NOTA DNCP N° 11456/22

CONSULTA JURÍDICA

REFERENCIA	
Mesa de Entrada DNCP N° 7701/22	
Solicitud:	Administración Nacional de Electricidad
Tema:	Convenio modificatorio – Articulo 62 de la Ley N° 2051/03
Dirección:	alejandra_jimenez@ande.gov.py

CUESTION PLANTEADA

Solicita opinión jurídica respecto la posibilidad de suscribir un "Convenio Modificatorio" al amparo del Art. 62 de la Ley N° 2051/03 por causas imprevistas o técnicas presentadas durante la ejecución del contrato.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

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

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

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

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

II. LEGISLACION APLICABLE

- LEY N° 2051/03 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS".

- DECRETO N° 2992/19 "POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N° 2051/03 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS".

- Res. DNCP N° 5695/2019 "POR LA CUAL SE ESTABLECE EL MECANISMO PARA LA COMUNICACIÓN Y DIFUSIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN SUS DIFERENTES ETAPAS".

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

El Ing. Esteban Molinas, Director de Contrataciones Públicas de la ANDE, ha formulado una consulta en los siguientes términos:

"La Unidad Operativa de Contratación (UOC) de la ANDE, en cumplimiento a lo establecido en la Ley de Contrataciones Públicas N° 2051 y el Decreto Reglamentario N° 2992 se dirige a usted con relación a un contrato – actualmente en ejecución – suscrito en virtud de un procedimiento de licitación pública internacional (ID 371212), que ha sido objeto de reclamo por parte de la respectiva firma contratista aludiendo le necesidad de restablecer el equilibrio económico financiero del mismo invocando como causa las variaciones significativas verificadas en las materias primas y en el transporte de bienes de origen extranjero (fletes) debido a circunstancias extraordinarios e imprevistas surgidas a raíz de la declaración de pandemia a nivel global.

Al respecto, se ha procedido a un estudio pormenorizado del impacto real de la variación de costos en cada etapa del cronograma de cumplimiento contractual, realizándose incluso consultas a fuentes interinstitucionales oficiales (DNA, MIC) de manera que, en el ámbito de sus competencias, puedan aportar informaciones que permitan un mejor análisis de la solicitud realizada por el Contratista.

En ese sentido, consultamos a esa Dirección Nacional acerca de la posibilidad de emisión de un Convenio Modificatorio al amparo del Art. 62 de la Ley 2051/03 por causas imprevistas o técnicas presentadas durante la ejecución del contrato, o en su defecto, el procedimiento administrativo más adecuado a ser efectuado para realizar el reajuste solicitado por el Contratista…". (Sic).

En primer término, se aclara que si bien la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas es la institución de regulación y verificación de las contrataciones que recaen en el ámbito de aplicación del artículo 1º de la Ley N° 2051/03, son las Entidades Convocantes, quienes a través de sus Unidades Operativas de Contratación, inician o realizan los procedimientos para la adquisición o locación de bienes, la contratación de servicios o para la ejecución de obras públicas allí reguladas; siendo ellas las encargadas de todo lo atinente a la planificación, convocatoria, evaluación y adjudicación de ofertas, así como de la concertación y ejecución de los contratos en sus pertinentes procesos, ajustando sus actuaciones a las prescripciones establecidas por la Ley N° 2051/03 y a las reglamentaciones complementarias, así como a las demás disposiciones de orden público que resulten aplicables a cada caso particular.

En dicho sentido, corresponde mencionar que la vía de la consulta se encuentra prevista en la legislación para orientar tanto a particulares como a instituciones públicas en cuanto a la interpretación de la legislación de contrataciones públicas y no para la resolución de controversias o supuestas irregularidades suscitadas.

Así, tras clarificar la competencia de las Entidades Convocantes importa señalar que para celebrar convenios modificatorios al amparo del Art. 62 de la Ley N° 2051/03 se debe tener cuenta que: *"En el caso de que fuere 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 Auditoria 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."

Sabido es que la norma jurídica tiene la siguiente estructura: una hipótesis y una consecuencia jurídica, y por ello se puede apreciar que el Art. 62 de la Ley N° 2051/03 señala esos elementos, definiendo como hipótesis: "*en el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una determinada obra*".

Es decir, la finalidad del Art. 62 de la Ley N° 2051/03 es la necesidad de ampliar modificar o complementar una determinada obra, circunscribiéndose la consecuencia jurídica de "suscribir convenios modificatorios" a que se cumpla la hipótesis mencionada.

En el escenario planteado es que, toda modificación que no implique la ampliación, modificación o complementación de una determinada obra no podrá realizarse en virtud del Art. 62 de la Ley N° 2051/03, en virtud del principio de legalidad que es gravitante a todo acto administrativo.

No obstante, corresponde señalar que la normativa que rige las compras públicas contempla la posibilidad de que las Entidades Contratantes modifiquen unilateralmente el contrato cuando existan razones de interés público que deban ser precautelados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 55 inciso b) de la Ley 2051/03.

En atención a ello, resulta pertinente traer a colación el artículo 57 de la Res. DNCP N° 5695/19, a través de la cual "SE DETERMINAN CRITERIOS PARA CONVENIOS MODIFICATORIOS Y REAJUSTES DE PRECIOS ADJUDICADOS", y que a continuación se expone:

Artículo 24° El Dictamen que justifique la modificación contractual al amparo del Artículo 55 Inciso b) de la Ley N° 2051/03, deberá cumplir necesariamente con los siguientes requisitos:

a) Exposición acabada y circunstanciada de los motivos que justifican la modificación.

b) Una explicación clara que sustente de qué forma se encuentra comprometido el interés público.

c) Las razones por las cuales dichas circunstancias no pudieron ser previstas al tiempo de la programación del llamado que derivó en el contrato a ser modificado.

d) Una explicación clara de los motivos por los cuales:

i. La aplicación de un procedimiento ordinario o excepcional no resulta conveniente para la satisfacción de las necesidades que originan la contratación,

ii. No existiría violación a los principios previstos en el Artículo 4 de la Ley N° 2051/03, y

iii. No se alteran, de manera sustancial, la naturaleza ni la finalidad del contrato.

Por tanto, se recuerda a la Entidad Contratante que goza de las prerrogativas contenidas en el Art. 55° de la Ley 2051/03 y su disposiciones complementarias, debiendo orientar su proceder, en todos los casos, conforme a los requisitos y recaudos determinados en la normativa, en virtud de lo establecido en la Ley N°2051/03 y concordantes, motivando su actuar en los principios básicos de las contrataciones públicas.

Es así que las Contratantes, cuando existan intereses de orden público que deban ser precautelados, deberán exponer las razones imperantes que sustentan la modificación unilateral del contrato, ajustándose a los requisitos anteriormente señalados y a los principios cardinales que rigen las compras públicas.

IV. CONCLUSIONES/ RECOMENDACIONES:

1. Las modificaciones en virtud al artículo 62 de Ley N° 2051/03, solo podrán versar sobre la modificación, ampliación o complementación de obras, no pudiendo ser utilizada para otras modificaciones ajenas a lo mencionado.
2. La normativa que rige las compras públicas contempla la posibilidad de que las Entidades Contratantes modifiquen unilateralmente el contrato cuando existan razones de interés público que deban ser precautelados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 55 inciso b) de la Ley N° 2051/03.
3. Por tanto, cuando existan intereses de orden público que deban ser precautelados, las Contratantes deberán exponer las razones imperantes que sustentan la modificación unilateral del contrato, de conformidad a los requisitos establecidos en el artículo 57 de la Res. DNCP N° 5695/19.

Sin otro particular, nos despedimos atentamente.

MIRNA ISABEL LOPEZ GONZALEZ
Firmado digitalmente por MIRNA ISABEL LOPEZ GONZALEZ
Fecha: 2022.11.21 09:18:50 -03'00'

Jefa del Dpto. de Consultas – DNCP

MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Firmado digitalmente por MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Fecha: 2022.11.21 14:57:25 -03'00'

Directora Gral. de Asuntos Jurídicos