimiento u otros aspectos que les otorguen condiciones más ventajosas con relación a los demás participantes.

16. ¿Pueden las convocantes cobrar un monto en concepto del pliego de bases y condiciones?

No, a partir de la sanción de la Ley 3439/07, los pliegos de bases y condiciones no tendrán costo alguno para los potenciales oferentes.

17. ¿Existe un registro de proveedores del Estado o similar que sea obligatorio?

Para la participación, contratación o adjudicación en adquisiciones, locaciones, servicios u obras públicas, no se podrán exigir a los participantes requisitos distintos a los señalados por esta ley, ni se podrán establecer elementos que no resulten técnicamente indispensables, si con ello se limitan las posibilidades de concurrencia a eventuales proveedores o contratistas. Por consiguiente, las Convocantes se abstendrán de solicitar a los oferentes la inscripción en cualquier clase de registros como requisito para participar en los procedimientos de contratación regidos por esta ley, salvo lo dispuesto por el Título Quinto de la Ley 2051/03.

En ese sentido, existe un Sistema de Información de los Proveedores del Estado (SIPE), que está a cargo de la Dirección General de las Contrataciones Públicas. La inscripción previa al SIPE no constituye requisito previo para presentar ofertas o contratar con los organismos, entidades y municipalidades.

En el SIPE se inscribirán todas las personas físicas y jurídicas, nacionales o extranjeras que deseen participar de los procesos de contratación pública, previstos en el Ley de Contrataciones Públicas N° 2051/03, su situación jurídica, económica y financiera., así como las situaciones de inhabilidades previstas en el art. 40 de la citada Ley.

El objeto del SIPE es el de registrar y acreditar antecedentes, historial de contratación con las Entidades, situación legal, financiera, idoneidad técnica, así como la existencia de inhabilidades previstas en el art. 40 de la Ley 2051/03, para presentar ofertas o contratar con el Estado.

El Sistema tendrá por finalidad facilitar la participación de los potenciales proveedores o contratistas en los procesos de contratación regidos por la Ley N° 2051/03, disminuir los costos de la participación, aumentar la difusión de los procesos de contratación, y garantizar el cumplimiento de los principios establecidos en el art. 4º de la Ley 2051/03.

18. ¿Puede modificarse el pliego de bases y condiciones?

El pliego de bases y condiciones puede ser modificado por la convocante hasta 5 (cinco) días hábiles antes de la fecha de apertura de ofertas. Deben darse a conocer por los mismos medios que los utilizados para su publicación.

Las modificaciones pueden surgir de forma unilateral, por cambio de criterio de la administración o como consecuencia de las consultas formuladas por los oferentes, pero existen ciertas modificaciones que no pueden ser efectuadas, que se encuentra previstas en el art. 22 de la Ley 2051/03.

Existen pliegos estándares de bienes, obras y consultorías, que fueron aprobados por Resolución N° 407, que está disponible en el portal de la Dirección General de las Contrataciones Públicas, www.contratacionesparaguay.gov.py. Estos pliegos tienen partes que pueden ser sujetos a modificaciones y otras que no.

19. Si no está claro un requerimiento del pliego, ¿qué puedo hacer?

De acuerdo a lo detallado en el pliego de bases y condiciones, el oferente que tenga una duda sobre los requisitos contenidos en el pliego deberá:

- Asistir a la junta de aclaraciones. La participación no es obligatoria. Los cuestionamientos y las respuestas emergentes de la junta de aclaraciones constarán en acta.

- Remitir una consulta por escrito a la convocante. La misma será respondida en forma conjunta con consultas de otros oferentes y sin que estos sean identificados.
- Recurrir al sistema de gestión de denuncias, a través del cual, el ciudadano interesado puede efectuar una denuncia a través del portal de Contrataciones Públicas, protegiendo a su vez su identidad, 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 la Ley Nº 977/96.

20. ¿Cómo se realiza la presentación de ofertas?

La presentación de ofertas económicas y técnicas se realiza:

- En un acto único, es decir las ofertas económicas y técnicas se presentan juntas.
- En sobre cerrado, a los efectos de garantizar la confidencialidad de su contenido.
- En el lugar, fecha y hora expresamente indicados en el pliego, pues las presentadas fuera de plazo o en otro lugar no serán consideradas.

En tanto la reglamentación lo autorice y regule, se podrán presentar en el futuro ofertas por medios electrónicos.

La oferta debe:

- Indicar del domicilio del oferente.
- Presentarse en un original y dos copias debidamente identificadas como “original” y “copia”. A su vez los tres juegos de documentos deben ser presentados dentro de un solo paquete o sobre cerrado.
- Estar foliada en todas sus páginas.
- Cotizarse en la moneda indicada en el pliego.
- Presentarse en idioma castellano, excepto manuales técnicos autorizados en el pliego.
- Ser válida durante el plazo indicado en el pliego.

La oferta comprende cuatro grupos de documentos, a saber:

- Documentos que acrediten la capacidad legal, financiera y técnica del oferente, y sus calificaciones para ejecutar el contrato, en el caso de que éste se le adjudique.
- Propuesta técnica, y en su caso, documentos que acrediten la conformidad de los bienes, servicios u obras ofrecidos, con el Pliego de Bases y Condiciones.
- Formulario de oferta debidamente completado y firmado.
- Garantías y otros documentos requeridos por el Pliego de Bases y Condiciones, de conformidad con la Ley y el Reglamento.

21. ¿Cómo se realiza la apertura de ofertas?

La apertura de las ofertas se realizará en un acto formal y público. Las Convocantes evaluarán el cumplimiento de los recaudos meramente formales, por parte de los oferentes, y se verificarán del cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas jurídicas y en las bases de la licitación pública, a través del uso de las listas de verificación documental. De todo lo ocurrido se labrará acta.

22. ¿Quién decide sobre la adjudicación?

La adjudicación debe ser resuelta por la máxima autoridad de la Convocante, basada en el informe del comité de evaluación que se constituya a los efectos de estudiar las ofertas presentadas.

23. ¿Sobre quién debe recaer la adjudicación?

Sobre el participante que presente la oferta solvente que cumpla con las condiciones legales y técnicas estipuladas en los pliegos de bases y condiciones, que tenga las calificaciones y la capacidad necesaria para ejecutar el contrato. Si dos o más ofertas son solventes porque han cumplido la totalidad de los requisitos, el contrato se adjudicará a quien presente el precio más bajo.

La adjudicación puede ser notificada por escrito, en el domicilio del oferente adjudicado, o mediante comunicación en acto público

La Convocante dará a conocer la adjudicación de la licitación en acto público, dentro de un plazo que no deberá exceder de veinte días calendario desde la fecha de apertura de ofertas, pudiendo diferirlo hasta por otros veinte días calendario, debiendo constar la adjudicación en un acta que firmarán los asistentes que lo deseen. En sustitución de dicho acto público, la Convocante podrá optar por notificar la adjudicación de la licitación por escrito a cada uno de los participantes, dentro de los cinco días calendario siguiente a su emisión, de conformidad al art. 20 de la Ley N° 2051/03

24. ¿Qué es un consorcio? ¿Puede participar un consorcio en una licitación?

El consorcio es el acuerdo suscrito entre dos oferentes o más oferentes, en virtud del cual se comprometen a presentar ofertas y a, eventualmente, celebrar contratos con entidades, organismos o municipalidades en forma conjunta. La figura del consorcio es aceptada por la legislación vigente en materia de contrataciones públicas.

El consorcio no implica crear una persona jurídica diferente. En el contrato de constitución del consorcio, se deberán establecer con precisión y a satisfacción de la Convocante, las partes del contrato administrativo a que cada una se obligará, así como la manera en que se exigirá el cumplimiento de las obligaciones. Para optar por esta modalidad los

oferentes en consorcio designarán a uno de los componentes del consorcio como gestor, quien asumirá el liderazgo y suscribirá las ofertas y documentos relativos al proceso. Ante la Convocante quedarán solidariamente responsables todos los oferentes en consorcio.

En el acuerdo de intención, los oferentes deberán asumir además el compromiso de formalizar un acuerdo de consorcio, en caso de resultar adjudicados y antes de la firma del contrato, conforme al Decreto 5174.

25. ¿Cómo se notifican los actos del proceso licitatorio?

Principalmente existen tres formas de notificación de los actos de un proceso de contratación:

- Suscribiendo actas en las que conste la presencia del interesado: cuando los interesados acudan a ciertos actos y suscriban las actas labradas al efecto. Ejemplo de ello constituye la notificación referente a juntas de aclaraciones, del acto de presentación, apertura de ofertas y de la adjudicación de la licitación. Las actas también se pondrán a disposición de los participantes que no hayan asistido en las oficinas que ocupen las UO), siendo de la exclusiva responsabilidad de ellos acudir a enterarse de su contenido.
Cuando la UOC aplique tal sistema de notificación, precisará en las bases de licitación que dicho procedimiento sustituirá a la notificación personal, debiendo, en todo caso, señalar el lugar y el horario en que podrán recogerse las constancias respectivas.
- Mediante la notificación por escrito en el domicilio del interesado
- Mediante la publicación en el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP).

26. ¿Puede la convocante dejar sin efecto una licitación?

Sí, la convocante puede dejar sin efecto la licitación (o cualquier proceso de contratación) utilizando las figuras de la “licitación desierta” o de la “cancelación”.

- Una licitación se declarará desierta, mediante resolución de la máxima autoridad de la Convocante, en los siguientes casos:
 - a) que no se hubiera presentado oferta alguna;
 - b) que ninguna de las ofertas reúna las condiciones exigidas en las bases de la licitación o se apartara sustancialmente de ellas; o
 - c) que los precios de las ofertas resulten inaceptables, por variar sustancialmente de la estimación del contrato, o bien, por superar las previsiones presupuestarias de la Convocante.

Una vez declarada desierta la licitación pública, la UOC podrá convocar a un nuevo procedimiento de contratación, en el que, si lo estima necesario, podrá modificar los términos contenidos en las bases originales, con el objetivo de incentivar la

participación. Si por segunda ocasión se declarase desierta la licitación, se podrá adjudicar directamente el contrato, salvo que se llegue a demostrar transgresiones a las disposiciones legales, o que no fuera conveniente para los intereses del Estado.

- Una licitación puede ser cancelada
 - a) Por caso fortuito o fuerza mayor.
 - b) cuando existan circunstancias, debidamente justificadas, que provoquen la extinción de la necesidad de adquirir o arrendar los bienes, contratar la prestación de los servicios o ejecutar las obras,
 - c) de continuarse con el procedimiento de contratación, se pudiera ocasionar daño o perjuicio a los organismos, las entidades y a las municipalidades,
 - d) en todos los casos de cancelación de la licitación los oferentes no tendrán derecho a reembolso de gastos ni a indemnización alguna.
 - e) Por orden de la DNCP, como consecuencia de la resolución de una protesta.

A partir de la Ley Nº 3439/07 la Licitación también puede ser anulada como resultado de una investigación de oficio, conforme al art. 82.

27. Cuáles son las particularidades y las características comunes de:

- **La Licitación por concurso de ofertas.**
 - a) Utilizada para contrataciones cuyo monto se encuentre entre dos mil y diez mil jornales mínimos.
 - b) No es necesaria la publicación en medios impresos (sí en el SICP)
 - c) Reducción de plazos hasta en un 50%.
 - d) Invitación directa a no menos de 5 participantes
- **La licitación por vía de la excepción.** Tal procedimiento puede ser utilizado solo en los siguientes casos:
 - a) el contrato sólo pueda celebrarse con una determinada persona (obras de arte, patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos;
 - b) por desastres producidos por fenómenos naturales
 - c) se realicen con fines de garantizar la seguridad de la Nación;
 - d) derivado de situaciones que configuren caso fortuito o fuerza mayor (tiempo es imprescindible)
 - e) para adjudicar el saldo de contratos rescindidos por causas imputables al proveedor o contratista. Se debe adjudicar a la propuesta 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.

Sus requisitos formales incluyen la necesidad de contar con un dictamen fundado y motivado de la UOC y una resolución fundada de la máxima autoridad de la convocante que acredite el supuesto de excepción. .

- **La Contratación directa.**

- a) Utilizada para contrataciones cuyo monto sea inferior al equivalente a dos mil jornales mínimos.
- b) No es necesaria la publicación en medios impresos (sí en el SICP).
- c) El acto de apertura puede ser realizado sin presencia de oferentes.
- d) para llevar a cabo la adjudicación correspondiente, se deberá contar con un mínimo de tres ofertas susceptibles de analizarse técnica y económicamente, 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;

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.

- **La Contratación con fondos fijos.**

- a) Utilizada para contrataciones menores a veinte jornales mínimos.
- b) No puede ser utilizada para pagar cuentas de compras anteriores, adquirir activos fijos o bienes para constituir inventarios.
- c) Las adquisiciones de bienes y contratación de servicios, de consumo o prestación inmediata, con cargo a sus respectivos fondos fijos deben estar expresamente señaladas en el reglamento. Actualmente, puede ser utilizado para los siguientes rubros del Clasificador Presupuestario:
 - 220. Transporte y almacenaje
 - 230. Pasajes y viáticos
 - 240. Gastos por servicios de mantenimiento y reparaciones
 - 260. Servicios Técnicos y profesionales, con excepción de los objetos 263 Servicios bancarios, 264 Primas y gastos de seguros y 266 Consultorías, asesorías e investigaciones
 - 280. Otros servicios
 - 310. Productos alimenticios
 - 330. Papel, carbón e impresos
 - 340. Bienes de consumo de oficina e insumos
 - 350. Productos químicos e instrumentales medicinales.
 - j390. Otros bienes de consumo.

Ya se trate de una licitación pública, un concurso público de ofertas, de una contratación por excepción, de una compra directa o de una contratación con fondos fijos, se deberán respetar los principios que rigen la actividad de la contratación.

28. ¿Qué es finalmente el contrato?

En general podemos decir que contrato es el acuerdo de voluntades que tiene por objeto el cumplimiento de prestaciones mutuas, entre las partes intervinientes. Según se puede observar en el presente documento, el Estado puede celebrar contratos con particulares a los efectos de satisfacer sus necesidades, pero sujeto a reglas especiales propias del Derecho Público.

No solamente el procedimiento de contratación previo a la suscripción del contrato diferencia a los acuerdos suscritos entre particulares de aquellos suscritos entre particulares y el Estado. Como nota diferencial fundamental de los llamados “contratos administrativos” también debemos incluir a la potestad de modificación unilateral de los contratos que tiene el Estado, por razones de conveniencia al interés general. Son las llamadas prerrogativas de la administración o cláusulas exorbitantes.

29. A más de la adjudicación, ¿es necesaria la suscripción de un contrato entre el adjudicado y la convocante?

La suscripción de un contrato entre el oferente adjudicado y la convocante es obligatoria. La ley 2051/03 otorga un plazo máximo de 20 días hábiles, contados desde la adjudicación, para la suscripción del contrato. La formalización del contrato es obligatoria tanto para la convocante como para el oferente.

Si el oferente no suscribe el contrato:

- La Convocante puede ejecutar la garantía de mantenimiento de oferta.
- La convocante puede adjudicar la contratación a otro oferente cuya oferta no supere en más de 10% la anterior.
- El oferente puede ser sancionado por la UCNT.

Si la Convocante no suscribe el contrato en el plazo indicado:

- Las obligaciones del oferente se prorrogan por igual término.
- Puede derivar en responsabilidad administrativa para el funcionario responsable.
- Puede originar responsabilidad civil para la convocante.

En las contrataciones directas, bastará que el contrato se formalice mediante una orden de compra o de servicios, salvo los casos de obras y consultoría, en los que deberá suscribirse el respectivo documento.

30. ¿Qué documentos integran un contrato administrativo derivado de un proceso de adquisición?

- El texto del contrato.
- El pliego de bases y condiciones.
- Los anexos del pliego de bases y condiciones.
- La oferta adjudicada.
- Otros documentos derivados del proceso de contratación en los que se establezcan derechos y obligaciones para las partes.

31. ¿Se pueden delegar a terceros prestaciones objeto del contrato suscrito?

La subcontratación es posible siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- El tercero cuenta con capacidad para contratar y no se encuentre imposibilitado (art. 40 Ley 2051/03).

- El pliego de bases o la contratante expresamente aprueben la subcontratación.
- El subcontratista podrá hacer valer sus derechos solo frente al contratista y no frente a la contratante.
- Frente a la contratante responderá siempre el contratista principal y no el subcontratista.
- Las obligaciones subcontratadas serán siempre solidarias.
- La subcontratación no puede exceder el 60% del total del contrato principal.

Los derechos de crédito o de cobro sí pueden ser cedidos, cumpliendo las prescripciones del código civil.

32. ¿Qué tipo de garantías puede exigir la convocante?

Principalmente, son cuatro los riesgos que la convocante debe asegurar, a saber:

- **Mantenimiento de la oferta:** Presentada por los participantes al momento de presentar su oferta y con una vigencia mínima que corresponda al periodo de evaluación. El valor será de entre el tres y el cinco por ciento de la oferta.
- **Uso adecuado del anticipo abonado:** Presentada por el oferente adjudicado al momento de suscribir el contrato. El valor será del cien por ciento del monto del anticipo a ser abonado por la contratante.
- **Cumplimiento de Contrato:** Presentada por el oferente adjudicado hasta diez días calendario luego de la firma del contrato. El valor será de entre cinco y diez por ciento del valor del contrato.
- **Responsabilidad Civil:** El pliego de bases y condiciones determinará las condiciones que debe reunir la garantía.

Las garantías pueden adoptar la forma de garantía bancaria emitida por un banco de plaza o póliza de seguros emitida por una compañía autorizada.

33. ¿Qué tipo de retenciones legales sobre los pagos realizan las contratantes?

La ley de contrataciones públicas autoriza a las contratantes a realizar las siguientes retenciones sobre los pagos a los contratistas.

- Independientemente del procedimiento de adjudicación que se hubiera empleado, los organismos, las entidades o las municipalidades deberán retener el equivalente al cero punto cuatro por ciento⁶ sobre el importe de cada factura o certificado de obra, deducidos los impuestos correspondientes. Los montos retenidos serán destinados a la implementación, operación, mantenimiento y actualización del Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP).

⁶ Artículo 41, texto modificado por ley 3439/07

- 4% en obras públicas en concepto de fondo de reparos. La retención puede ser reemplazada por una póliza. El monto de la retención no devengará intereses y será devuelto dentro de los diez días siguientes a la recepción definitiva.

A más de las retenciones citadas, los organismos, entidades y municipalidades, en su carácter de agentes de retención, retendrán montos correspondientes a pago de impuestos, según las prescripciones de la ley 152/91 y 2421/04.

34. ¿Cuáles son las particularidades de los siguientes contratos?

- **Obra Pública.**

El régimen de responsabilidad del contratista incluye a aquellas consecuencias que emerjan de deficiencias o errores en estudios, proyectos o fiscalización, así como variaciones en la calidad e los materiales.

Debe especificarse en el pliego un sistema de medición y certificación periódico (máximo cada 30 días).

El pago correspondiente a cada certificación debe realizarse dentro de los 30 días siguientes. En caso de mora el contratista percibirá intereses.

Existe un término de inicio y finalización de la obra.

Las recepciones podrán ser totales o parciales, definitivas o provisorias.

La contratante nombrará un fiscal de obras para el control de la ejecución.

- **Adquisición de bienes inmuebles.**

Si el inmueble es el único que satisface las necesidades de la entidad, organismo o municipalidad, a pedido de la máxima autoridad se podrá iniciar el procedimiento de expropiación indicado en la Constitución Nacional, por razones de utilidad pública o interés social.

- **Locación de Bienes Inmuebles.**

En caso de que el canon de alquiler supere los mil jornales mínimos anuales se utilizará el procedimiento de licitación pública. En los demás casos se utilizará el procedimiento de contratación directa.

- **Locación de bienes muebles.**

La contratación puede incluir la opción de compra del bien objeto del contrato (leasing).

Debe ser realizado un estudio de factibilidad financiera para decidir sobre la modalidad a contratar y sobre la eventual adquisición del bien a la terminación del contrato.

Para cuantificar la locación se considerará el valor mensual del alquiler y el tiempo total de contrato, si incluye la opción a compra, y el valor mensual del alquiler por veinticuatro meses, si no incluye la opción a compra.

- **Prestación de Servicios.**

Se utilizará el procedimiento de selección que corresponda según el monto de la contratación.

No originará relación de dependencia con el prestador.

En caso de que el prestador requiera de dependientes laborales para la realización de tareas propias del contrato, aquel será el único responsable de su personal.

- **Servicios de Consultoría.**

La selección de consultores deberá hacerse atendiendo a su carácter predominantemente intelectual, basado en meritos, aptitudes y actitudes personales dándose preferencia a la especialización, experiencia, honorabilidad y capacidad técnica.

Los contratos de consultoría no requieren de garantía de mantenimiento de oferta ni de cumplimiento de contrato, pero a cambio deben ofrecer un seguro de responsabilidad profesional.

Los contratos contendrán cláusulas de prohibición de reemplazo del personal técnico clave ofrecido en la propuesta, con la única excepción de aquellas que se encuentren debidamente justificadas y fuera del control del contratado.

En la elaboración de las bases de licitación para la contratación de servicios profesionales de consultoría, asesoría, estudios especializados e investigaciones, deberán incluirse criterios a ser utilizados en la evaluación de las ofertas, que estarán basados en uno de los siguientes modelos de selección;

- a) en calidad y costo
- b) en calidad
- c) en precio
- d) en presupuesto fijo
- e) en antecedentes del consultor

35. ¿Cuáles son los derechos de las contratantes?

Las contratantes gozan de los siguientes derechos:

- a) a que se ejecuten los contratos en sus términos y condiciones y, en su caso, a exigir su cumplimiento forzoso;
- b) a modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito;
- c) a suspender o rescindir el contrato por razones de interés público;
- d) a declarar la resolución o rescisión del contrato, y determinar los efectos procedentes en cada caso; y
- e) a imponer las sanciones previstas en los contratos y a ejecutar las garantías, cuando el proveedor o contratista no cumpla con sus obligaciones.

Las resoluciones adoptadas por las contratantes en ejercicio de estas prerrogativas, se ejecutarán de inmediato.

Las decisiones adoptadas por la Contratante en el ejercicio de tales prerrogativas deberán ser fundadas y podrán ser recurridas por los Contratistas o Proveedores ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de los plazos establecidos en la legislación respectiva.

Opcionalmente, los afectados podrán:

1. Plantear la reconsideración administrativa de la decisión ante la Contratante dentro del plazo de diez días corridos, recurso que deberá ser resuelto dentro del mismo plazo. Si la Contratante no se expidiere en dicho plazo, se considerará denegada la petición.
2. Solicitar la intervención de la Dirección General de Contrataciones Públicas, dentro del mismo plazo, para que ésta convoque a una audiencia de avenimiento conforme con el procedimiento establecido en el Título Octavo, Capítulo Segundo de la Ley.

La interposición del recurso de reconsideración ante la Contratante o de la solicitud de avenimiento ante la Unidad Central Normativa y Técnica suspende el plazo para interponer la demanda contenciosa administrativa hasta que la petición sea resuelta.

36. ¿Cuáles son los derechos de los proveedores y contratistas?

Los proveedores y contratistas tendrán los siguientes derechos:

- a. a la plena ejecución de lo pactado, salvo los supuestos de rescisión, resolución y modificación unilateral;
- b. al reajuste de precios, y,
- c. a que se le reconozcan intereses financieros, en caso de que las contratantes incurran en mora en el pago.
- d. Si la mora fuera superior a sesenta días, el proveedor o contratista tendrá derecho a solicitar de la Contratante la suspensión del contrato, por motivos que no le serán imputables.
- e. utilizar los medios y recursos administrativos para la salvaguarda de sus derechos.
- f. Solicitar a la DGCP su intervención mediante avenimiento en caso de incumplimientos de la contratante.

37. ¿Cuáles son las formas de terminación de los contratos? (todos los casos)

Los contratos terminarán:

- **por la disposición de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas**, cuando este no se ajuste a la Ley N° 2051 y a su reglamento, conforme al art. 3º, inc. s) de la Ley N° 3489/07.
- **por cumplimiento de las obligaciones contractuales**, es decir con el objeto del contrato construido, entregado prestado.
- **por mutuo acuerdo de las partes**; Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses públicos ejecutar total o parcialmente el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren. Salvo estipulación en contrario, la extinción de las obligaciones contractuales por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos a favor de la Contratante o del proveedor o contratista. En estos casos, dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo sujeto.
- **por sentencia ejecutoriada de la autoridad jurisdiccional**, que declare la nulidad, resolución o rescisión del contrato. Es importante mencionar que la ley solo hace referencia a la autoridad jurisdiccional, no a la autoridad administrativa.
- **por decisión unilateral de la Contratante**, en los siguientes casos:
 - a) incumplimiento del proveedor o del contratista;
 - b) por quiebra o insolvencia del proveedor o contratista;
 - c) cuando el valor de las multas supera el monto de la garantía de cumplimiento del contrato;
 - d) por suspensión de los trabajos, imputable al proveedor o al contratista, por más de sesenta días calendario, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
 - e) por fraude o colusión debidamente comprobado del proveedor o contratista desde la adjudicación hasta la finalización del contrato;
 - f) por haberse celebrado un contrato contra expresa prohibición de esta ley; y,
 - g) en los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza.
- **Por muerte del proveedor o contratista persona física, o por disolución de la persona jurídica**, siempre que esta última no se origine por decisión interna voluntaria de sus órganos competentes y sin perjuicio de la responsabilidad emergente para los integrantes del directorio de estas.
- **Por causas imputables a la contratante**. El proveedor o el contratista podrá dar por terminado el contrato en los siguientes casos:
 - a) por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días calendario;
 - b) por la suspensión de los trabajos por más de sesenta días calendario, dispuestos por la Contratante, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; y,
 - c) cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables y no se hubiesen solucionado los defectos dentro de los sesenta días

calendario siguientes a aquél en que el proveedor o contratista lo hubiere hecho del conocimiento de la Contratante.

38. ¿Cuál es el procedimiento de rescisión de contratos?

La Contratante iniciará el procedimiento de rescisión dentro de los quince días calendario siguiente a aquél en que se hubiere agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales.

Si previamente a la determinación de dar por rescindido el contrato, se hiciera entrega de los bienes, se prestasen los servicios o se ejecutasen las obras, el procedimiento iniciado quedará sin efecto, sin perjuicio de las responsabilidades del proveedor o contratista.

El procedimiento de rescisión se llevará a cabo conforme a lo siguiente:

- 1) se iniciará a partir de que al proveedor o contratista le sea comunicado por escrito el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de diez días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes;
- 2) transcurrido el plazo a que se refiere el inciso anterior, se resolverá considerando los argumentos, pruebas y circunstancias del caso; y,
- 3) la determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al proveedor o al contratista dentro de los quince días hábiles siguientes a lo señalado en el inciso a) de este artículo.

39. ¿Puede modificarse un contrato? (reajuste, modificaciones)

Un contrato puede ser modificado por acuerdo entre las partes. Cualquier modificación a los contratos deberá formalizarse por escrito por parte de las contratantes y los instrumentos legales respectivos serán suscritos por el funcionario o empleado público que lo haya hecho en el contrato original o quien lo sustituya o esté facultado para ello.

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.

No podrá utilizarse el procedimiento descrito cuando el monto total supere los umbrales fijados para el llamado a licitación pública.

En el caso de obras públicas, si fuese necesario ampliar, modificar o complementar una obra determinada debido a causas imprevistas o técnicas presentadas durante su ejecución, la Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación, pero con el informe previo favorable de la Auditoría General correspondiente, los convenios modificatorios que requiera la atención de los cambios antedichos, siempre que se mantengan los precios unitarios del contrato original, reajustados a la fecha de

celebración del respectivo convenio; y para los casos en que los trabajos complementarios no se hallen previstos en el contrato original, estos sean acordados entre las partes previa firma del convenio.

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.

En el caso de contratos de adquisiciones, locaciones y servicios, las UOC podrán, dentro de su presupuesto aprobado y disponible, bajo su responsabilidad y por razones fundadas y explícitas, acordar el incremento en la cantidad de bienes solicitados mediante modificaciones a sus contratos vigentes, dentro de los doce meses posteriores a su firma, siempre que el monto total de las modificaciones no rebase, en conjunto, el veinte por ciento del monto o cantidad de los conceptos y volúmenes establecidos originalmente en los mismos y el precio unitario de los bienes sea igual al pactado originalmente, pudiéndose aplicar los ajustes de precios de conformidad con las fórmulas establecidas en los pliegos concursales respectivos.

Tratándose de contratos en los que se incluyan bienes o servicios de diferentes características, el porcentaje se aplicará para cada partida o concepto de los bienes o servicios de que se trate.

Además de las modificaciones acordadas entre ambas partes, la contraprestación debida (pago) por el organismo, entidad o municipalidad puede sufrir modificaciones en razón del reajuste de precios, debiendo incluirse en el pliego de bases y condiciones las normas para el establecimiento del reajuste. Se dará el reajuste de precios en tanto el mismo esté previsto en el pliego de bases y condiciones o exista una variación sustancial de precios en la economía nacional y esta se vea reflejada en el índice de precios de consumo publicado por el Banco Central del Paraguay, en un valor igual o mayor al quince por ciento sobre la inflación oficial esperada para el mismo periodo.

40. Gobierno electrónico. ¿Qué es y que trámites pueden realizarse a través del SICP?

Se denomina gobierno electrónico a aquella forma de relacionamiento entre la administración y los particulares que sustituye los medios tradicionales por medios electrónicos. La nueva ley de contrataciones públicas ordena el marco legal para que la DNCP pueda desarrollar, en el ámbito de su competencia, el uso extensivo de las herramientas de gobierno electrónico.

Actualmente la DNCP ha desarrollado la posibilidad de utilizar el portal electrónico para tomar conocimiento de PAC, llamados, adjudicaciones, leyes, decretos resoluciones generales y particulares en materia de contratación pública. A través de medios electrónicos, hoy día el particular puede realizar denuncias, verificar el estado de expedientes tomar conocimiento de pliegos de bases sin necesidad de adquirirlos

previamente (sin perjuicio de que para participar del proceso sea obligatoria su adquisición). En breve, será posible incluso presentar ofertas por medios electrónicos.

No es sola una herramienta sumamente valorable para el particular, sino para la misma administración representa un elemento de celeridad, transparencia, eficiencia y desburocratización. La interconexión de sistemas de administración financiera del Estado, de pagos a proveedores y compras públicas facilita los medios de control y efectiviza las gestiones necesarias al efecto.

41. ¿Cómo se controla la ejecución de los contratos?

Actualmente la DNCP cuenta con una oficina especializada en la verificación de la ejecución de los contratos. Sin perjuicio a las atribuciones de ésta, otros organismos del Estado con atribuciones suficientes al respecto son la Auditoría General del Poder Ejecutivo, Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República, esta última encargada de velar por la integridad del patrimonio de la República.

No obstante, el principal contralor de la ejecución del contrato será el mismo organismo, entidad o municipalidad que sea parte integrante del mismo.

42. ¿Cuáles son las faltas en que pueden incurrir los oferentes, proveedores y contratistas en el proceso de contratación?

Los siguientes hechos son considerados faltas susceptibles de sanción:

- a) los proveedores, contratistas u oferentes, que se encuentren en el supuesto del inciso c) del Artículo 40 de este ordenamiento, respecto de dos o más organismos, entidades o municipalidades;
- b) los proveedores o contratistas que no cumplan con sus obligaciones contractuales por causas imputables a ellos y que, como consecuencia, causen daños o perjuicios al organismo, entidad o municipalidad de que se trate; y
- c) los proveedores o contratistas que proporcionen información falsa o que actúen con dolo o mala fe en algún procedimiento de contratación, en la celebración del contrato o durante su vigencia, o bien, en la presentación o descargo de un procedimiento de conciliación o de una inconformidad.

Las Unidades Operativas de Contratación (UOC), dentro de los diez días calendario siguientes a la fecha en que tengan conocimiento de alguna infracción a las disposiciones de esta ley, remitirán a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas la documentación comprobatoria de los hechos presumiblemente constitutivos de la infracción, para que ésta actúe en el ámbito de su competencia.

43. ¿Qué sanciones pueden ser aplicadas?

La Dirección Nacional de Contrataciones Públicas podrá inhabilitar temporalmente a los proveedores y contratistas por un período no menor a tres meses ni mayor a tres años, por resolución que será publicada en el órgano de publicación oficial y en el Sistema de

Información de las Contrataciones Públicas (SICP), para participar en procedimientos de contratación o celebrar contratos regulados por la ley de contrataciones públicas.

Además de los proveedores y contratistas, los oferentes que participen en los llamados a contratación e incurran en alguno de los supuestos previstos en el presente artículo, serán pasibles de las sanciones previstas en el mismo.

En los casos especialmente leves, será aplicable como sanción, la amonestación y apercibimiento por escrito al oferente, proveedor o contratista.

44. ¿Cuáles es el mecanismo para la aplicación de sanciones?

Ante casos de faltas supuestamente cometidas por los administrados, la DNCP deberá instruir un procedimiento sumario que respete todas las garantías procesales consagradas en la Constitución Nacional. La Ley 2051/03 y su decreto reglamentario prevén un proceso sumario en el cual se debe decidir si el hecho constituye una falta y si debe ser aplicada una sanción.

La Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) impondrá las sanciones considerando:

- a) los daños o perjuicios que se hubieran producido o puedan producirse a los organismos, a las entidades y a las municipalidades;
- b) el carácter intencional o no de la acción u omisión constitutiva de la infracción;
- c) la gravedad de la infracción; y
- d) la reincidencia del infractor.

45. ¿Qué puede hacer una persona que se siente agraviada por un acto del proceso licitatorio?

Cuando existan actos que contravengan las disposiciones que rigen las materias objeto de esta ley, las personas interesadas podrán protestar ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) en cualquier etapa de los procedimientos de contratación. La protesta será presentada, a elección del promotor, por escrito o a través de medios remotos de comunicación electrónica que al efecto establezca la referida entidad, dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que ocurra el acto o el promotor tenga conocimiento de éste.

Transcurrido el plazo establecido en este artículo, precluye para los interesados el derecho de protestar, sin perjuicio de que la Auditoría General que corresponda, actúe en cualquier momento de oficio o a pedido de personas interesadas en los términos de la ley. La falta de acreditación de la personería, la declaración bajo fe de juramento de lo expuesto en la protesta y el interés legítimo del promotor será motivo de rechazo de la acción solicitada.

46. ¿Qué debo hacer en caso de supuestos casos de corrupción?⁷

La denuncia de irregularidades relacionadas con la actividad estatal resulta una tarea muy comprometida, y en especial para los funcionarios de la Administración Pública, quienes por la particularidad de su trabajo se encuentran vulnerables ante las presiones y arbitrariedades de sus colegas o superiores jerárquicos. Es por esta razón que se han diseñado mecanismos de protección a los denunciantes, de modo a incentivar la formulación de denuncias de hechos de corrupción sin el temor de ser plausibles de represalias por parte de los denunciados.

Según el Dr. Enrique Sosa Arrúa, la Protección al Denunciante consiste en ***mecanismos que pueden implementar las autoridades públicas para evitar represalias o amenazas contra el denunciante***. Estos mecanismos pueden consistir en sistemas de protección de la identidad y la reducción de las formalidades para presentar las denuncias,

El Programa Nacional de Protección al denunciante es un mecanismo mediante el cual, cualquier ciudadano puede denunciar las irregularidades de las que tenga conocimiento en el contexto de un proceso de contratación pública, y que en líneas generales, constituye una herramienta eficaz para el combate contra la corrupción y el fortalecimiento institucional del estado.

El mismo ha surgido de la necesidad de mecanismos que garanticen la integridad de los denunciantes de los casos de corrupción mediante mecanismos que aseguren su protección ante represalias, que por lo general pueden aumentar el temor a denunciar. El sistema de Protección al Denunciante resulta particularmente eficaz para los funcionarios públicos, quienes a pesar de su deber legal de denunciar la comisión de hechos punibles, estos se encuentran presionados por el entorno institucional y desprotegidos de las arbitrariedades que pudieran cometerse en su contra.

Las denuncias serán formuladas en forma responsable, respetando la confidencialidad de los denunciantes, en cuanto a la no publicación de sus datos personales y, en el caso de las denuncias formuladas dentro de un proceso de Contratación Pública, accediendo al Portal de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas siguiendo estos pasos:

FORMULACIÓN DE LA DENUNCIA

1. Se ingresa a la página web de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas: www.contratacionesparaguay.gov.py
2. Se ingresa al apartado **Realizar Denuncia**.
3. Dentro de este apartado, se ingresa en **Denuncias**.
4. Una vez dentro del apartado de **Denuncias**, se ingresarán los siguientes datos:

⁷ Texto desarrollado por el Dr. Marcos Köhn, ex Director del Proyecto de Protección al denunciante, suscripto entre la DNCP y el Inecip Paraguay.

- Dirección de correo electrónico
 - Entidad Denunciada
 - Id del Llamado
 - Modalidad de contratación
 - Persona denunciada
 - Nombre del Llamado
5. Luego se ingresan los datos personales del denunciante (información de carácter confidencial que no será publicada).

MONITOREO DE LA DENUNCIA

El seguimiento de las denuncias formuladas mediante la modalidad de protección al denunciante, podrán ser monitoreadas íntegramente en el portal de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, en el mencionado apartado de denuncias, ingresando la dirección de correo electrónico y una contraseña. Elegida la denuncia a monitorear, se desplegarán los detalles del estado de la denuncia. Al respecto, se puede recibir una notificación del sistema que se ingrese a revisar la denuncia formulada. Una vez dentro se sabrá el motivo de notificación.

Ahora bien, a pesar de los mecanismos de confidencialidad, la protección al denunciante puede estar en riesgo si:

1. Se revela en contenido de la denuncia fuera del sistema de protección.
2. Si se ha denunciado previa y/o paralelamente a otras instituciones fuera de la competencia de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.
3. Si se ha revelado la denuncia ante la prensa.
4. Si se presenta ante las oficinas de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas comunicando que se es denunciante y que se encuentra un proceso abierto, exponiendo su identidad ante los funcionarios.

Por consiguiente, las denuncias serán tratadas en el marco de la buena fe; reduciendo los trámites que dificulten la presentación de la denuncia por medio de mecanismos que agilicen la presentación de las mismas evitando la burocracia; no rechazando *in limine* las formulaciones de denuncias que no cumplen con ciertos requisitos formales de orden instrumental, sino más bien, se debe verificar su consistencia y razonabilidad y procediendo a las investigaciones de oficio en los casos procedentes⁸. Al respecto, se han desarrollado de sistemas de confidencialidad que salvaguardan la identidad de los denunciantes, poniendo especial énfasis en los mecanismos de seguridad de los sistemas evitando la vulnerabilidad de la información.

47. Una vez suscrito el contrato, ¿qué medios de solución de controversias pueden ser utilizados?

⁸ Criterio del BID

El administrado oferente cuenta con diversas formas de protección jurídica, que son:

- El avenimiento administrativo:
- El arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, cuando éste estuviere previsto en el contrato respectivo.
- La acción civil ante los juzgados y tribunales civiles y comerciales de la República, en caso de incumplimiento contractual del Estado. El contratista tendrá la opción en esta instancia de requerir el cumplimiento de la prestación, la rescisión de contrato y eventualmente la reparación de los daños y perjuicios que conlleve el incumplimiento referido.
- La acción contenciosa administrativa, en caso de que la Administración aplicare sus prerrogativas o facultades ejecutivas modificando o alterando las condiciones iniciales de contratación.

**Material elaborado por el Dr. Javier Parquet Villagra.
Especialista en Derecho Administrativo**

Hecho Punible, Proceso de Contratación y Contratación Pública

Dr. Roque Orrego Orué

1. ¿Cuándo la persona que participa en un proceso de contratación contrae responsabilidad penal?

En un proceso de contratación pública, la persona adquiere responsabilidad penal sólo si comete un hecho punible. No cualquier violación de la ley es un hecho punible, que acarrea responsabilidad penal. La responsabilidad penal es la que habilita al Estado a aplicar una sanción penal.

Los hechos punibles son conductas prohibidas por la ley. La ley penal define qué conductas (delitos y crímenes) son desaprobadas por la sociedad a tal punto que las hace merecedoras de una sanción penal. Si el hecho cometido en el proceso de contratación pública estuviese previsto como prohibido por la ley, bajo amenaza de sanción penal, éste acarrearía, la responsabilidad que permitirá al estado, previo juicio, aplicar la sanción que corresponda.

Hecho Punible: Delitos y Crímenes.

Los hechos punibles se clasifican en delitos y crímenes según el tipo de sanción que le corresponde. Los hechos punibles se llaman delito cuando su sanción puede ser la pérdida de libertad de 6 meses hasta 5 años de cárcel o multa; serán llamados crímenes cuando su sanción pueda ser la pérdida de libertad de más de 5 años. El máximo aplicable es de 25 años y con la contrarreforma del Código Penal alcanza hasta 30 años de encierro.

La sanción penal es la reacción, en virtud de la cual, el estado afecta un bien jurídico (propiedad, libertad, etc.) ordinariamente protegido. Así hace visible que se reprocha a alguien la comisión de ese hecho punible (delito o crimen). La sanción puede limitarse a un impacto en el patrimonio/multa, así como también, puede llegar a la privación de la propia libertad. Nuestra Constitución Nacional vigente prohíbe ciertas sanciones, como la confiscación de bienes, el destierro, y la pena de muerte, pues son penas crueles inhumanas y degradantes.

El Código penal da la denominación genérica de pena a la sanción penal. Se clasifican en principales, complementarias o adicionales. Las principales son la pena privativa de libertad y la multa; las complementarias son la patrimonial y la prohibición de conducir; y las adicionales son la composición y la publicación de la sentencia. Como vemos, la prohibición de conducir y la publicación de la sentencia, no afectan directamente el patrimonio ni la libertad; afectan facultades y la imagen social del sancionado. Sólo la ley penal puede establecer una sanción.

2. ¿Cómo se determina si un hecho genera responsabilidad penal?

Para determinar si un hecho genera responsabilidad penal, es necesario hacer un proceso judicial como el que establece la Constitución Nacional y la Ley. Éste proceso está establecido en la Ley N° 1286/98, denominada Código Procesal Penal. En este proceso se determinará si la acción u omisión concreta de una persona se adecua a aquella que genéricamente le fue prohibida en el Código Penal o la ley penal especial. Es decir, si su acción u omisión resulta probada como hecho punible (delito o crimen). El método con el cual el Estado investiga la “culpabilidad o inocencia” de una persona, se llama proceso penal.

El Código Penal (Ley N° 1160/97) y las leyes penales especiales son las normas que establecen qué conductas son delitos o crímenes y qué sanción puede aplicarse a las mismas. Sirven para conocer lo que concretamente está prohibido bajo amenaza de que si se cometiese, esa acción u omisión, se estaría incurriendo en una conducta que puede traer aparejada una sanción.

El derecho penal, establecido en este Código y las Leyes Penales Especiales, permite un análisis de lo acontecido, en cualquier ámbito de la vida social, para así establecer si la conducta (activa u omisiva) es realmente un hecho punible. El análisis parte de la tipicidad y va descartando distintas posibilidades. Habrá hecho punible si la conducta es típica, antijurídica, reprochable y punible. Veamos cómo actúa este embudo por el que debe pasar el examen de lo acontecido.

- a) **Tipicidad:** La ley define el delito o crimen y describe con precisión la conducta que puede ser sancionada penalmente. Se analizará si la acción u omisión se encuadra en una de estas definiciones típicas.
- b) **Antijuridicidad:** Si la conducta es típica, se verificará luego si también es antijurídica. La conducta no sería antijurídica si el que actuó contaba, en el caso, con un permiso legal para realizar lo que en general está prohibido, según se establece en la definición típica. Ejemplo: Legítima Defensa.
- c) **Reprochabilidad:** Posteriormente, se mirará a la persona para constatar si actuó conciente y voluntariamente. Estos dos elementos son los que permiten establecer si la conducta es o no reprochable.
- d) **Punibilidad:** Finalmente, se examinarán si por las circunstancias especiales en que se dio la conducta, la ley no prescinde de aplicar una sanción. Ello ocurre por una razón superior, que determina como no deseable la aplicación de una sanción al

caso particular, en el que se cumplen circunstancias especiales previstas en la Ley, para tal efecto. Este último análisis es el de la punibilidad o no de la conducta.

Estas leyes penales, de este modo, son las únicas que con autoridad nos dicen si lo ocurrido en el proceso de contratación pública, constituye o no un hecho punible (delito o crimen). Sirven para que podamos evitar este tipo de conductas. Nos permiten conocer con precisión la acción u omisión, que nos arriesga a que el Estado nos aplique, eventualmente, una sanción; conocer el riesgo punitivo que tiene la conducta que se piensa ejecutar.

El Código Procesal Penal es la ley que dice cómo se investigará para que toda la sociedad sepa con certeza si lo que ocurrió es o no un delito o crimen. Sólo siguiendo los pasos, allí establecidos, las autoridades podrán decidir si la persona de quien se sospecha, puede ser, o no, realmente responsable de algún hecho punible, y por tanto, sancionada. La investigación que hace el Estado debe respetar reglas preestablecidas con anterioridad a la conducta, para evitar el abuso de poder y proteger la dignidad humana. Estas reglas del debido proceso establecen garantías que emanan de la misma Constitución Nacional.

3. Riesgo Punitivo, Libertad, Proceso de Contratación y Contratación Pública.

Las personas sólo pueden ser sancionadas por sus conductas conscientes y libres. Cuando pudiendo mantenerse en el cumplimiento del mandato de la ley, se apartaron de ésta, por acciones u omisiones previstas en la ley penal, es cuanto son responsables penalmente.

Es imposible establecer caso a caso qué es delito o crimen en un proceso de contratación pública. Apelaremos a proporcionar mayor información de conceptos básicos, que permitan identificar si lo que en concreto se hace, arriesga o no una persecución penal, según la ley; familiarizar con conceptos útiles para evitar el riesgo de ser punidos, de causar el daño reprochado en la ley penal; luego examinaremos algunos hechos punibles más directamente vinculados al proceso de las contrataciones.

Ante la más mínima duda sobre la posibilidad de que cometamos un hecho punible, debemos consultar con un especialista en el manejo de la ley penal. Recordemos que la comisión de un hecho punible puede llegar a generar la reacción más fuerte que el Estado tome, afectando nuestras vidas, mandándonos a la cárcel o privándonos de parte de nuestro patrimonio.

Dolo y Culpa

Existen hechos punibles que se llaman dolosos. Son aquellos en donde la persona sabe que lo que hace o deja de hacer es un delito o crimen y decide libremente llevar a cabo esa conducta prohibida por la ley. La conducta dolosa es consciente, libre y se dirige a realizar lo que la ley prohíbe.

Existen otros hechos punibles denominados culposos. Son aquellos en que el resultado dañino, reprobado en la ley, no es lo que la persona busca con la realización de su conducta. En los casos culposos, la persona incurre en el incumplimiento de un deber de cuidado produciendo objetivamente lo que está prohibido por la ley penal. Es responsable porque su negligencia, impericia o imprudencia es la causa de que se provoque lo que la ley mandaba evitar bajo amenaza de sanción penal. La persona no quiere causar el daño previsto en el hecho punible, pero incumple su deber de cuidado y esto hace que él ocurra. Las acciones y omisiones culposas solo serán punidas si la ley expresamente lo establece en cada caso. El hecho punible se hace sin intención.

4. Función Pública, Proceso de Contratación, contratación pública y Punición.

Actores claves en las actividades que forman parte de las etapas que constituyen el proceso de contratación y la contratación pública son los funcionarios que intervienen en la misma. Existen ciertos hechos punibles que solo pueden ser cometidos por un sujeto especial determinado en la definición del hecho punible.

Varias de estas definiciones se vinculan a hechos concretos que pueden ser cometidos en el contexto de un proceso de contratación por parte de los funcionarios involucrados en ella, haciendo que la administración actúe como convocante o contratante. En estos casos, el Código Penal aclara que el hecho punible sólo puede ser cometido por un funcionario público y así expresamente lo dice.

Ejemplo de estos casos son:

- Art. 300 C.P. “Cohecho Pasivo”.
- Art. 301 C.P. “Cohecho Pasivo Agravado”.
- Art. 305 C.P. “Prevaricato”.
- Art. 312 C.P. “Exacción”.
- Art. 313 C.P. “Cobro indebido de honorarios”.
- Art. 314 C.P. “Infidelidad en el servicio exterior”.
- Art. 315 C.P. “Revelación de secretos de servicio”.
- Art. 318 C.P. “Inducción a un subordinado a un hecho punible”.
- Art. 148 C.P. «Revelación de secretos privados por funcionarios o personas con obligación especial »
- Art. 250 C.P. “Producción inmediata de documento público de contenido falso”.
- Art. 257 C.P. “Expedición de certificados sobre méritos y servicios de contenido falso”.
- Ley 1015/97 Art. 3 “Lavado de dinero o de bienes”.
- Ley 2523/04 Art. 3 “Enriquecimiento ilícito”.
 - Art. 7 “Tráfico de influencia”.
 - Art. 8 “Administración en provecho propio”.
- Ley 2880/06 « Que reprime Hechos Punibles contra el Patrimonio del Estado »

En otros casos, la condición de funcionario constituye un requisito para que el hecho sea sancionado con un rigor especial, es decir, como agravante, por ejemplo:

Art. N° 298 del C.P. “Quebrantamiento del depósito” en el que en su inc. 2, se agrava hasta a cinco años la pena privativa de libertad, que en caso de no ser funcionario, el autor recibe una sanción de hasta dos años.

También existen hechos punibles que no requieren la calidad de funcionario público para su comisión. Son aquellas, en las que el verbo rector (lo que se debe hacer o no según el artículo aplicable) de la definición, puede ser realizado por un sujeto sin esa calidad determinada, es decir, por cualquier otra persona que no sea necesariamente funcionario público. Ejemplo de ello son:

- Art. 175 C.P. “Sabotaje de Computadoras”.
- Art. 183 C.P. “Favorecimiento del Deudor”.
- Art. 187 C.P. “Estafa”.
- Art. 188 C.P. “Operación Fraudulenta por Computadora”.
- Art. 192 C.P. “Lesión de Confianza”.
- Art. 239 C.P. “Asociación Criminal”
- Art. 240 C.P. “Omisión de Aviso de un Hecho Punible”.
- Art. 241 C.P. “Usurpación de funciones Públicas”.
- Art. 246 C.P. “Producción de Documentos no Auténticos”.
- Etcétera.

5. Oferente, contratista, Proceso de Contratación, contratación pública y Punición.

El proceso de contratación pública y la celebración del contrato tiene a particulares, quienes intervendrán como interesados, oferentes o contratistas, en las distintas actividades en las que éstos pueden cometer hechos punibles. Si bien, el proceso es llevado a cabo por funcionarios, una modalidad delictiva puede ser la influencia en éstos en la distorsión del proceso y la supuesta celebración del contrato en el marco de lo que la ley estipula.

En este caso, según el tipo de conducta desplegada, deberá indagarse en la ley penal, sí el verbo rector de la conducta típica, se ajusta a lo concretamente realizado bajo todas las condiciones que permitiría establecer si se cometió o no un hecho punible.

Sólo a modo de ejemplo, podemos citar artículos del Código Penal, que con mayor facilidad se podrían aplicar en la calificación de este tipo de conductas que podrían darse directamente distorsionado el recto sentido de la actividad del Estado en este campo:

Art. 302 C.P. « Soborno ».

Art. 303 C.P. « Soborno Agravado ».

Teniendo en cuenta una perspectiva más amplia y abarcando conductas de las que puede ser responsable el oferente, al tiempo de su presentación, en la celebración del contrato o con posterioridad en la fase del cumplimiento, por conductas dirigidas en contra de terceros interesados u oferentes, o simplemente vinculados a su presentación y participación bajo las condiciones de ley, podrían también citarse:

- Art. 146 C.P. “Violación del Secreto de la Comunicación”.
- Art. 174 C.P. “Alteración de Datos”.
- Art. 175 C.P. “Sabotaje de Computadoras”.
- Art. 178 C.P. “Conducta Conducente a la Quiebra”.
- Art. 179 C.P. “Conducta Indebida en situación de Crisis”.
- Art. 182 C.P. “Favorecimiento de acreedores”.
- Art. 183 C.P. “Favorecimiento del deudor”.
- Art. 187 C.P. “Estafa”.
- Art. 188 C.P. “Operación fraudulenta por computadora”
- Art.190 C.P. “Siniestro con Intención de Estafa”.
- Art. 192 C.P. “Lesión de Confianza”.
- Art. 196 C.P. “Lavado de Dinero”.
- Art. 239 C.P. “Asociación Criminal”.
- Art. 240 C.P. “Omisión de Aviso de un Hecho punible”.
- Art. 243 C.P. “Declaración Falsa”
- Art. 246 C.P. “Producción de Documentos no Auténticos”
- Art. 247 C.P. “Manipulaciones de Graficaciones Técnicas”.
- Art. 248 C.P. “Alteración de Datos Relevantes para la Prueba”.
- Art. 251 C.P. “Producción Mediata de Documentos Públicos de Contenido Falso”.
- Art. 252 C.P. “Uso de documentos Públicos de Contenido Falso”.
- Art. 253 C.P. “Destrucción o Daño a Documentos o Señales”
- Art. 258 C.P. “Producción Indebida de Certificados sobre Méritos y Servicios”.
- Art. 259 C.P. “Uso de Certificados sobre Méritos y Servicios de Contenido Falso”.
- Art. 299 C.P. “Daño a Anuncios oficiales”
- Art. 316 C.P. “Difusión de Objetos Secretos”
- Art. 317 C.P. “Violación del Secreto de Correo y Telecomunicación”.

6. ¿Cómo entra en actividad la maquinaria punitiva del Estado?

Una característica de la maquinaria penal del Estado es que su funcionamiento no depende del interés o la actividad desplegada por los particulares. Prácticamente todos los hechos punibles citados en este desarrollo no requieren del pedido del particular ofendido, sea éste, una persona de derecho privado o una persona de derecho público,

que en este caso es la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, órgano dependiente del Estado.

El Ministerio Público, a través de sus fiscales, es el responsable de llevar a cabo una investigación objetiva ante la sospecha de que ocurrieron algunos de estos delitos, denominados de Acción Penal Pública. El Ministerio Público actúa, por mandato Constitucional y Legal, en representación de la sociedad, ante los órganos jurisdiccionales del Estado, ejerciendo la Acción Penal Pública en defensa de los intereses lesionados.

Sin embargo, existe una clasificación de los hechos punibles, que nos permite identificar algunos, en los que se requiere la intervención del particular ofendido para que se lleve a cabo un proceso penal sancionador. En estos casos, el Ministerio Público sólo llevará a cabo la investigación y el requerimiento punitivo, sí el particular así lo solicita en la denuncia correspondiente. A este tipo de hechos punibles se los denomina de Acción Penal Pública a Instancia de Parte. Un ejemplo es el establecido en el Art. 194 del C.P. “Obstrucción a la restitución de bienes”.

También se encuentran los hechos punibles de Acción Penal Privada en los que el Ministerio Público y sus fiscales no intervienen. Son la excepción y están taxativamente enumerados en Art. 17 del C.P.P. Son prácticamente irrelevantes para el fenómeno del cual aquí nos ocupamos.

7. Denuncia y función pública.

Recordemos que si bien la denuncia de un hecho punible es un derecho del ciudadano/a y no es obligatoria, cuando el hecho punible es conocido por un funcionario público, en el ejercicio de su función, es una obligación de éste comunicar el hecho al Ministerio Público, para que se lleve a cabo la investigación de ley.

Tal es así, que sí el hecho acontecido diese lugar a la posibilidad de un sumario administrativo, éste quedaría paralizado a las resultas del proceso penal, si se sospechase que es un hecho punible. La ley 1626/00 y el Manual del Procedimiento Sumarial Administrativo aprobado por resolución SFP N° 612/06 de la Presidencia de la República, Despacho del Ministro Secretario Ejecutivo de la Secretaría de la Función Pública, establece que en caso que las faltas imputadas constituyan hechos punibles de Acción Penal Pública, el Asesor Jurídico del Organismo o Entidad preparará la denuncia correspondiente y la remitirá al Ministerio Público, como primer paso, antes de solicitar la designación de un Juez Instructor.

8. Actuación en representación de otro.

Ya dijimos que las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal, en nuestro derecho, de conformidad al principio *societas non delinquere potest* (las sociedades no pueden delinquir). En caso de que ocurra un hecho punible que comprometa a una persona

jurídica (como generalmente ocurre en los delitos económicos y de corrupción que se dan en el proceso de las contrataciones públicas), es responsable de ese hecho punible quien actuó en su representación, según lo establece el Art. 16 del C.P. De este modo, pueden ser sancionados los Directores, Mandantes, Presidentes, Gerentes, Socios, etc., que actuaron por mandato o en representación de la persona jurídica.

La persona jurídica por ser de existencia ideal, sólo existe jurídicamente, no puede realizar por sí misma hechos punibles, sino a través de sus representantes. Son representantes las personas físicas que sustituyen a otro, en nuestro caso a la persona jurídica, desempeñando una función determinada que le es encomendada, y ello es así, puesto que para que alguien pueda invocar la representación de una persona jurídica, es necesario que las personas físicas, hayan otorgado la calidad de representante, conforme a los estatutos de la sociedad o de la ley civil, lo que generalmente ocurre por una resolución de la Comisión Directiva o del Directorio. A estas personas generalmente se las denomina socio apoderado o representante legal.

El Código Penal, en su art. 16, también considera la actuación de una persona integrante de la persona jurídica; es decir cuando supuestamente en cumplimiento a sus atribuciones estatutarias se extralimita, invocando su calidad de miembro, sin que exista mandato expreso de la Comisión Directiva o de la Asamblea, lo que casi siempre ocurre cuando se realiza alguna conducta punible. Es el caso del Presidente o el Tesorero que realizan erogaciones o contratos sin mandato de la Comisión Directiva o de la Asamblea o del órgano que indique el estatuto societario.

Se debe tener presente que estas personas físicas que actúan en representación de una sociedad de personas, responderán penalmente y en forma personal por los actos que realicen, cuando ejerzan efectivamente esa representación, aunque careciera de validez su mandato o representación, conforme lo establece el Código Penal.

También se consideran penalmente responsables, a aquellos que actúen en representación de la administración pública. Se debe tener en cuenta que carece de importancia la validez del acto administrativo de nombramiento del funcionario y no serán tenidos en cuenta los errores materiales, que hayan sido cometidos en la escritura que confieren las facultades, a los efectos de que el representante asuma la responsabilidad por los actos que realizó actuando en representación de la entidad pública.

9. Sujetos sobre los que recae responsabilidad penal y grados de vinculación en el hecho punible.

La sanción actúa sobre personas concretas. En el derecho se distinguen las personas físicas de las jurídicas; las personas jurídicas son las Fundaciones, S.A., S.R.L. etc. Las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal; sólo puede sancionarse penalmente a las personas físicas, es decir, al ser humano concreto.

Las personas físicas sobre las que actúa la sanción, son las que fueron protagonistas de aquella conducta que son punibles según la ley penal, es decir, llevaron a cabo el hecho punible. A veces, una sola persona es la que protagoniza la conducta. En otros casos, ella es realizada por varios que intervienen con una influencia concreta para que ocurra lo que la ley mandaba evitar, bajo amenaza de sanción penal.

La responsabilidad de cada uno corresponde al poder que ejercieron para que la realidad quedase transformada en aquello que la ley no quería, sancionando esa conducta por considerarla perjudicial para la sociedad.

En este sentido existe una diferencia entre autor y partícipe del hecho.

Clases de autoría:

Los autores (directos o indirectos) y coautores tienen el dominio del hecho. Sin su conducta, o sea, lo que hacen o dejan de hacer, el hecho punible no existe, es decir, son indispensables para que exista el hecho punible. Tienen el control para que se configure la situación necesaria para que se protagonice o no el hecho punible. La sanción que se les puede aplicar es la misma en cuanto al marco penal (el marco penal es la sanción que oscila entre el límite mínimo y máximo de pena que le puede tocar a uno después de ser juzgado).

- a)** Autor directo: Aquel, que por sí mismo, llevó a cabo lo que la ley penal le prohibía, bajo amenaza de sanción. No requirió de usar a otro para protagonizar el hecho punible. Concibió una conducta sancionada, protagonizando por su sola conducta, el hecho punible.
- b)** Autor indirecto o mediato: Es el que usó a otro para cometer el hecho punible; en este caso, se vale de una persona que actúa como instrumento suyo. El que actúa como instrumento no sabe que el autor mediato o indirecto lo está usando para cometer el hecho punible. El que usó a otra persona es el autor indirecto o mediato. La persona que sirvió de instrumento (que fue usada), no tiene responsabilidad penal por desconocer que estaba siendo instrumentalizada.
- c)** Coautor: Son coautores los que protagonizan un hecho punible distribuyéndose funciones o roles, sin los cuales, dicho hecho punible, no existiría. Consecuentemente, existe coautoría, sí para cometer el hecho punible, más de una persona se distribuyen conductas, que cumplidas hacen que exista el hecho punible. De lo que hacen o dejan de hacer depende que exista ese hecho. La concurrencia de todos es indispensable. El coautor, a diferencia de la persona instrumentada por el autor inmediato, conoce, sabe y quiere aportar lo que le toca, en parte, para que ocurra el hecho punible; por eso no es un instrumento. Tampoco debe ser confundido con el cómplice.

Participes:

Son partícipes aquellos que con su conducta colaboran para que se protagonice el hecho punible sin tener el dominio del hecho; la ocurrencia del hecho punible no depende de la conducta de ellos. Se distinguen los instigadores y los cómplices.

- a) **Instigador:** Es el que influye en el autor para que este protagonice el hecho punible. Como suele decirse, “hace la liga”, “le insita” al autor o coautor, pero no realiza la conducta de la que depende la existencia del hecho punible. Al instigador se le aplica el mismo marco penal que al autor y al coautor.
- b) **Cómplice:** Es el que ayuda o facilita al autor o coautor a que ocurra el hecho punible, prestando colaboración. Hace o no hace algo, que por sí sólo no es el hecho punible, con su hacer facilita que este ocurra. El cómplice sabe y quiere colaborar, pero de su acción no depende, la existencia misma del hecho punible; su conducta no es indispensable para que exista ese hecho punible, esto lo diferencia del coautor. Al cómplice se le aplica el marco penal que corresponde al autor o coautor y se le atenúa (disminuye su intensidad o naturaleza) según el Art. 67 de C.P.

10. Actuación en representación de otro.

Ya dijimos que las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal, en nuestro derecho. En caso que ocurra un hecho punible que comprometa a una persona jurídica (como generalmente ocurre en los delitos económicos y de corrupción que se dan en el proceso de las contrataciones públicas), es responsable de ese hecho punible quien actuó en su representación según el lo establece el Art. 16 del C.P. De este modo, pueden ser sancionados los Directores, Mandantes, Presidentes, socios, etc. que actuaron en representación de la persona jurídica.

11. Fases del proceso penal.

El conocimiento de la posible responsabilidad penal de una persona y la consiguiente necesidad de constatarla a través del proceso penal se puede dar a través de la denuncia, la querrela, o cualquier medio eficaz para que el Ministerio Público lleve a cabo su actividad investigativa y requirente.

El proceso penal se inicia formalmente con la presentación del acta de imputación fiscal. Este es un instrumento en virtud del cual se define una conducta como objeto de investigación a los efectos de determinar y de limitar la responsabilidad penal.

- **Etapa Preparatoria:** Comienza a partir de que el fiscal presenta su acta de imputación. Es la parte del proceso establecido para que éste funcionario reúna elementos de prueba, que le permitirán construir una convicción sobre si ocurrió o no el hecho punible y si debe requerir la aplicación de una sanción. El fiscal tiene la obligación de investigar todos los elementos de cargo y de descargo, es decir, debe

ser objetivo. También en esta etapa, la defensa puede proponer o realizar actividades que le permitan resistir la persecución penal del Estado y se le permite reunir elementos en su favor.

- **Etapa Intermedia:** En esta parte, el fiscal presenta su acusación o decide no acusar y somete su pedido (sea cual sea), al control del juez, el imputado y la víctima que quiera intervenir. En esta etapa se lleva a cabo una audiencia oral y pública en la que escucha a las partes, el juez resuelve lo que considera corresponde según la ley.

El juez puede remitir el caso a juicio o dictar resoluciones que suspenden el proceso. También puede resolver que no existe responsabilidad penal en el que fuera imputado o acusado dejándole libre del proceso. A esta última decisión se la llama sobreseimiento. El sobreseimiento puede ser provisional o definitivo.

- **Etapa de Juicio Oral y Público:** Es la que se provoca si el juez de la audiencia preliminar resuelve que el caso debe ser examinado y resuelto por un tribunal de sentencia. Se produce en una audiencia oral y pública en el que un tribunal, generalmente integrado por tres jueces, luego de escuchar a las partes y valorar la prueba, determina si existe fundamento para establecer con certeza que ocurrió el hecho punible y que la persona juzgada es reprochable a los efectos que se le aplique la sanción que corresponda.
- **Etapa Recursiva:** Son fases en las que lo resuelto por los jueces es objeto de un examen por otros jueces de mayor jerarquía, a los que se permite establecer si estos primeros actuaron resolviendo el caso del modo que la ley manda.

12. Prisión preventiva, otras medidas cautelares y la sanción final.

La aplicación de la sanción puede implicar la privación de libertad, sí la pena establecida para hecho así lo permite. Ordinariamente sólo una vez terminado el juicio podría aplicarse una privación de libertad afectando este bien jurídico tan apreciado para la vida de toda persona.

Sin embargo, no se concibe la realización de un juicio sin que el acusado esté presente para ejercer su defensa oponiéndose a la persecución penal, según sus intereses. La Constitución Nacional exige esta oportunidad de defensa, y como ello es necesario para la legitimidad del juicio, permite que antes de su realización se pueda privar de libertad al procesado con la sola intención de impedir su fuga o que frustre la investigación. Esta privación de libertad, que solo tiene por motivo garantizar la presencia del procesado en el juicio y sus diligencias, es la que se conoce con el nombre de medidas cautelares de coerción personal.

Éstas medidas son:

- La Aprehensión.
- La Detención.
- La Prisión Preventiva.
- Las Medidas Alternativas o Sustitutivas a la Prisión.

Todas estas medidas sólo serán aplicadas por las personas habilitadas por ley para tal efecto y bajo las condiciones establecidas para hacerlas vigentes.

En caso que la persona sea condenada, se descuenta de la duración de su sanción el tiempo que corresponde a la medida cautelar que afectó su libertad en el proceso. En caso que sea absuelta, puede llegar inclusive a reclamar indemnizaciones al Estado y a las autoridades que afectaron inútilmente su libertad.

La restricción de la libertad, en carácter cautelar, no debe ser confundida con la sanción penal que sólo puede darse con posterioridad al juicio.

13. Reacción punitiva y otras alternativas para la resolución de los conflictos penales suscitados en este ámbito.

Luchar contra la impunidad no es reclamar punición (sanción penal) a cualquier precio. La gran condición indispensable para punir (sancionar penalmente) es la prueba inequívoca que el hecho punible aconteció y que el acusado fue quien lo cometió. Una punición sin verdad demostrada en juicio con certeza, es pura arbitrariedad judicial.

La arbitrariedad judicial es un peligro tan grande como el peor de los hechos punibles. La teoría de la prueba se ocupa de establecer los límites a la actividad investigativa que como sociedad nos permitimos llevar a cabo para determinar si existió un hecho punible y si alguien debe ser sancionado.

Aunque exista prueba, el Estado sólo debe aplicar punición cuando sea estrictamente necesario. Recordemos que la punición, generalmente, da origen a otros graves problemas en la sociedad. Para cumplir con esta minimización del poder punitivo se establecen medidas alternativas no punitivas para cerrar un caso sin que la persona sufra los efectos de la sanción penal.

Algunas de estas medidas se aplican en el proceso antes de que exista una sentencia; otras luego del juicio, en este caso, se las establece en la misma sentencia condenatoria.

Todas ellas responden a los fines Constitucionales del Sistema Penal que no es retribucionista (responder ojo por ojo). Pueden citarse:

- a) Criterio de Oportunidad: Aplicable al inicio del proceso y hasta en la Etapa Intermedia. En este caso, el Ministerio Público, previo control judicial, no persigue

el hecho solicitando sanción. Los casos en el que el fiscal puede tomar esta decisión están enumerados taxativamente en la ley (Art 19 C.P.P.). Por ejemplo: Cuando el hecho punible es de mínimo reproche o insignificante y no existe un alto interés social en su persecución; cuando la persona será sancionada por otro hecho punible tan grave, que el proceso que se le sigue no tenga ya trascendencia a los efectos de la pena que se le puede aplicar; cuando corresponde que una persona sea extraditada; etc.

- b)** Suspensión Condicional del Procedimiento: En este proceso, el imputado reconoce haber cometido el hecho y promete sujetar su conducta a un régimen de prueba. Si lo pasa con éxito, concluye el proceso sin generar antecedentes penales en su contra. Solo se aplica si el hecho punible conlleva la aplicación de una sanción que el Código Penal permita sea suspendida. Se aplica desde el inicio del proceso hasta la Etapa Intermedia.
- c)** Conciliación: puede darse la extinción de la actividad persecutoria penal del Estado cuando la persona llega a un arreglo conveniente entre víctima y victimario, siempre y cuando el hecho punible sea culposo o de contenido patrimonial, reparable según la ley.
- d)** Suspensión condicional de la pena: es la que se da después de haber sido juzgada la persona en el juicio ordinario o abreviado. Sólo puede aplicarse cuando la condena es de pena privativa de libertad de hasta 2 años o multa por el tribunal juzgador. Se le establece un Régimen de Conducta y si lo cumple, no se efectiviza la sanción.

14. Riesgo punitivo, percepción de impunidad y compromiso contra la corrupción.

Generalmente, pensamos en la pena como algo que se establece para gente con la que no nos identificamos y ello genera la convicción de que nunca seremos sancionados. Creemos que la comisión de delitos es privativa de aquellos estigmatizados como delincuentes. Es difícil que socialmente sea considerado delincuente el funcionario o empresario que ordinariamente participa del proceso de contrataciones públicas y comete hechos punibles. Esa estigmatización está reservada para la persona de escasos recursos o a los excluidos de poder en la sociedad.

En realidad cualquiera puede cometer hechos punibles (delitos o crímenes), también nosotros. Cometer un delito o crimen no implica necesariamente un hecho extraordinario, que tiene como responsable a una « mala persona »; solo implica llevar a cabo una conducta contemplada como hecho punible por la ley penal. Causar el daño reprochado penalmente en la ley.

Basta con que incurramos en un delito o crimen (doloso o culposo) para que podamos ser sancionados. No es necesario que seamos, o nos consideremos delincuentes, para terminar yendo a la cárcel o para recibir una sanción penal. Las prohibiciones de la ley penal rigen para todos, también para nosotros.

Esta percepción de que solo los delincuentes delinquen hace que muchos no presten cuidado a la conducta propia y cometan delitos que por ser costumbre en la sociedad, pasan desapercibidos para sus propias apreciaciones cuando juzgan su conducta y deciden participar en una competencia deshonesta en el proceso de contrataciones públicas. Fácilmente se hacen parte de un proceso dañino y perverso.

Muchas personas dejan de exigir condiciones favorables para la vigencia de una sociedad que goce de los beneficios de la igualdad de oportunidades y se adecuan a reglas distorsionadas logrando lucro sin importar el daño que causan. Van formando parte de aquellos que se empeñan en mantener una sociedad de privilegios prometiendo las migajas de lo que realmente debe estar al alcance de todos por igualdad.

No podemos evitar ser procesados, imputados, o inclusive sancionados. Estas decisiones toman otros sobre nuestras vidas. Sin embargo, cabe en el ámbito de nuestra libertad evitar la comisión de hechos punibles y menguar la posibilidad de un riesgo punitivo de nuestra participación en la vida social; negarnos a reproducir el comportamiento social que dio origen a este Estado clientelista que hace tanto daño y se alimenta de las distorsiones en los procesos de contrataciones públicas.

El día menos pensado, si cometemos delitos, podemos terminar procesados y sancionados. Por otra parte, con estos delitos estaremos dando fuerza y supervivencia a un modelo de manejo de poder mafioso que victimiza a muchos y un día nos convertirá también en víctimas de la arbitrariedad, que es su lógica.

La comisión de hechos punibles en el ámbito de las contrataciones públicas históricamente se vio afectado por el fenómeno de la impunidad; lo que causó grandes daños a la vigencia de nuestra República; la ha degradado haciendo que lo público responda a intereses privados o sectoriales.

El acostumbramiento a este fenómeno hoy se enfrenta a varias iniciativas que permiten acceso a información y otros elementos favorables a un progreso en el área; juntos podemos unir esfuerzos para construir un país para todos. Dicho progreso pasa también por una puesta en marcha de los mecanismos punitivos con que cuenta el Estado, en el campo de los hechos punibles vinculados a las distorsiones del buen proceso de contratación pública.

En caso de que ocurran hechos punibles en el ámbito de las contrataciones públicas, se impone la necesidad de una estricta aplicación de la ley para que el poder punitivo coadyuve con el desarrollo de un mejor relacionamiento entre la sociedad y el Estado. Lo penal no será la panacea en el trabajo social contra la corrupción pero indudablemente es un campo que debe ser cubierto por la actividad punitiva del Estado para que se transmita con claridad el reproche social hacia este fenómeno estructural tan complejo y penosamente enraizado en nuestras instituciones.

La sociedad exige aumentar el riesgo punitivo de conductas como las que afectan negativamente el proceso de contrataciones públicas alejándolo de sus fines superiores. Cada vez debe ser más peligroso cometer delitos impunemente en este campo. Esta es una dinámica que terminará construyendo una sociedad en la que se respete a cada quien por su idoneidad estableciendo nuevas oportunidades para el progreso humano integral. En la construcción de esta sociedad de hombres libres, los que participan en los procesos de contrataciones públicas son actores claves; no pueden ser indiferentes, participarán en el surgimiento de un Estado menos corrupto o tendrán que ser enemigos del bienestar general de la República.

**Material elaborado en lenguaje standard
por el Abog. Roque Orrego Orué
Especialista en Derecho Penal**

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Dr. José Moreno Rodríguez

1. ¿Qué es la responsabilidad civil?

A grandes rasgos, la responsabilidad civil es un sistema de normas que tiene por objeto determinar en qué casos y bajo cuáles supuestos un sujeto deberá reparar el daño que ha causado a otro. Esta reparación puede consistir en la vuelta al estado de cosas anterior al acto dañoso o, si no fuera posible, en proveer al damnificado la indemnización monetaria que corresponda en sustitución.⁹

La vida en sociedad supone la interacción entre las personas, la cual en muchos casos puede resultar beneficiosa, pero en otros, puede suponer el riesgo de que se causen daños. Cuando los actos de las personas causan daños a otras, aparece la responsabilidad civil, que asigna las pérdidas y perjuicios causados en el tráfico social. No todo acto que cause un daño, sin embargo, hará nacer la obligación de reparación propia de la responsabilidad civil. Para ello, se deberán cumplir con los presupuestos establecidos en la ley para imputar ese daño al causante. Pero una vez cumplidos estos requisitos, entra a tallar la función principal de la responsabilidad civil: *compensar* los perjuicios que un acontecimiento lesivo pueda ocasionar a una persona. Estos perjuicios pueden abarcar lo puramente material o patrimonial (por ejemplo, el costo de un automotor incendiado) y lo moral o extrapatrimonial (el caso típico es el del sufrimiento emocional de una víctima derivado de un accidente o de cualquier otra circunstancia dañosa).

En el fondo, el espíritu de la responsabilidad civil responde a uno de los principios más preciados y antiguos del derecho: no hacer daño a nadie (*naeminem ladere*). Sin este mandato, la vida en sociedad sería imposible. Pero una vez que sucede – intencional o accidentalmente – algún hecho dañoso, las reglas de la responsabilidad civil se encargarán de determinar quién y cómo resarcirá sus consecuencias negativas.

⁹ Art. 1857 Código Civil.

2. ¿Cuáles son las dos grandes ramas de la responsabilidad civil?

La responsabilidad civil está dividida en dos grandes ramas. La primera es la llamada responsabilidad “extracontractual” y la segunda la “contractual”.

La responsabilidad extracontractual se ocupa de la reparación de todos los daños causados en el tráfico social (como por ejemplo, los accidentes de tránsito, las consecuencias civiles de los delitos, etc.), mientras que la contractual se refiere a los daños derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato (por ejemplo, por ruina de un edificio construido o mala praxis en un contrato médico).

Si bien en el fondo ambas ramas de responsabilidad tienen el mismo objetivo (la reparación de daños causados injustamente) y también los mismos presupuestos, existen en la práctica algunas diferencias menores que deben ser consideradas (por ejemplo, la prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual es mucho más breve que la contractual).

En el ámbito de la administración pública, la responsabilidad extracontractual cubrirá, por ejemplo, los casos de prestación de servicios públicos en forma irregular, o daños causados por la administración (por ejemplo, el cableado eléctrico, o vehículos estatales), mientras que la contractual se ocupará específicamente de las obligaciones y responsabilidades de quienes celebren contratos con la administración (por ejemplo, una concesión de obra pública).

3. ¿Dónde se encuentran las normas de Derecho privado relativas a la responsabilidad civil y a los contratos?

En el ámbito legislativo, no obstante la reciente proliferación de numerosas leyes especiales, la regulación básica del derecho privado sigue contenida en el Código Civil Paraguayo¹⁰, en el que se encuentra la normativa principal en materia de contratos y responsabilidad civil¹¹, complementada en materias específicas por cuerpos normativos que las regulan.

Una característica propia de las reglas de la responsabilidad civil es que las mismas son abiertas o indeterminadas, en el sentido que muchas veces su contenido debe ser llenado

¹⁰ Sancionado por Ley No. 1183 de 1985, el Código Civil se encuentra vigente a partir del 1 de enero de 1987.

¹¹ El Libro I contiene disposiciones generales aplicables a las personas físicas y jurídicas. En el Libro II, Título I, se encuentran disposiciones relativas a los actos lícitos e ilícitos. Las obligaciones, sus efectos, su transmisión y su extinción se hallan regulados en el Libro II, Título II (Artículos 417 y siguientes). El Título I del Libro III se ocupa de los contratos en general, su formación, objeto, forma, efectos, interpretación, extinción y eventuales efectos ante terceros (Artículos 669 a 736). En el Título II del mismo Libro se encuentran regulados contratos en particular (compraventa, mandato, locación, etcétera). El Título VIII, también del Libro III, se ocupa de la responsabilidad civil (Artículos 1833 y siguientes).

en el caso concreto por el juez, según las circunstancias. El concepto de “culpa” o falta de diligencia, por ejemplo, será uno u otro según los hechos del caso.

4. ¿Cuál es el régimen de la responsabilidad civil del Estado?

La responsabilidad civil del Estado o administración puede ser asimismo extracontractual o contractual.

En cuanto a la (i) responsabilidad extracontractual del Estado, la misma puede ser directa o indirecta. La directa sólo puede establecerse excepcionalmente por ley, a consecuencia de actos regulares, como el referido a las expropiaciones por causa de utilidad pública o, en caso de contratación pública, a la modificación unilateral del contrato que la administración haga en uso de sus facultades exorbitantes.¹²

La indirecta proviene de actos ilícitos de los agentes estatales. Aquí el Estado responderá en forma subsidiaria, es decir, para el caso que el patrimonio del funcionario en cuestión no sea suficiente para atender el reclamo realizado.

Así, en consonancia con el artículo 106 de la Constitución Nacional, el Código Civil dispone que las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del Estado, de las Municipalidades y de los entes de Derecho Público serán responsables, en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Los autores y copartícipes responderán solidariamente. El Estado, las Municipalidades y los entes de Derecho Público responderán subsidiariamente por ellos en caso de insolvencia de éstos¹³.

Por ejemplo, la Ley de Contrataciones Públicas, si bien autoriza la contratación por excepción, impone responsabilidades administrativas cuando exista negligencia o imprevisión del funcionario¹⁴. Independientemente, ello puede generar al mismo, responsabilidades en el orden civil. También pueden generarse estas responsabilidades a los funcionarios o empleados públicos que contraten con la administración pública en violación a las prohibiciones de la Ley de Contrataciones Públicas¹⁵. Asimismo, darían pie a resarcimientos civiles modificaciones a los contratos durante su ejecución que violen las condiciones establecidas en dicha ley¹⁶.

En cuanto a la (ii) responsabilidad contractual, la misma derivará de todos aquellos contratos que celebre el Estado en virtud de la Ley de Contrataciones Públicas con particulares. La responsabilidad puramente contractual consistirá en los daños y perjuicios que el Estado cause directamente al co-contratante por la inejecución del contrato, o por su ejecución defectuosa, en violación a los preceptos que contenga el contrato en cuestión.

¹² Ver en general el art. 39 de la C. Nacional.

¹³ Artículo 1845.

¹⁴ Artículo 33.

¹⁵ Artículo 40.

¹⁶ Artículos 62 y 63.

La mayor parte de las preguntas relacionadas a la responsabilidad civil derivadas de la Ley de Contrataciones Públicas se enmarca dentro de este segundo supuesto de responsabilidad contractual.

5. ¿Cuáles son los requisitos generales de la responsabilidad civil?

Para que un hecho sea susceptible de hacer nacer la obligación de compensación propia de la responsabilidad civil, debe cumplir con una serie de requisitos, a saber:

- (i) **Antijuridicidad:** el hecho causante del daño debe ser contrario a derecho, y violar alguna norma aunque sea general.
- (ii) **Daño:** el hecho debe causar un daño real y actual, y no meramente probable o hipotético. El daño puede ser material o extrapatrimonial (moral).
- (iii) **Culpa:** salvo las excepciones previstas en la ley, el hecho tuvo que haber sido causado con culpa o falta de diligencia por parte del causante.
- (iv) **Relación de causalidad:** tiene que existir un nexo causa-efecto entre el hecho dañoso y la persona a quién se imputa el daño.

Sólo cumplidos estos requisitos deberá indemnizarse el daño causado. En líneas generales, estos requisitos se aplican tanto a la responsabilidad extracontractual como a la contractual (en cuyo caso la antijuridicidad se equipara a la violación de algún artículo del contrato, por ej. el incumplimiento de una cláusula).

6. ¿Cómo se configura la antijuridicidad en materia civil?

A este requisito de la responsabilidad civil se refiere el Código Civil¹⁷, cuando habla que se requiere que los actos sean prohibidos por las leyes, las ordenanzas municipales, u otras disposiciones dictadas por autoridad competente; como asimismo de omisiones en supuestos en que la ley o el reglamento hayan obligado a cumplir el hecho omitido.

Hoy día se acepta ampliamente que no es necesaria la existencia de una prohibición expresa en la ley o el reglamento; basta con que exista una prohibición implícita¹⁸, o que el acto ocasione un perjuicio a terceros, para que quede configurada la antijuridicidad. Todo ello en aplicación del principio ya referido de que nadie podrá dañar a otro, lo cual, de ocurrir, de por sí, en principio impone una obligación de reparar, como ocurre, por ejemplo, con la expropiación, acto plenamente lícito, que produce ese efecto. De hecho, la propia Constitución Nacional instauro la responsabilidad del Estado por actos lícitos¹⁹.

¹⁷ Inciso a) del artículo 1834

¹⁸ Esto surge de los artículos 1834, inciso a) y artículo 27 del Código Civil.

¹⁹ Artículo 39.

7. ¿Cuál es la relación entre la ilicitud civil y la penal?

Debe distinguirse la ilicitud civil, que como tal engendra responsabilidad civil -la cual a su vez no es sino obligación de reparar-; de la ilicitud penal, que trae aparejadas consecuencias punitivas penales.

Ambas tienen un régimen independiente. Si bien a veces un hecho tiene previstas sanciones en los dos ámbitos (por ejemplo, un robo), puede ocurrir perfectamente que un hecho punible penalmente no lo sea civilmente, y viceversa. Así, una tentativa de hecho punible, por ese solo motivo, puede ser reprimida por la legislación penal, pero si no produce daño, no habrá ilicitud civil; a la inversa, si un hecho causa un perjuicio patrimonial, estará configurado un ilícito civil, pero puede que ello no esté previsto como hecho punible del derecho penal, en cuyo caso no se producirá consecuencia punitiva alguna de este orden.

De allí que, ni aun en los supuestos en que un mismo hecho merece a su vez sanciones civiles y penales, se pueden asimilar ambas ilicitudes, desde que exigen presupuestos diversos, de los cuales derivan también consecuencias de distinto orden.

Caracteriza a la ilicitud penal la tipicidad. Ella implica que el hecho debe coincidir con la figura "tipo" que prevé el Código Penal, para la cual se halla reservada la sanción correspondiente. El mismo acto que constituye un hecho punible penal, puede haber ocasionado un perjuicio al afectado, que como tal, debe ser reparado. El daño puede haberse originado también en un hecho que no haya sido un ilícito tipificado por las leyes penales. Aquí, la caracterización del ilícito tiene por objeto la reparación o el resarcimiento al particular afectado de los perjuicios ocasionados por el hecho.

Un elemento resalta, pues, como eje de la ilicitud civil: el daño. Y allí estará la diferenciación fundamental con el ilícito penal. El derecho civil no buscará un hecho tipificado por la legislación penal para imponer el resarcimiento de la víctima, sino que bastará un acto cualquiera, contrario a las leyes y demás disposiciones normativas -penales, civiles, administrativas, etcétera-, que cause un daño, para que entren a operar sus normas relativas a la responsabilidad y la consiguiente reparación por los perjuicios ocasionados.

8. ¿Las acciones civiles y penales son independientes?

Cuando de un hecho deriven consecuencias penales y civiles, el Código Civil establece una independencia relativa entre las acciones para actos con consecuencias dañinas. Dispone que la acción civil para el resarcimiento del daño causado por un acto ilícito podrá ejercerse independientemente de la acción penal²⁰.

²⁰ Artículo 1865, primera parte, del Código Civil.

Cabe resaltar que el Código Procesal Penal permite al juez, en un procedimiento breve, fijar la indemnización civil²¹. Se trata, en consecuencia, de opciones procesales a elección del afectado.

9. ¿Qué es el daño?

El Código Civil afirma que habrá daño siempre que se causara a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión²².

El daño es, en definitiva, cualquier menoscabo a los derechos subjetivos del particular afectado.

10. ¿Qué tipos de daños pueden ser reclamados?

El daño que da objeto a reclamación civil puede ser material o moral. El daño material comprende los perjuicios efectivamente sufridos por el damnificado (daño emergente); y las ganancias de que se ha visto privado por haber acontecido el hecho dañino (lucro cesante).

El daño moral comprende todas las aflicciones, padecimientos o sufrimientos que ha sufrido el damnificado, que se traduce también en un resarcimiento patrimonial²³.

No es necesario que el daño se produzca efectivamente, sino que basta la posibilidad de que pueda ser ocasionado²⁴. Esta previsión resulta plenamente justificada, desde que con ella se permite evitar el perjuicio ante su inminencia, y no esperar a que ocurra; lo cual, racionalmente, carece de sentido.

11. ¿Cuáles son los factores de atribución?

Además del daño debe mediar un factor subjetivo u objetivo de atribución. El primero se refiere a una conducta dolosa o culposa, es decir, a un acto malicioso o negligente de quien comete el daño. De ahí que se requiera normalmente que, además de haberse causado un daño reparable, el mismo haya sido causado como mínimo con culpa o negligencia del causante; en caso contrario, el damnificado deberá soportar el hecho.

Pero la ley también atribuye en ciertos casos responsabilidades objetivas, es decir, sin culpa, como cuando se responde por hechos del dependiente o subordinado y en ciertos casos en

²¹ Ver los artículos 439 y siguientes del Código Procesal Penal. Este procedimiento es cuestionable pues cercena el derecho a la defensa y a la amplitud de la prueba, ante presupuestos distintos que tiene la reparación civil de la sanción penal, los que deberían también ser debidamente esgrimidos y acreditados.

²² Artículo 1835

²³ Son de aplicación al respecto los arts. 450 y 451 del Código Civil, en concordancia con el 1835.

²⁴ Inciso b) del artículo 1834.

que se impone responsabilidad por la realización de actividades de por sí riesgosas o por detentar cosas riesgosas²⁵. Por ejemplo, una fábrica de explosivos responde sin necesidad que se pruebe su culpa, es decir, en forma objetiva.

Es nula toda convención que suprima o limita la responsabilidad objetiva²⁶.

La ley no ha fijado topes resarcitorios aquí, como se aconseja cuando se imponen responsabilidades objetivas, a las que se ven expuestos diversos riesgos empresariales.²⁷ Tampoco existe un régimen alternativo de seguros obligatorios que minimicen así los riesgos de la responsabilidad objetivamente impuesta.

De todos modos, aún en estos supuestos la culpa sigue teniendo un rol importante pues, por ejemplo, la culpa de la víctima libera al autor²⁸.

12. ¿Cuál es la extensión del resarcimiento?

Un régimen que estableciera que deben repararse todas las consecuencias posibles derivadas de un acto ilícito sería imposible, por el peso patrimonial que ello supondría sobre las personas. De ahí que la ley establezca una limitación sobre hasta qué punto debe cargar el culpable con las consecuencias de su acto. Así, el Código Civil señala que el obligado a indemnizar el daño que le sea imputable resarcirá todas sus consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, esto es, normales según el curso natural y ordinario de las cosas, pero no las casuales, salvo que éstas deriven de un accionar doloso –o malicioso– y debieran resultar según las miras que el agente tuvo al ejecutar el hecho²⁹.

Esto significa que el criterio fundamental para determinar hasta dónde deben indemnizarse los daños es el de la previsibilidad: todos los daños que fueron previsibles para el agente al momento de realizar el acto deberán ser reparados, no así los imprevisibles o extraordinarios.

13. ¿Qué es la responsabilidad contractual?

²⁵ El art. 1846 del Código establece que el que crea un peligro con su actividad o profesión, por la naturaleza de ellas o por los medios empleados, responde por el daño causado, salvo que pruebe fuerza mayor o que el perjuicio fue ocasionado por culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero por cuyo hecho no deba responder. Dicho artículo es una copia mutilada del art. 2050 del Código Civil Italiano. Esta pequeña modificación hace que en la práctica el artículo 1846 del Código sea indistinguible en cuanto a sus efectos del artículo 1847, según el cual el dueño o guardián de la cosa inanimada responde del daño cuando por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

²⁶ Artículo 1848.

²⁷ Salvo en algunas leyes especiales, como el Código Aeronáutico que sí establece topes indemnizatorios.

²⁸ Artículos 1836, 1842, 1846 y 1847.

²⁹ Artículo 1835

La responsabilidad civil puede ser extracontractual o contractual. Hasta aquí nos hemos ocupado primordialmente de la responsabilidad extracontractual. En lo que sigue, nos ocuparemos de la contractual, salvo indicación contraria.

La responsabilidad contractual proviene del incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de un contrato entre las partes. Así, en el ámbito de las contrataciones públicas, la responsabilidad contractual regula las consecuencias de la no ejecución de una concesión de obras, o la ejecución deficiente de una prestación de servicios al Estado.

La responsabilidad contractual presupone (i) la violación de un deber contractual (su incumplimiento), (ii) el daño causado, que puede ser patrimonial o extrapatrimonial, (iii) la culpa del deudor y (iv) la relación de causalidad entre el daño causado y el agente. Cumplidos estos requisitos, el deudor estará obligado a la reparación de los daños e intereses previstos en el Código.

En el Derecho privado, normas que rigen los contratos se encuentran diseminadas en diversos libros del Código Civil, pero fundamentalmente en el Libro III³⁰. De allí surge la libertad contractual, entendida como la facultad de los individuos de celebrar acuerdos y determinar el contenido de los mismos. Estos acuerdos vincularán jurídicamente a las partes y las harán pasibles, en su caso, de las responsabilidades civiles correspondientes.

Gran parte de las disposiciones previstas en el Código Civil para los contratos son supletorias o dispositivas, es decir, encuentran regulación al solo objeto de suplir alguna falta de estipulación de los contratantes. Solo aquellas reglas o principios en cuya observancia estén interesados “el orden público”, la “moral” o las “buenas costumbres” no podrán ser dejadas de lado por voluntad de las partes³¹. Son las llamadas normas imperativas.

Esto se viene acrecentando cada día más con la proliferación de leyes especiales que contienen normas de este tinte imperativo (como, por ejemplo, la Ley 1334 de 1998 de protección al consumidor, o la Ley 194 de 1993 de agencia, representación o distribución), o actividades reguladas o supervisadas por el Estado (como las provenientes de leyes bancarias, bursátiles y de seguros).

También tienen peculiaridades especiales los llamados contratos de la administración. Estos responden a un interés público y existe una desigualdad entre las partes

³⁰ Lo relativo a capacidad, domicilio y todo lo atinente a los sujetos contratantes se encuentra en el Libro I. El Código Civil contiene una regulación general de los hechos y actos jurídicos en su Libro II, como también normas generales relacionadas a los efectos de las obligaciones y su extinción. En el Libro III se prevén normas aplicables a la generalidad de los contratos (que se complementan con las previstas en el libro anterior), y luego a determinados contratos en particular, entre los cuales se encuentra la compraventa. También en el mismo libro se consignan normas relativas a la responsabilidad civil emergente del contrato, aplicables por remisión.

³¹ Artículos 669, 9º y 299, inc. c, Código Civil.

representada fundamentalmente por las prerrogativas de las que goza la administración, según se irá señalando más adelante.

14. ¿Son distintos los efectos de las responsabilidades en el orden contractual y extracontractual?

En cuanto a sus presupuestos y lógica de funcionamiento, ambas responsabilidades responden a un único fenómeno: la reparación de los daños causados. El régimen resulta mayormente unificado en nuestro país en cuanto a ambas responsabilidades³².

En este sentido el Código Civil dispone que para apreciar la culpa o el dolo del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas de este Código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de actos jurídicos y contratos³³. De modo que en puntos esenciales que atañen a ambas órbitas de responsabilidades, las normas son comunes.

Existen, no obstante algunas diferencias menores, como por ejemplo el plazo de prescripción de la acción (10 años para la contractual y 2 años para la extracontractual³⁴), y en cuanto a la extensión del resarcimiento.

Con respecto a esto último, dispone el Código Civil que cuando la inejecución de la obligación fuese maliciosa (es decir, dolosa), los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas³⁵. Contrariamente, si el incumplimiento es sólo culposo, el deudor no responderá por las consecuencias mediatas, sino sólo por las inmediatas.

Los presupuestos en ambos casos de responsabilidad son iguales, como ya se dijo. En la responsabilidad contractual también tiene que existir la violación a una norma (en este caso, una regla del contrato), la culpa o dolo, el daño y la relación de causalidad.

En cuanto al dolo, en el incumplimiento de un contrato, constituye la intención deliberada con la que el deudor deja de cumplir la prestación debida. Ello no puede ser dispensado de antemano en el contrato³⁶.

El concepto de la culpa, por otro lado, es sumamente elástico, ya que el Código Civil la caracteriza como la omisión de aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Esto

³²Sin embargo, el Código Civil ha regulado en distintos lugares a ambas responsabilidades. La responsabilidad contractual está regulada mayormente en el Libro II, Título II, "De los efectos" de las obligaciones, mientras que la extracontractual está regulada al final del Libro III, de las fuentes de las obligaciones, bajo el acápite de "De la Responsabilidad Civil".

³³ Artículo 1855.

³⁴ Artículos 659 y 663.

³⁵ Artículo 425.

³⁶ Art. 421 C. Civil.

deberá ser determinado en cada caso concreto para ver si la conducta ha sido o no negligente.

15. ¿Derivan responsabilidades civiles de la nulidad de un contrato?

Las responsabilidades contractuales provienen del incumplimiento de lo válidamente convenido. Sin embargo, si el acuerdo ha contravenido a la Ley de Contrataciones Públicas y su reglamentación, el mismo resultará inválido o nulo.

La nulidad priva de eficacia al acto y expone –en materia de derecho privado– a quien hubiera incurrido en ella dolosa o culposamente responsabilidades civiles. Rigen al respecto las normas relativas a la responsabilidad extracontractual.

El régimen del Código Civil es que la nulidad se produce de pleno derecho, sin necesidad de que una autoridad así lo declare, siempre que la nulidad esté conminada por la ley. Sin embargo, la Ley de Contrataciones Públicas establece como requisito la declaración previa de la autoridad competente, que en este caso es la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.

16. ¿Qué es la responsabilidad precontractual?

Muchas veces los contratos provienen de procesos previos, en ocasiones prolongados, en que las partes invierten tiempo e incluso gastos, que hasta pueden resultar importantes, con miras a la concreción del acuerdo final.

Se plantea pues el problema de qué ocurre de existir ruptura intempestiva de las negociaciones o un accionar negligente de alguna de las partes que frustre el acuerdo final.

El Código Civil deja abiertas las puertas a que se impongan responsabilidades precontractuales, debido por ejemplo a rupturas intempestivas de las negociaciones³⁷ o al accionar culposo durante las mismas³⁸.

17. ¿Cuáles serían supuestos de responsabilidad precontractual para la Administración?

En materia administrativa la administración puede ir adoptando decisiones en forma unilateral. Así, puede modificar el pliego de bases y condiciones hasta cinco días hábiles antes de la fecha de apertura de ofertas. También puede dejar sin efecto la licitación (o cualquier proceso de contratación) recurriendo a las figuras de la “licitación desierta”³⁹ o de la “cancelación”, disponiendo la Ley de Contrataciones Públicas que en todos los casos

³⁷ Ello se desprende de los artículos 689 y 708, por ejemplo, del Código Civil.

³⁸ Artículo 289.

³⁹ Artículo 30.

de cancelación de la licitación los oferentes no tendrán derecho a reembolso de gastos ni a indemnización alguna⁴⁰.

Sin embargo, sí pueden generar responsabilidad civil la adjudicación prematura, el rechazo infundado de las ofertas, la exclusión indebida de uno o más de los oferentes, la negativa a recibir propuestas, los vicios en el pliego de bases y condiciones en el llamado, irregularidades en la admisión de las ofertas, y todo vicio que afecte cualquiera de los actos administrativos durante el procedimiento.

18. ¿Cuáles serían los supuestos de responsabilidad por comportamientos de los oferentes?

Los más habituales para comprometer la responsabilidad patrimonial de los oferentes guardan relación con vicios de la oferta, que inciden en la formación de la voluntad de la administración.

Cabe destacar que la Ley de Contrataciones Públicas autoriza al oferente al retiro de ofertas, en cualquier tiempo, hasta antes que se realice el acto de apertura⁴¹, en cuyo caso no habrá consecuentemente responsabilidad civil.

19. ¿Qué implica para la Administración incurrir en un supuesto de responsabilidad precontractual?

Trae consigo el deber de indemnizar, y resarcir al oferente los gastos y trabajos efectuados con miras a concretar el contrato frustrado.

Cabe agregar que esta reparación será mayor y en algunos casos integrales, cuando la reparación se deba a quien ya resultó adjudicatario.

20. ¿En el caso de los oferentes, cuál es la responsabilidad en caso de incurrir en un supuesto de responsabilidad extracontractual?

En una licitación pública, la no formalización del contrato dentro de los veinte días hábiles siguientes al de la notificación de la adjudicación da derecho al convocante a adjudicarlo al siguiente oferente. Ello requiere que la demora le sea imputable. La Ley de Contrataciones Públicas habla también de demoras en la Unidad Operativa de Contratación en la formalización de los contratos respectivos, o en la entrega de anticipos. Éstas prorrogarán en igual plazo la fecha de cumplimiento de las obligaciones asumidas por ambas partes⁴².

⁴⁰ Artículo 21.

⁴¹ Artículo 24.

⁴² Artículo 36.

Sin embargo, nada dice dicha ley con respecto a responsabilidades civiles por este hecho, que se producirán en su caso, en atención a los principios generales ya delineados.

Por lo general, esta responsabilidad se traduce en la pérdida de la garantía del mantenimiento de la oferta.

Ahora bien, podría librarse a criterio del juez la estimación de un monto mayor en concepto de indemnización en el supuesto que el perjuicio para la administración fuera mayor.

21. ¿Qué fórmulas contractuales permiten preservar el equilibrio en los contratos?

Se consagran en el Código Civil fórmulas amplias o abiertas como “la buena fe” (Art. 372, 1ª parte), “el ejercicio regular del derecho y la proscripción de su abuso” (Art. 372), la “equidad” (Art. 712), e incluso la “razonabilidad” (Art. 711)⁴³.

Dos figuras “amplias o abiertas” están destinadas específicamente a tutelar la preservación de equivalencia en los contratos con obligaciones recíprocas para las partes. Una, cuando la ruptura se ha producido como consecuencia de abusos en el proceso de formación (lesión, Art. 671). Y otra, para supuestos de excesiva onerosidad sobreviniente al contrato, debido a determinadas circunstancias imprevisibles y extraordinarias que se presentan durante su ejecución (imprevisión, Art. 672). Así también, las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión o condiciones generales pueden ser objeto de escrutinio e invalidación conforme al Art. 691 del Cc.

22. ¿Qué aplicación tendrían las cláusulas limitativas y exoneratorias de responsabilidad contractual?

Las cláusulas exoneratorias o limitativas de la responsabilidad contractual por incumplimiento *doloso* se consideran nulas en nuestro ordenamiento.⁴⁴ No obstante, las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad contractual por dolo o culpa de sus representantes serán válidas.⁴⁵

En los contratos negociados o paritarios, siempre y cuando no haya existido mala fe, serán válidas las cláusulas limitativas. Sin embargo, las cláusulas totalmente exoneratorias serían válidas siempre y cuando no sean consideradas como cláusulas contrarias a la moral y las buenas costumbres, tal cual se entiende en forma genérica al objeto de los actos jurídicos

⁴³ Este término de inspiración anglosajona fue incorporado en forma novedosa para el derecho latinoamericano. Al estándar de “razonabilidad” se recurre para considerar si determinadas condiciones han quedado implícitas a los contratos. Estos términos “implícitos” deben ser inferidos aplicándose el estándar de “razonabilidad”, o lo que hubiera hecho un hombre razonable en las circunstancias del contrato.

⁴⁴ Artículo 421 del Código Civil

⁴⁵ Art. 422 del C. Civil.

(art. 297 del Código Civil), o contrarias a las reglas de la buena fe (arts. 372, 714 y 715 del Código Civil).

No obstante, en los contratos “pro forma” o contratos de adhesión (artículo 20 inc. u) de la Ley 2.051) a ser suscriptos con el adjudicatario, las cláusulas de exoneración o limitación son consideradas como dispensables o pasibles de modificación judicial, según lo que dispone el art. 691 inc. a) del Código Civil.

23. ¿Cómo están conformados los contratos administrativos?

El Código Civil establece requisitos generales, como la oferta y aceptación, la licitud y determinación del objeto del contrato, etcétera⁴⁶.

En materia de contratación administrativa, según la ley integran además el contrato:⁴⁷

- a) El documento que lo contiene
- b) El Pliego de Bases y condiciones y sus anexos
- c) La oferta adjudicada
- d) Los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato

24. ¿Cómo se formalizan los contratos?

En las contrataciones directas, se formaliza mediante una orden de compra o de servicios.

En los contratos de obras y de consultoría deberá suscribirse el respectivo documento. Luego de suscripto el documento, y en el mismo acto, la contratante entregará un ejemplar a cada contratista.⁴⁸

25. ¿Cuál es el plazo de formalización del contrato y qué ocurre si no se formaliza en dicho plazo?

El contrato deberá ser formalizado dentro del plazo de 20 días hábiles siguientes a la notificación de la adjudicación.

Si el adjudicado no firma el contrato en dicho plazo, la convocante podrá, sin necesidad de un nuevo procedimiento, adjudicar el contrato al oferente que haya presentado la siguiente oferta solvente con el precio más bajo, y así sucesivamente.⁴⁹

⁴⁶ Artículos 673, siguientes y concordantes.

⁴⁷ Artículo 76 Decreto 21909

⁴⁸ Artículo 76 y 77 Ley Decreto 21909

⁴⁹ Artículo 36 Ley 2051

La falta de firma podrá generar responsabilidad civil para el oferente, de haberse ocasionado un daño a la administración, conforme a los principios generales ya expuestos.

26. ¿Quiénes suscriben los contratos?

Los contratos serán suscriptos por la autoridad administrativa que cuente con las atribuciones para ello, conforme a las respectivas normas de la contratante; y por el Oferente adjudicado o su representante debidamente autorizado para ello.⁵⁰

La falta de autorización puede generar responsabilidades administrativas de los funcionarios públicos que han suscripto en representación de la contratante y responsabilidades civiles de los representantes legales que han suscripto el contrato en representación del Oferente.

27. ¿Cómo se computan los plazos de duración y de prórroga de los contratos?

Se computan en días corridos desde el día siguiente de suscripción o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en el Pliego de Bases y condiciones o en el propio contrato.⁵¹

28. ¿Cuáles serían las garantías exigidas al oferente, proveedores y contratistas?

Las garantías exigidas son las siguientes:

- a) Mantenimiento de la oferta: Dicha garantía se otorgará por el equivalente de entre el tres y el cinco por ciento del monto total de la oferta.
- b) Uso adecuado del anticipo abonado: Esta garantía deberá constituirse por cien por ciento del monto del anticipo a ser abonado por la contratante; y podrá ser realizada a través de una garantía bancaria o póliza de seguros. Se puede ajustar anualmente por el saldo adeudado.
- c) Cumplimiento de Contrato: Esta garantía deberá oscilar de entre el cinco y el diez por ciento del monto total del contrato; y podrá ser realizada a través de una garantía bancaria o póliza de seguros.
- d) Fondo de Reparos: Esta garantía es exigida en los contratos de obra pública. Se constituye deduciendo el 5% sobre el monto de cada pago al contratista. Podrá ser sustituido por una póliza de seguros a satisfacción de la Contratante.

El pliego de bases y condiciones determinará las condiciones que debe reunir la garantía.⁵²

⁵⁰ Artículo 77 Decreto 21909

⁵¹ Artículo 78 Decreto 21909

⁵² Artículo 39 Ley 2051 y Artículo 81 Decreto 21909

La falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales del proveedor o contratista da derecho a la Convocante a ejecutar las garantías constituidas, en virtud a lo previsto en el artículo 55 inc. e) de la Ley 2051. Y por otra parte, la falta de constitución y entrega oportuna de las garantías es causal de rescisión del contrato por culpa del proveedor o contratista,⁵³ en cuyo caso la Convocante podrá adjudicar el contrato al oferente que haya presentado la siguiente oferta más solvente con el precio más bajo⁵⁴. Esto es, sin perjuicio de que la convocante pueda reclamar judicialmente a los proveedores y contratistas por los daños y perjuicios sufridos debido al incumplimiento contractual.

29. ¿Cuál es la moneda de pago utilizada en las licitaciones públicas?

La regla general en materia de obligaciones contractuales civiles es que las mismas deben ser cumplidas y son exigibles en la moneda pactada.⁵⁵ Sin embargo, existen peculiaridades en el orden administrativo, tal como se contempla en la Ley de Contrataciones Públicas, de que las bases o pliegos de requisitos de la licitación pública deberán indicar la moneda en que se cotizará y la moneda de pago. Los bienes y servicios proveídos por proveedores y contratistas nacionales serán ofertados y pagados en moneda nacional, y en los del exterior podrá aceptarse en moneda extranjera.⁵⁶

30. ¿Qué aplicación tendría la Mora Automática?

El Código Civil establece como regla la mora automática⁵⁷. Consecuentemente, en principio, y salvo que la ley disponga específicamente lo contrario para casos especiales, no hace falta interpelar o hacer algún requerimiento especial al deudor incumplidor para dejarlo en mora.

31. ¿En qué consiste el requisito de la Declaratoria de Integridad?

Los oferentes, proveedores y contratistas deberán presentar una “Declaratoria de Integridad” en la que manifiesten los oferentes por sí mismos o a través de interpósita persona, se abstendrán de adoptar conductas orientadas a que los funcionarios o empleados de la Convocante induzcan o alteren las evaluaciones de las propuestas, el resultado del procedimiento u otros aspectos que les otorguen condiciones más ventajosas con relación a los demás participantes.⁵⁸

Las responsabilidades civiles que podrían emerger aquí serían las que correspondan a los proveedores y contratistas que incumplan con la “Declaratoria de Integridad”, ya que esto genera la posibilidad que la Convocante rescinda el contrato por culpa de los mismos en

⁵³ Artículo 39 Ley 2051

⁵⁴ Artículo 36 Ley 2051

⁵⁵ Ley 434/94.

⁵⁶ Artículo 20 inc. e) Ley 2051

⁵⁷ Artículo 424 Código Civil

⁵⁸ Artículo 20 inc. w) Ley 2051

virtud de lo previsto en el artículo 59 inc. e) de la Ley que establece como una de las causales el “fraude o colusión debidamente comprobado del proveedor o contratista desde la adjudicación hasta la finalización del contrato”; y también podría reclamar los daños y perjuicios causados por haberlos adjudicado indebidamente. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales por las conductas indebidas de los funcionarios públicos mencionados.

32. ¿Es necesaria la descripción y especificaciones de los bienes, servicios y obras públicas en las bases o pliegos de requisitos, así como los plazos de entrega?

Sí, es necesaria la descripción completa de los bienes, servicios y obras públicas, o indicación de los sistemas empleados para la identificación de los mismos, información específica que se requiera respecto al mantenimiento, asistencia técnica y capacitación, relación de refacciones que deberán cotizarse cuando sean parte integrante del contrato, aplicación de normas técnicas, referidas preferentemente a parámetros internacionales, dibujos, planos, cantidades, muestras y pruebas que se realizarán, así como método para ejecutarlas.⁵⁹

Así también deben establecerse el plazo y las condiciones de entrega de los bienes, servicios y obras públicas.⁶⁰

Una descripción indebida o incorrecta o confusa de los bienes o servicios, o de los plazos de entrega, generaría responsabilidades civiles para la Convocante ya que esta situación podría haber favorecido a algún oferente. Es por ello que, previendo esta situación la Ley de Contrataciones Públicas⁶¹, dispone que las especificaciones técnicas, plazos, tolerancias, porcentaje u otras disposiciones de similar naturaleza que deban contener las bases o pliegos se establecerán con la mayor amplitud de acuerdo con la naturaleza específica del contrato, con el objeto que concurra el mayor número de oferentes, sin embargo deberán ser lo suficientemente claras, objetivas e imparciales para evitar favorecer indebidamente a algún participante.

33. ¿Qué ocurre en los casos de errores u omisiones de buena fe del oferente?

En materia civil, el Código⁶² establece que no será válida la declaración de voluntad cuando el “error” recayere en cualquier circunstancia que, de buena fe, pudo considerar el agente como elemento necesario del acto celebrado.

Sin embargo, en materia administrativa, la Ley de Contrataciones públicas no invalida las ofertas por causa del “error de buena fe”, ya que dispone que los defectos de forma o no sustanciales y los errores de cálculo en las propuestas podrán ser subsanadas en los

⁵⁹ Artículo 20 inc. h) Ley 2051

⁶⁰ Artículo 20 inc. j) Ley 2051

⁶¹ Artículo 20 penúltimo párrafo Ley 2051

⁶² Artículo 286 Código Civil

términos que se establezcan en el reglamento, siempre y cuando no impliquen la modificación de los precios unitarios, por lo que no serán suficientes para descalificar la propuesta de un participante, siempre y cuando se deban a errores u omisiones de buena fe y no se pretenda confundir a los evaluadores.⁶³

34. ¿Qué derechos tiene el Contratante?

En el orden civil, las partes pueden modificar o suspender el contrato pero en virtud de un nuevo acuerdo entre las mismas. Sin embargo, en el orden administrativo, el Contratante (Estado) por razones de interés público, puede realizar estos actos en forma unilateral, en virtud de las así llamada “cláusulas exorbitantes” derivadas del ejercicio del poder público.

Tal es así que en la Ley de Contrataciones Públicas se prevé que el Contratante tiene derecho a:

- a) Ejecutar los contratos en sus términos y condiciones, y en su caso, exigir su cumplimiento forzoso
- b) Modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público
- c) Suspender o rescindir el contrato por razones de interés público
- d) Declarar la resolución o rescisión del contrato
- e) Imponer las sanciones previstas en los contratos y a ejecutar las garantías.⁶⁴

35. ¿Qué derechos tienen los proveedores y contratistas?

Los proveedores y contratistas tienen derecho a la plena ejecución de lo pactado, salvo los supuestos de rescisión, resolución y modificación unilateral del contrato. También tienen derecho al reajuste de precios para compensar las variaciones sustanciales sufridas en la estructura de costos de los contratos; y tienen derecho a que se le reconozcan los intereses financieros, en caso que los contratantes incurran en mora en el pago.⁶⁵

Los proveedores o contratistas podrán recurrir las decisiones adoptadas por la Contratante, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y opcionalmente podrán plantear la reconsideración administrativa dentro del plazo de 10 días corridos. La interposición de la reconsideración suspende el plazo para interponer la demanda contencioso-administrativa.⁶⁶

36. ¿En qué casos corresponden las indemnizaciones contractuales?

⁶³ Artículo 26 párrafo tercero Ley 2051

⁶⁴ Artículo 55 Ley 2051

⁶⁵ Artículo 56 Ley 2051

⁶⁶ Artículo 82 Decreto 21909

En todos los casos de contratos onerosos que no se cumplan corresponderá el resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias⁶⁷.

37. ¿Qué penalidades son aplicables a los atrasos en la entrega de los bienes, servicios o ejecución de obras?

Las bases o pliegos de requisitos de la licitación pública deberán prever las penalidades convencionales por atraso en la entrega de bienes, en la prestación de servicios y en la ejecución de obras.⁶⁸

De conformidad al artículo 454 del Código Civil se pueden prever cláusulas penales en los contratos por causa de incumplimiento total o parcial, o retardo. Esta penalidad sustituye la indemnización por los daños e intereses respectivos, no es necesario demostrar el perjuicio y el deudor no podrá eximirse si no lo hubo. El juez puede reducir la penalidad si la considera manifiestamente excesiva⁶⁹.

38. ¿Es posible la modificación unilateral, suspensión o rescisión de los contratos públicos?

Los contratantes pueden modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito. Es más, los contratantes también pueden suspender o rescindir el contrato por razones de interés público.

Además, tienen derecho a declarar la resolución y rescisión del contrato y a determinar los efectos procedentes en cada caso.⁷⁰

39. ¿Cuáles son los efectos de los contratos respecto a terceros?

En contrapartida al ámbito del derecho privado en el cual los contratos son ley sólo para las partes, conforme lo establece el principio *res inter alios acta*, en el área del derecho público los efectos pueden oponerse a terceros que no son partes. Se da por ejemplo en el caso de las concesiones de obras públicas, en el cual el concesionario puede exigir a ciertos terceros el pago proporcional de la obra. Igualmente, terceros pueden invocar el contrato administrativo por ejemplo en la concesión de servicio público, en el cual pueden exigir que el concesionario preste el servicio de acuerdo a lo pactado.

40. ¿En qué casos procede la subcontratación?

⁶⁷ Artículo 451

⁶⁸ Artículo 20 inc. t) Ley 2051

⁶⁹ Artículo 459.

⁷⁰ Artículo 55 incisos b), c) y d) Ley 2051

Los proveedores y contratistas sólo podrán concertar con terceros la ejecución parcial del contrato cuando éstos tengan capacidad para contratar y no estén comprendidos en alguna de las causales de prohibición del artículo 40 de la Ley.⁷¹ Y además, se exige que las prestaciones parciales del contratista que subcontrate no excedan del 60% de las prestaciones derivadas del contrato original.⁷²

No obstante, para realizar la subcontratación los proveedores y contratistas deberán estar autorizados por la Contratante en el pliego de bases y condiciones.

En estos casos, la responsabilidad civil frente al subcontratado corresponderá al contratista y no a la administración. Inversamente, frente a la administración responderá siempre el contratista principal y no el subcontratista.

En cualquier caso de subcontratación, cesión de hecho o de derecho o delegación, serán siempre solidarias las obligaciones subcontratadas, cedidas o delegadas.

41. ¿Es posible la cesión del contrato?

Los derechos y obligaciones que se deriven de los contratos no podrán cederse en forma parcial ni total en favor de cualquier otra persona o entidad, con excepción de los derechos de cobro, en cuyo caso se deberá contar con el consentimiento de la Contratante.⁷³

Esta figura de la cesión de los derechos de cobro, es denominada “cesión de créditos” en el Código Civil⁷⁴, la cual no requiere el consentimiento del deudor, sin embargo, en el orden administrativo, como hemos visto, la cesión de los derechos de cobro sí requiere la autorización de la Contratante.

42. ¿Qué puede hacer el proveedor o contratista en caso que la Administración no cumpliera con sus obligaciones derivadas del contrato?

El deudor tiene básicamente dos remedios en caso de incumplimiento de la Administración.

En caso que la Contratante incumpla, pero no obstante ello exija el cumplimiento por parte del contratista o proveedor, éste puede oponer la defensa de la *exceptio non adimpleti contractu*, prevista en el artículo 719 del Código Civil, para justificar su incumplimiento en el hecho que la administración misma ha incumplido antes. Asimismo, conforme al art. 60 de la Ley 2.051/03.

⁷¹ Artículo 38 Ley 2051

⁷² Artículo 79 Decreto 21909

⁷³ Artículo 38 Ley 2051

⁷⁴ Artículo 524 Código Civil

En segundo lugar, el contratista o proveedor tiene la facultad de exigir el cumplimiento forzoso de las obligaciones, o directamente, exigir judicialmente el pago de daños y perjuicios.

43. ¿Cuál es el régimen aplicable a las obras públicas?

Las contrataciones de obras públicas se rigen por la Ley 2051 de Contrataciones Públicas y sus reglamentaciones, y también por la Ley 1533/2000 pero única y exclusivamente en los términos referidos a la ejecución y fiscalización de las obras públicas.⁷⁵

44. ¿Cuál es el procedimiento aplicable a la adquisición de bienes inmuebles?

El procedimiento de adquisición de inmuebles se someterá al previsto en la Ley 2051 de Contrataciones Públicas, salvo que por razones técnicas o de interés social sea el único idóneo para la satisfacción del fin público, y en ese caso la Contratante puede prescindir del procedimiento de licitación pública y recomendar la declaratoria de “utilidad pública o de interés social” para que se inicie el proceso de “expropiación”.⁷⁶

De acuerdo a la Constitución Nacional⁷⁷, nadie puede ser privado de su propiedad privada sino en virtud de una sentencia judicial, pero se admite la “expropiación” por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por una Ley.

El expropiado tiene derecho a una justa indemnización que será establecida convencionalmente o por sentencia judicial, salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria.

45. ¿Cuál es el procedimiento aplicable a la locación de bienes inmuebles?

Los procesos de contratación de locación de inmuebles en los que el Estado Paraguayo sea locatario, y en los que el canon mensual excediera el valor de mil jornales mínimos, se sujetarán al procedimiento de licitación pública, y aquellos cuyo canon mensual sea inferior a la cuantía antes referida, se someterán a las disposiciones de la adjudicación directa.⁷⁸

46. ¿Cuáles son las condiciones para los contratos de locación con el Estado?

Los contratos de locación pueden darse por terminados, por decisión unilateral del Estado, sin derecho a indemnización o reclamo alguno por parte del locador, con la sola condición que se le notifique con treinta días calendario de anticipación.⁷⁹

⁷⁵ Artículo 42 Ley 2051

⁷⁶ Artículo 43 Ley 2051

⁷⁷ Artículo 109 Constitución Nacional

⁷⁸ Artículo 44 Ley 2051

⁷⁹ Artículo 45 Ley 2051

En los contratos de locación cuyo plazo sea superior a un año se podrá prever el reajuste del canon, el cual no podrá ser superior a la variación del IPC para costos de la vivienda publicado por el BCP. En cuanto a la renovación de los contratos, según la Ley de Contrataciones Públicas, sólo podrán realizarse por dos periodos consecutivos.⁸⁰

Como podemos observar, a diferencia del derecho privado, todas estas condiciones del contrato de locación son producto del acuerdo entre las partes en virtud de un contrato, sin embargo, en el orden administrativo ya se encuentran predeterminadas o impuestas por la Ley, sin que el locador tenga la oportunidad de acordar con la Contratante algo distinto.

47. ¿Cuál es el procedimiento aplicable a la locación de bienes muebles?

El procedimiento aplicable es el previsto en la Ley de Contrataciones públicas, atendiendo al monto de contratación establecidos en la Ley.

También es posible la contratación de “leasing”, previo estudio de factibilidad por las Unidades Operativas de Contratación.⁸¹ Serán aplicables a estas modalidades de contratación las disposiciones de la Ley N° 1295/98 “De locación, arrendamiento o leasing financiero y mercantil” que no se opongan a la Ley N° 2051/2003 de Contrataciones Públicas.⁸²

En este punto, nos encontramos ante la posibilidad de interpretaciones erradas o confusas al momento de la aplicación de la Ley del Leasing, frente a la Ley de Contrataciones Públicas, debido a que existen ciertas particularidades de esta figura que son propias del derecho privado y que deberán ser analizadas antes de ser aplicadas. A modo de ejemplo citamos: la irrevocabilidad del contrato de leasing financiero (art. 11), la obligación de reparar los daños causados a terceros (art. 46), la rescisión del contrato por una de las partes (art. 52), entre otros. Dadas las particularidades propias de la contratación con la administración, estas normas serán de dudosa aplicación.

48. ¿Cuál es el alcance de la contratación de servicios de terceros?

Esta contratación no originará relación de empleo público, entre la entidad contratante y el proveedor.⁸³ Al no tener ese tratamiento, entendemos que la relación no se rige por la Ley de la Función Pública, sino por las normas del Código Civil por tratarse de un contrato de prestación de servicios y por la Ley de Contrataciones Públicas.

49. ¿Qué se entiende por “contratos de consultoría”?

⁸⁰ Artículos 45 al 47 Ley 2051

⁸¹ Artículo 48 Ley 2051

⁸² Artículo 88 Decreto 21909

⁸³ Artículo 52 Ley 2051

Son aquellos contratos que tengan por objeto:

- a) realizar estudios, planes, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico, financiero, ambiental o social
- b) asesoramiento en materia de políticas, reformas institucionales, identificación, preparación y ejecución de proyectos y otros
- c) servicios de dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones e implementación de proyectos computacionales
- d) toma de datos, investigación y otros
- e) cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual.⁸⁴

50. ¿Cuáles son las garantías exigidas a los contratos de consultoría?

Los contratos de consultoría no requieren garantía de mantenimiento de oferta, ni de cumplimiento de contrato, pero sí un seguro de responsabilidad profesional. También deben contener cláusulas de prohibición de reemplazo del personal técnico clave ofrecido en la propuesta.⁸⁵

51. ¿Cuáles son las responsabilidades civiles del contratista de obras?

El contratista de obras será responsable por las deficiencias o variaciones comprobadas en la calidad de los materiales o en la obra, según las especificaciones técnicas de la obra y por los daños a la administración licitante o a terceros; sin perjuicio de las sanciones administrativas que le correspondan.⁸⁶

52. ¿En qué consisten los gastos improductivos?

Los gastos improductivos son los actos o hechos ajenos al contratista que por causas de fuerza mayor, que perturben el ritmo de ejecución de la obra, con demoras o paralizaciones ya sean totales o parciales, traen un desequilibrio en el contrato. Los gastos improductivos a su vez pueden ser directos o indirectos. Los gastos directos crecen proporcionalmente con el adelanto de los trabajos y los indirectos no aumentan en proporción al adelanto de la obra.

53. ¿Cuáles son las responsabilidades civiles y penales del contratista consultor?

El contratista consultor responderá por las deficiencias o errores comprobados en los estudios y proyectos y fiscalización que como consecuencia signifiquen mayores costos de

⁸⁴ Artículo 90 Ley 2051

⁸⁵ Artículo 53 Ley 2051

⁸⁶ Ley 1533/00 de Obras Públicas, artículo 41, inc. b)

las obras y daños a la administración licitante o a terceros; sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan.⁸⁷

54. ¿Cuáles son las causas de terminación de los contratos?

Los contratos terminarán por:

- a) Cumplimiento de las obligaciones contractuales
- b) Mutuo acuerdo entre las partes
- c) Sentencia ejecutoriada de la autoridad jurisdiccional, que declare la nulidad, resolución o rescisión del contrato
- d) Por decisión unilateral de la Contratante, en caso de incumplimiento del proveedor o contratista
- e) Por muerte del proveedor o contratista
- f) Por disolución de la persona jurídica, siempre que no se origine por decisión interna voluntaria de sus órganos competentes. Antes de que la autoridad correspondiente declare la disolución deberá pedir informe a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas. sobre los contratos pendientes con la Administración, y si existieran, se informará a la Procuraduría General de la República para que adopte las acciones conducentes a proteger y defender los intereses públicos.⁸⁸

En el caso de los incisos c), d) y f) existe la posibilidad de que la Contratante pueda reclamar judicialmente los daños y perjuicios sufridos por las causas mencionadas en dichos incisos.

55. ¿En qué casos procede la terminación por Mutuo Acuerdo?

La terminación por mutuo acuerdo procederá cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses públicos, ejecutar total o parcialmente el contrato.

La extinción de las obligaciones contractuales por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos a favor del contratante o del proveedor o contratista.⁸⁹

Cuando se concluye por mutuo acuerdo no se puede celebrar el contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo sujeto.

⁸⁷ Ley 1533/00 de Obras Públicas, artículo 41, inc. b)

⁸⁸ Artículo 57 Ley 2051

⁸⁹ Artículo 58 Ley 2051

56. ¿Cuándo podrá la Administración disponer la rescisión del contrato?

La Administración podrá disponer la rescisión del contrato si mediaren causales imputables al contratista. Las causas para declarar la rescisión del contrato son: incumplimiento del proveedor o contratista, quiebra o insolvencia, cuando el valor de las multas supera el monto de la garantía de cumplimiento del contrato, por suspensión de los trabajos por más de 60 días sin que medie caso fortuito o fuerza mayor, por fraude o colusión debidamente comprobado, por haberse celebrado un contrato con expresa prohibición de la Ley y por los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza.⁹⁰

57. ¿Cuál es el procedimiento aplicable a la rescisión de los contratos por parte de la Administración?

La Contratante iniciará el procedimiento de rescisión dentro de los 15 días calendario, siguientes al día en que se hubiere agotado el plazo límite de aplicación de las penas convencionales. El proveedor o contratista es comunicado por escrito del incumplimiento para que en el plazo de 10 días hábiles presente su defensa y las pruebas que estime pertinentes. Luego de transcurrido el plazo la contratante resolverá considerando los argumentos y pruebas presentadas y deberá comunicar por escrito al proveedor o contratista.⁹¹

58. ¿Cuáles son los efectos de la rescisión por la Administración, por causas imputables al Contratista?

- a) El Contratista debe responder ante la Administración por los perjuicios ocasionados en virtud del nuevo contrato que se verá forzado a celebrar para concluir las obras.
- b) El Contratista responde por los probables mayores precios que tenga que pagar la Administración por la nueva contratación.
- c) El Contratista perderá la fianza.
- d) La Administración podrá tomar si lo considerase conveniente y previa valuación, los equipos y materiales para continuar la obra. La Administración puede disponer de los equipos por un tiempo razonable para continuar los trabajos.
- e) Los créditos que resulten a favor del contratista por materiales, certificación de obras realizadas, por fondo de reparo aguardarán la liquidación final.
- f) En el supuesto que luego de la rescisión del contrato por causa imputable al contratista la Administración variase el proyecto original, la rescisión tendrá como

⁹⁰ Artículo 59 Ley 2051

⁹¹ Artículo 59 Ley 2051

efecto sólo la pérdida de la garantía correspondiente y serán liquidados los trabajos realizados hasta la fecha de cesación de ellos.⁹²

59. ¿Cuáles son los efectos de la rescisión por falta de acuerdo para renegociar el contrato?

En estos supuestos, cuando operan causas de distorsión de las condiciones contractuales y no es posible la renegociación, se procede a rescindir el contrato, previa devolución de los depósitos de garantía y fianza. Aquí, si bien la rescisión es dispuesta por la Administración Pública, no se interpreta como causa imputable al contratista.

60. ¿Cuándo se halla el contratista facultado a rescindir el contrato?

El Contratista se halla facultado a rescindir el contrato por causas imputables a la Administración, en los casos siguientes:

- a) Incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de 60 días calendario
- b) Suspensión de los trabajos por más de 60 días calendario dispuesta por la Contratante, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.
- c) Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables y no se hubiesen solucionado los defectos dentro de los 60 días calendario siguientes a aquél en que el proveedor o contratista lo hubiere hecho del conocimiento de la contratante.
- d) Modificaciones y errores que alteran el proyecto
- e) Retardo en los pagos
- f) Impedimentos para el inicio de los trabajos

61. ¿Cuáles son los efectos de la rescisión del Contratista, por causas imputables a la Administración?

- a) Liquidación a su favor del monto de los equipos, herramientas, útiles y demás materiales para la obra que éste desee dejar en la obra.
- b) Liquidación del precio de los materiales acopiados y contratados.
- c) Transferencia de los subcontratos para ejecución de obras o servicios a favor de la Administración.
- d) Recepción provisional de los trabajos ejecutados.
- e) Liquidación de gastos improductivos que probare haber tenido el contratista por causa de la rescisión. El lucro cesante no se comprende dentro del material a ser reparado.

62. ¿Cómo puede declararse la Nulidad del contrato?

⁹² Ver Ver Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pg. 404

El Código Civil establece que la nulidad se produce de pleno derecho, sin necesidad de que una autoridad así lo declare. Sin embargo, en la Ley de Contrataciones Públicas se establece como causal de terminación del contrato, la nulidad del contrato en virtud de una sentencia ejecutoriada de la autoridad judicial competente.⁹³

63. ¿Cuándo se produce la terminación del contrato sin responsabilidad civil?

La terminación del contrato sin responsabilidad civil se produce por ejecución cabal de las obligaciones contractuales o cuando así se hubiera convenido de mutuo acuerdo.

64. ¿En qué casos procede el reajuste de precios?

El reajuste de precios procede cuando se encuentre previsto en el contrato o cuando durante su ejecución exista una variación sustancial de precios en la economía nacional y esta se vea reflejada en el índice de Precios al Consumidor (IPC), en un valor igual o mayor al 15% sobre la inflación oficial esperada para el mismo periodo.⁹⁴

65. ¿Puede el contratista pedir la resolución del contrato por culpa de la Administración?

Si, en los supuestos previstos en las cláusulas del contrato respectivo y de las leyes aplicables. La rescisión en este caso resulta también en una sanción, ya que se ocasiona por incumplimientos de la Administración. La resolución que se produce a pedido del contratista dará lugar cuando corresponda, al pago de daños y perjuicios conforme a los principios ya enunciados.

66. En caso que la Administración rescindiera el contrato por motivos de su competencia, ¿tiene el contratista derecho a ser indemnizado?

Si, por los daños y perjuicios que resulten de la rescisión del contrato.

67. ¿Existen factores que eximen al contratista de responsabilidad en caso de inejecución del contrato?

Sí, los casos pueden ser clasificados en supuestos de “fuerza mayor” y “hecho de la Administración Pública”. Para ser clasificado como de fuerza mayor y liberar al obligado el hecho debe ser:

- a) Exterior-ajeno a la voluntad del obligado
- b) Imprevisible
- c) Inevitable

⁹³ Artículo 57 inc. c) Ley 2051

⁹⁴ Artículo 61 Ley 2051

d) Actual

Las modalidades de fuerza mayor en el ámbito del derecho administrativo son: 1) la insuperable por el contratista y, 2) la que sin ser insuperable rompe definitivamente el equilibrio del contrato y por tanto autoriza a solicitar su resolución.

68. ¿Cuál es el efecto de la fuerza mayor?

Básicamente, liberar de responsabilidad al obligado. Se admite que ambas partes, el contratista y la Administración, se escuden en la fuerza mayor para eximirse de responsabilidad.

69. El hecho de la Administración, para eximir de responsabilidad al co-contratante, ¿cómo debe configurarse?

Para liberar de responsabilidad al co-contratante, el hecho de la administración debe constituir una razonable imposibilidad de cumplir las obligaciones emergentes del contrato. Debe ser una imposibilidad que no pueda ser superada por el contratista con posterioridad a un esfuerzo diligente.

70. ¿Cómo se aplica la teoría de la imprevisión en el ámbito de los contratos administrativos?

Cuando acaecen acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, posteriores y sobrevinientes a la celebración de un contrato administrativo que alteran la fórmula económica financiera en perjuicio del contratista, el Estado debe asistirlo para que pueda cumplir el contrato. La imprevisión, si bien no imposibilita la ejecución del contrato, altera el balance del contrato y acrecienta las cargas del contratista.

A falta de acuerdo entre partes, la determinación del estado de la imprevisión como monto de la indemnización debe ser resuelta por la autoridad judicial.

Otra vía aplicable a la imprevisión es el procedimiento de renegociación, siempre y cuando el mismo esté previsto en el contrato.

71. ¿Qué formas pueden revestir las sanciones?

Pueden ser: pecuniarias, coercitivas y rescisorias⁹⁵. Las pecuniarias pueden ser fijas y predeterminadas y pueden aparecer ya sea como cláusula penal o multa. Estas están establecidas por las partes en el contrato o un documento complementario o por normas administrativas. Este tipo de sanciones considera la conducta que trasgrede a lo pactado

⁹⁵ Ver Dromi, *op.cit.*, pgs. 352-353

contractualmente, aunque dicha trasgresión no se traduzca en un perjuicio para la Administración.

Los daños y perjuicios están ligados a la idea de reparación, y son impuestos sólo en caso que exista un perjuicio efectivo para la Administración.

Las sanciones coercitivas tienen como objetivo el inmediato cumplimiento de las prestaciones acordadas por el Contratista.

Las sanciones rescisorias son las más graves y conducen a la disolución del contrato administrativo. Son aplicables únicamente ante faltas muy graves y como última opción de la Administración.

En algunos supuestos la rescisión es pura y simple y el contratante queda liberado de las consecuencias. La Administración procede a la liquidación de las prestaciones conforme a las reglas vigentes y a la imposición de sanciones pecuniarias por retardos que hubieren existido y los daños y perjuicios que le hubieran ocasionado. Ahora bien, en otros supuestos la rescisión supone consecuencias onerosas que deriven de la formalización de un nuevo contrato. Este efecto sin embargo debe estar estipulado en el contrato o provenir de normas que rijan la contratación administrativa en general, o el tipo de contrato de que se trate.

72. ¿Existen supuestos en los cuales el incumplimiento de los plazos no resulta en incumplimiento para el contratista en particular?

El Contratista se halla obligado a la ejecución en término de las obligaciones del contrato.

El incumplimiento de plazos de ejecución que no acarrea responsabilidades al contratista deriva de:

- a) Disposiciones legislativas o administrativas que suspenden o prolongan los términos establecidos.
- b) Disposiciones convencionales de las partes.
- c) Hechos o circunstancias que justifican el incumplimiento como la imposibilidad temporal.

73. ¿Ante qué instancia judicial se demanda?

En principio, la jurisdicción competente es la de los tribunales ordinarios de la República. Se entiende por los mismos a los tribunales civiles y comerciales. Sin embargo, se ha

planteado la duda de que también pueda ser competente en estos casos en forma directa el Tribunal de Cuentas, que entiende en cuestiones contencioso-administrativa.

Ante la duda, la opinión más sensata es la que señala que cuando se trata de una cuestión puramente contractual, será competente la jurisdicción civil y comercial para entender en el asunto; pero cuando la cuestión se refiere a la aplicación de una facultad unilateral del estado o alguna “cláusula exorbitante” del poder público (por ejemplo, rescisión del contrato por la administración en forma unilateral) será competente directamente el Tribunal de Cuentas.⁹⁶

74. ¿Es posible pactar el arbitraje?

La Ley de Contrataciones Públicas habilita expresamente el arbitraje, que podrá ser pactado de antemano o convenido ulteriormente⁹⁷, para cuestiones relacionadas con la interpretación, aplicación o validez de los contratos allí regulados⁹⁸. Rige al respecto la Ley 1879 de 2002 de arbitraje, que establece un procedimiento ágil y exento de mayores formalidades. El Decreto Reglamentario (No. 21.909 de 2003) prevé que debe pactarse en el contrato la forma y métodos de designación de los árbitros y suplentes y la aplicación del derecho paraguayo en la solución de la controversia. No permite el derecho reglamentario que las diferencias sean juzgadas en base a la equidad. En cuanto al procedimiento, lo remita al Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación del Paraguay de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios.

Ello sin perjuicio de Tratados Internacionales⁹⁹. En materia de inversiones, el Paraguay es adherente del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA). Además, el país ratificó por Ley 944 de 1982 el Convenio Constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o ICSID en inglés) Washington, 1965, que contempla una instancia arbitral independiente en la cual pueda accionarse contra países que no respeten sus normas relativas a la inversión extranjera.

El Paraguay ha suscripto y ratificado, asimismo, veinte convenios bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones con Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Chile y varios otros países¹⁰⁰. Estos convenios se suscribieron masivamente en numerosos países

⁹⁶ Opinión sustentada en la prestigiosa autoridad del Prof. Villagra Maffiodo: “*todos los contratos celebrados por la Administración como persona jurídica –y no hay otros- se rigen por el Derecho común y los actos administrativos que interfieren en ellos, por el Derecho Administrativo. La jurisdicción competente es por tanto, la ordinaria para las cuestiones propias del contrato y la contencioso – administrativa par la revisión judicial de los actos administrativos* (VILLAGRA MAFFIODO, Salvador, *Principios de Derecho Administrativo*, página 216, Editorial El Foro, Asunción, 1981).

⁹⁷ Artículo 88, Ley de Contrataciones Públicas.

⁹⁸ Artículo 9, Ley de Contrataciones Públicas.

⁹⁹ Artículo 9

¹⁰⁰ Rca. Francesa (Ley No. 804/80, Artículo 12); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Ley No. 92/91, Artículo 9°; y Ley No. 798/95, Artículo 8°); República de China (Ley No. 29/92, Artículo 6°); Gobierno de los Estados Unidos de América (Ley No. 155/93, Artículo 5°); Gobierno de la Rca. de Corea

en la segunda mitad del siglo XX, sobre todo en la última década, como exigencia de los inversores extranjeros para que se lleven adelante los procesos de privatización¹⁰¹.

Cabe destacar que el Paraguay cuenta con la Ley 117 de 1991 “de Inversiones”. Ella enuncia derechos, garantías y obligaciones a las inversiones extranjeras. Si bien la ley no las caracteriza, comúnmente suele atenderse a la presencia de tres factores fundamentales: primero, la existencia de un flujo de valores o de capitales de un país a otro; segundo, la durabilidad de la inversión; y tercero, el control del emprendimiento por parte del inversionista extranjero. También dicha ley prevé la instancia arbitral¹⁰².

75. ¿Cuáles son las condiciones para la realización de convenios modificatorios en obras públicas?

La Administración puede celebrar con el mismo contratista, convenios modificatorios, sin necesidad de licitación, pero con el informe previo favorable de la Auditoría General correspondiente.¹⁰³

Las condiciones para la celebración de este tipo de contratos son las siguientes:

- a) Que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra determinada debido a circunstancias imprevistas o técnicas presentadas durante su ejecución;
- b) Que se mantengan los precios unitarios del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo convenio,
- c) Que no excedan del veinte por ciento del monto del contrato originalmente pactado
- d) 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 No. 225/93, Artículos 12, 13); Reino de los Países Bajos (Ley No. 349/1994, artículo 9°); Rca. de Hungría (Ley No. 467/94, Artículos 9°, 10); Rca. Federal de Alemania (Ley No. 612/95, Artículos 10, 11); Rca. de Austria (Ley No. 1180/97, Artículos 8°, 9°); Reino de España (Ley No. 461/94, Artículos 10, 11); Rca. del Ecuador (Ley No. 469/94, Artículos 8°, 9°); Rca. del Perú (Ley No. 468/94, Artículos 8°, 9°); Rca. de Rumania (Ley No. 527/94, Artículos 8°, 9°); Rca. de Chile (Ley No. 897/96, Artículos 8°, 9°); Rca. de Venezuela (Ley No. 1058/97, Artículos 9°, 10); Rca. de El Salvador (Ley No. 1316/98, Artículos 9°, 10); Rca. Checa (Ley No. 1472/99, Artículos 9°, 10); Rca. Portuguesa (Ley No. 1722/01, Artículos 9°, 10); Rca. de Cuba (Ley No. 1900/02, Artículos 9°, 10).

¹⁰¹ Ellos prevén frecuentemente: 1) Un tratamiento justo y equitativo para las inversiones extranjeras, no menos favorables que el proporcionado a inversiones nacionales; 2) El no menoscabo de las inversiones extranjeras por adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias; 3) La aplicación de la “cláusula de nación más favorecida”, haciéndose extensiva a las inversiones extranjeras ya radicadas en las condiciones más favorables que se vayan otorgando en lo sucesivo; 4) La expropiación será solo por causa de utilidad pública y no discriminatoria, debiendo indemnizarse de manera pronta, adecuada y efectiva; 5) El tratamiento no menos favorable que con respecto a los nacionales en caso de pérdidas originadas en guerras y otros conflictos armados o disturbios; 6) La garantía de libre repatriación de capitales, con reserva para los distintos países de la facultad para establecer gravámenes a esta actividad; y 7) La habilitación del arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

¹⁰² Artículo 9.

¹⁰³ Artículo 62 Ley 2051

76. ¿Cuáles son las condiciones para la realización de convenios modificatorios en las adquisiciones, locaciones y servicios?

Las Unidades Operativas de Contratación podrán realizar modificaciones a los contratos vigentes, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que sea realizado dentro del presupuesto aprobado y disponible, bajo su responsabilidad y por razones fundadas y explícitas.
- b) Que se produzca dentro de los 12 meses posteriores a la firma del contrato vigente
- c) Que el monto total de las modificaciones no rebase, en conjunto, el 20% del monto o cantidad de conceptos y volúmenes establecidos originalmente en los mismos
- d) Que el precio unitario de los bienes sea igual al pactado originalmente, pudiendo realizarse ajustes de precios.
- e) Que la formalización del contrato se realice por escrito
- f) Que las modificaciones no se refieran a precios, anticipos, pagos progresivos, especificaciones y, en general, cualquier cambio que implique condiciones más ventajosas que las pactadas originalmente
- g) Que el monto total no supere los umbrales fijados para el llamado a licitación pública.¹⁰⁴

**Material elaborado por el Dr. José Moreno Rodríguez
Especialista en Derecho Civil**

¹⁰⁴ Artículo 63 Ley 2051

RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

