Ministerio Público
República del Paraguay

DICTAMEN D.A.J. N° 54/2020.-

Asunción, 16 de junio de 2020.

REF. Análisis sobre ampliación de vigencia del Contrato n° 49/18, suscripto con la empresa Publicitaria Nasta S.A., en el marco de la Licitación por concurso de ofertas N° 17/2018 *"Contratación de servicio de agencia de publicidad".-*

Señor
Abg. Fernando Benítez, director
Unidad Operativa de Contratación
Ministerio Público
Presente:

Me dirijo a usted, en atención a su **Memorando UOC N° 246** de fecha 10 de junio de 2020, por medio del cual se remite el proyecto de Resolución *"Por la cual se autoriza la ampliación de vigencia Contrato N° 49/2018, suscripto con la empresa Publicitaria Nasta S.A., en el marco de la Licitación por Concurso de Ofertas N° 17/2018 "Contratación de servicios de agencia de publicidad – ID N° 348.811"*, y los antecedentes del caso, para su análisis y dictamen correspondiente.-

Con respecto a dicho proyecto de resolución, esta Asesoría Jurídica entiende que la remisión de este documento, es a los efectos de que esta Dirección lleve a cabo la verificación y el control en el cumplimiento de las formalidades que hacen a las contrataciones públicas, específicamente, en lo que respecta a los Convenios Modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios y, en consecuencia, emita el dictamen respectivo.-

En ese contexto, es importante destacar que el estudio efectuado por la Dirección de Asesoría Jurídica no debe ser entendido como una autorización para la emisión de ningún acto administrativo, sino la emisión de un parecer jurídico que permita a la máxima autoridad de la institución o, en su caso, a la dependencia que realiza la consulta, tomar la decisión correspondiente, es decir, **no es vinculante sino de carácter consultivo.-**

Además, el análisis de legalidad realizado por esta dependencia tiene el propósito de verificar e identificar que el acto administrativo a ser emitido se encuentre acorde y permitido por las normativas que rigen la materia a ser resuelta, de conformidad con los alcances establecidos por el Principio de Legalidad que rige a la Administración Pública.-

Fecha de Recepción: 16/06/2020 Hora:
Recibido por: Aracely Benítez
Asistente
Ministerio Público
Firma: Hora:
Unidad Operativa de Contrataciones

Abg. Patricia Doria Argaña
Directora de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

Particularmente, en el caso concreto el estudio a ser realizado por esta Dirección consistirá en verificar, en cuanto al fondo de la cuestión, acerca de la viabilidad legal de ampliar el plazo de vigencia de la relación contractual y, en segundo término, constatar el cumplimiento de las formalidades que hacen a la emisión del acto administrativo correspondiente (Resolución).-

Una vez realizada las aclaraciones con respecto al ámbito de competencia de esta Dirección e ingresando al estudio del análisis de la documentación remitida, esta Dirección, conforme a los términos de la consulta requerida, manifiesta lo siguiente:

En cuanto al primer nivel de análisis a ser efectuado, es decir, la viabilidad de ampliar el plazo de vigencia contractual, necesariamente, se deberá acudir a los términos de lo acordado entre las partes y, en ese sentido, constatar cuál ha sido el tiempo fijado para el cumplimiento total de los compromisos asumidos, es decir, cuál es la vigencia establecida entre las partes para el cumplimiento del objetivo trazado en dicho contrato. Posteriormente, se deberá cotejar si la Ley de Contrataciones Públicas y demás reglamentaciones dispuestas por el órgano rector en la materia regulan alguna normativa con respecto al punto puesto a consideración de esta dependencia.-

No obstante, antes de seguir con el estudio propuesto, se hace de suma importancia hacer un breve recuento de los antecedentes documentales remitidos para luego examinar los términos del acuerdo entre las partes. En este sentido, se ha visto que obra entre los documentos remitidos la **Resolución F.G.E. N.° 3917 de fecha 30 de julio de 2018** *"Por la cual se adjudica el llamado a Licitación por Concurso de Ofertas n.° 17/2018 "Contratación de servicios de agencia de publicidad" Contrato abierto Plurianual".-*

Así también, se ha verificado que en fecha **27 de agosto de 2018**, el Ministerio Público y la empresa Publicitaria Nasta S.A., han suscrito el **Contrato N° 49/18**, en el marco del llamado de referencia, estableciéndose en la **cláusula numero 5 - Vigencia del Contrato**, lo siguiente: *"5.1 Este contrato tendrá vigencia a partir de la firma del contrato por ambas partes, con una duración de 24 (veinticuatro) meses".-*

Por otra parte, se observa que por **Memorando D.A. N° 594** de fecha 29 de mayo de 2020, la Dirección Administrativa, ha solicitado la ampliación de vigencia del contrato n° 49/18, suscripto con la empresa adjudicada, mencionando en dicho instrumento que el mismo cuenta con saldo para la ampliación de la vigencia.-

Abg. Patricia Doria Argaña
Directora de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

Ante esta solicitud realizada por la Dirección Administrativa, se advierte que por **Nota UOC N° 198** de fecha 01 de junio de 2020, la Unidad Operativa de Contrataciones manifestó a la empresa adjudicada la intención de ampliar la vigencia del contrato n° 49/2018, cuyo propósito se encuentra amparada en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 inciso d) de la Resolución D.N.C.P. N° 844/18.-

En atención a la solicitud efectuada por la UOC, se verifica que por nota de fecha 08 de junio de 2020, la empresa adjudicada, ha prestado su conformidad de ampliación del contrato n° 49/2018.-

Ahora bien, en cuanto al contrato suscripto entre las partes, se ha verificado que la vigencia de la relación contractual ha sido fijada hasta el 27 de agosto del 2020, razón por la cual se puede sostener que hasta la fecha la misma sigue vigente.-

Asimismo, se ha visto que la intención o voluntad de ambas partes sería la de ampliar éste tiempo de vigencia y extenderlo hasta el 31 de diciembre del 2021, ello, en atención de que aún no se ha ejecutado el monto fijado en el contrato de referencia.-

En ese orden de ideas, en cuanto a la pretensión de ambas partes de ampliar la vigencia del contrato, se debería constatar si dentro del mismo acuerdo las partes hicieron alguna referencia a la posibilidad de ampliar dicha relación contractual.-

Al respecto y viendo que en el contrato suscripto entre las partes, así como también, verificado los demás documentos que la integran, no se ha observado que exista alguna cláusula que haga referencia a la posibilidad de ampliar la vigencia contractual, esto, nos lleva a acudir a las normativas que rigen la contrataciones públicas dentro de la Administración Pública, a fin de verificar la existencia de disposiciones legales que regulan esa materia en particular.-

En ese sentido, se ha identificado que en la Ley de Contrataciones Públicas se tiene previsto, concretamente, en el Capítulo Cuarto – Modalidades de los Contratos, lo relativo a los Convenios Modificatorios que puedan surgir con posterioridad a la suscripción de los Contratos, es decir, hace alusión a los casos y condiciones que deberán cumplirse para que sea viable introducir modificaciones al acuerdo original dentro de las Contrataciones Públicas.-

Se podrá advertir que en el artículo 62 de la Ley de Contrataciones Públicas se regula lo atinente a los Convenios Modificatorios en Obras Públicas. Luego, en el artículo 63 hace referencia a los Convenios

Abg. Patricia Doria Argaña
Directora de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

Modificatorios en Adquisiciones, Locaciones y Servicios. Por tanto, se entiende que dependiendo de la naturaleza del objeto del contrato será aplicable una u otra normativa respectivamente.-

En el caso concreto, se tiene que el Contrato suscripto con la Publicitaria Nasta S.A., es un acuerdo que tiene por objeto la prestación de un servicio, motivo por el cual la normativa aplicable es la dispuesta en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones Públicas.-

Dicho con otros términos, en el caso particular, la ampliación contractual requerida, debe ceñirse a lo establecido en el artículo *63 de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas"*, así como también, a las reglamentaciones emitidas en la materia por parte de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.-

Conforme a dicha normativa, se tiene que la modificación que se pretende introducir al contrato de referencia debe necesariamente seguir pautas bien definidas por las disposiciones que rigen la materia.-

Precisamente, en cuanto a la citada normativa y para una mejor compresión de los parámetros establecidos en dicha disposición legal, se hace necesario su transcripción, el cual hace referencia a lo siguiente: *"Las Unidades Operativas de Contratación (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 mismo 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...// ... 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...//...Que prohibido realizar modificaciones contractuales que se refieran a precio, 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 en este artículo, cuando el monto total supere los umbrales para el llamado a licitación pública".-*

Como se podrá advertir del artículo de referencia, nos encontramos con varias exigencias que deberán cumplirse para poder introducir alguna modificación al acuerdo original, entre las cuales podemos destacar los siguientes requisitos:

Abg. Patricia Doria Argaña
Directora de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

a. Primero, que deberá ser dentro del presupuesto aprobado y disponible;

b. Será bajo responsabilidad de la Convocante y por razones fundadas y explícitas;

c. Cuando la modificación consista en el incremento de la cantidad de bienes solicitados originalmente, el acuerdo deberá estar vigente y esta modificación deberá realizarse **únicamente dentro de los doce meses de su suscripción.-**

d. El incremento solo será viable siempre que el monto total de las modificaciones no rebase, en su conjunto, el veinte por ciento del monto o cantidad de los conceptos y volúmenes establecidos originalmente.

Estas son algunas de las exigencias establecidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones Públicas y con las cuales se podrá arribar a una primera conclusión, la cual consiste en que las convocantes podrán introducir modificaciones a sus contratos, pero dentro del límite establecido para el efecto.-

En cuanto al primer requisito, la norma legal exige que la modificación contractual deba ser dentro del presupuesto aprobado y disponible. Obviamente, éste es un presupuesto que compete netamente al área administrativa, en especial, a la Unidad Operativa de Contratación la de verificar que dicha situación se encuentre acorde con lo dispuesto en la ley.-

Igualmente, en el caso de que la Convocante pretenda introducir modificaciones a sus acuerdos originales, esta pretensión deberá ser fundada y explícita. Con relación al requisito de que el pedido de modificación deba ser fundado, ello, se entiende que deberá ser debidamente justificado en la cuanto a las razones de hecho que motivan la necesidad de introducir modificaciones a los acuerdos originales. En lo que respecta a ser explícita, esto, se entendería que la pretensión de la justificación y razón de modificación deba ser evidente, manifiesta. Por tanto, se sugiere a la Unidad Operativa de Contratación, verificar y constatar el cumplimiento debido de dicha exigencia.-

Por otra parte, se ha visto que otra de las exigencias legales establecidos en dicha normativa, consiste en que los pedidos de modificación a los acuerdos originales deberán ser dentro de los 12 (doce) meses contados a partir de la suscripción del citado convenio.-

Sin embargo, también se ha verificado que esa condición hace referencia a los casos en que la modificación que se pretenda introducir consista en el incremento en la cantidad de bienes solicitados, es decir, que la normativa establece el límite de los 12 meses a partir de la suscripción del contrato cuando el

Abg. Patricia Doria Argaña
Directora de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

objeto de dicho acuerdo consista en la prestación de bienes, lo cual nos lleva a concluir que esa limitación no sería aplicable cuando el objeto del contrato sea la prestación de servicios.-

Justamente, ésta es la interpretación y línea seguida por el ***Decreto N.° 2992*** de fecha 09 de diciembre de 2019, ***"Por la cual se reglamenta la Ley N.° 2051/2003 "De Contrataciones Públicas" y modificatoria la Ley N.° 3439/2007"***, que en su artículo 96 ***"Convenios modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios"***, reglamenta los alcances establecidos en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones Públicas.-

En dicha disposición legal, se dispone puntualmente lo siguiente: "***La restricción de realizar convenios modificatorios dentro de los doce (12) meses posteriores a la firma del contrato, se refiere únicamente a los contratos de provisión de bienes*** *cuando se requiera el incremento de la cantidad requerida, pudiéndose realizar las demás modificaciones permitidas en la Ley, siempre que el contrato se encuentre vigente…".-*

Aplicado esto al caso particular, se ha visto que, conforme a la naturaleza del Contrato de referencia, dicha limitación no le es atribuible, esto, en razón de que el objeto del acuerdo es la prestación de servicio. Por tanto, en virtud de esta interpretación y alcance legal, esta Asesoría Jurídica considera, dentro del ámbito de su competencia, que en el caso concreto no le es exigible la limitación de los 12 (doce) meses a partir de la suscripción del Contrato para requerir la introducción de una modificación contractual, con la única salvedad de que el acuerdo se encuentre vigente, situación ésta, que se encuentra cumplida.-

Ahora bien, siguiendo con el análisis jurídico correspondiente, se tiene que los requisitos mencionados precedentemente no son los únicos presupuestos que condicionan la modificación contractual. Además de tales exigencias, existen otras cuestiones que deben tenerse en cuenta a los efectos de analizar la viabilidad de la modificación contractual pretendida, como por ejemplo el objeto de modificación.-

No debemos olvidar, que el citado artículo 63 de la Ley de Contrataciones Pública, prevé de manera puntual cuáles serán las cuestiones que no podrán ser objeto de modificación, tales como lo atinente a precios, anticipitos, pagos progresivos, especificaciones y, en general, cualquier cambio que implique otorgar condiciones más ventajosas a un proveedor comparadas con las establecidas originalmente.-

También, se ha visto que dicha casuística se encuentra regulada en el artículo 9 de la Resolución DNCP 844/18, el cual dispone, ente otras cosas, lo siguiente: *"Las modificaciones a ser introducidas a los Contratos*

Abg. Patricia Doria Argaña
Directora de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

con posterioridad a su suscripción ***se regirán por las disposiciones contenidas en los arts. 62 y 63 de la Ley 2051/03,*** *atendiendo a las siguientes regla: a)...; b)...;c)...,d)* ***Toda vez que las cantidades o montos mínimos del contrato*** no ***hayan sido ejecutados al tiempo de la vigencia originalmente pactada,*** ***la contratante podrá ampliar el plazo de vigencia como máximo el siguiente ejercicio fiscal, a fin de completar la ejecución de las cantidades mínimas o montos máximos.*** *En este caso de que proveedor o contratista no acepte la prórroga, el mismo no tendrá derecho a reclamar la ejecución de las cantidades o montos mínimos; e)...;f)...;g)* ***La extensión del plazo de vigencia deberá ser resuelta por acto administrativo de la autoridad competente e instrumentarse en una adenda que deberá ser suscrita antes del vencimiento del contrato.*** *La ampliación de la vigencia del contrato deberá mantener invariables los costos unitarios del contrato, salvo ampliación de las fórmulas de reajuste que resulten pertinentes; h)...".*

Con esta resolución, se ha podido verificar que la citada institución pública ha emitido algunos criterios de interpretación relacionados a los alcances establecidos en varias normativas que hacen a la modificación contractual y entre las cuales se encuentra, precisamente, el artículo 62 y 63 de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas".-

Justamente, en cuanto al caso puesto a consideración de esta Asesoría Jurídica, se ha confirmado que la citada resolución prevé un capítulo destinado a regular criterios generales que deberán aplicarse a todos los casos previstos en dicha resolución y en donde se establece algunos criterios relativos a la modificación al plazo de vigencia contractual y cuya casuística es el objeto de análisis en el presente caso.-

Por tanto, una vez transcripta todas estas disposiciones normativas que hacen a la modificación contractual, en especial, aquella relativa a la modificación del plazo de vigencia en los contratos abiertos, tal como es el caso en concreto, se debería pasar a analizar si el mismo cumple y si corresponde con las exigencias lagares que hagan viable dicha pretensión.-

En ese orden de ideas, se tiene que la justificación emitida por la dependencia administrativa para solicitar la modificación del plazo de vigencia contractual se basa en que el presente contrato fenece el 27 de agosto del 2020 y que hasta la fecha no se ha ejecutado el monto previsto en el citado .-

Ante la circunstancia alegada por la dependencia administrativa como justificativo para la modificación del plazo de vigencia, esta Asesoría Jurídica es del parecer que dicha casuística se ajusta a lo previsto en el artículo 9 inciso d) de la Resolución DNCP N° 844/18.-

Abg. Patricia Doria Argaña
Directora de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

Asimismo, debe entenderse de las disposiciones transcriptas que la ampliación de la vigencia del contrato en la modalidad del contrato abierto se encuentra supeditada a la ejecución de las cantidades o montos mínimos que fueran establecidos conforme al presente llamado.-

Por otra parte, también se ha visto que es un requisito legal para la viabilidad de modificación contractual la aceptación del proveedor o contratista y, en ese sentido, se ha verificado, tal como se ha reseñado más arriba, que la empresa adjudicada ha prestado su conformidad de ampliación de vigencia del contrato 49/2018.-

Así también, no debe olvidarse que toda modificación de un contrato administrativo debe respetar la sustancia del contrato y la esencia de su objeto. Una alteración que no completara tales límites, daría lugar a la conformación de un contrato diferente.-

Además, a los efectos de garantizar el fiel cumplimiento del contrato, atento la ampliación de vigencia, la empresa adjudicada deberá extender sus compromisos, debiendo a su vez la Unidad Operativa de Contratación prever los plazos ante cualquier situación que pudiera suscitarse en el marco de la ejecución del referido contrato.-

Igualmente, se tiene como exigencia legal y a los efectos de introducir una modificación contractual, que el mismo deberá ser resuelto por acto administrativo de la autoridad competente e instrumentarse en una adenda que deberá ser suscrita antes de vencimiento del contrato.-

Justamente, el requisito legal que hace alusión a la autorización que debe emitir la máxima autoridad de la institución se encuentra vinculada al segundo nivel de análisis por parte de esta Asesoría Jurídica y el cual consiste en la verificación formal de la resolución a ser emitida por la fiscal general del Estado, es decir, al control del cumplimiento formal del acto administrativo correspondiente.-

En este sentido, ingresando al estudio de legalidad en el cumplimiento de las formas del mencionado proyecto de resolución, se tiene, precisamente, en cuanto a la forma de la resolución, que la misma posee todas las partes que debe contener una resolución: el visto, los considerandos y la parte resolutiva.-

Además, lo importante es que la Resolución reúna los requisitos exigidos por los principios de "inteligibilidad" y "completividad", de manera tal de que el lector comprenda la resolución con la simple lectura, sin tener que remitirse a otros documentos para entender los motivos que fundan la misma.-

Abg. Patricia Doria Argaña
Directora de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

Asimismo, no debe olvidarse que el "Considerando" de una resolución es la parte fundamental, pues ahí se debe plasmar los argumentos de hecho y de derecho que justifican el por qué se toma tal o cual decisión. Dicho con otros términos, una Resolución debe ser coherente y, en ese sentido, debe existir una lógica entre los fundamentos (Considerando), con lo resuelto.-

Precisamente, en cuanto al sexto párrafo del "Considerando", se solicita que sea suprimida la parte en donde se hace referencia a la **Resolución DNCP n.° 3136/18**, atendiendo a que la misma ya no se encuentra vigente.-

En resumen, en virtud de la competencia de esta Dirección, la cual consiste en realizar un control en el cumplimiento de legalidad de los procedimientos que hacen a la Contrataciones Públicas en sus diferentes fases y en atención a la pretensión expuesta por la Unidad Operativa de Contratación, en el sentido de ampliar el plazo de vigencia del contrato de referencia, esto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo *63 de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas", y la Resolución DNCP N° 844/18* , se ha visto que desde un punto de vista jurídico dicha pretensión se encuentra acorde con los requisitos legales establecidos en las citadas normativas..-

Por último, no habiendo otras cuestiones que analizar, se devuelven los antecedentes del expediente administrativo, para continuar con los trámites pertinentes.-

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para saludarlo muy atentamente,

Abg. Patricia Doria Argaña
Directora de Asesoría Jurídica
Ministerio Público