Ministerio Público
Repùblica del Paraguay

Fecha: 24 / 04 / 2020 Hora:
Recibido por:
Firma:
Unidad Operativa de Contrataciones

DICTAMEN D.A.J. N°____41____/2020.

Asunción, 24 de abril de 2020.

REF.: "Análisis sobre ampliación de monto del Contrato Nº 07/19, suscrito con la empresa fúnebre "San Miguel" de Oscar Ireneo Peña Riva, en el marco del llamado de la *"Litación por Concurso de Ofertas Nº 05/19 - Contratación de servicios funerarios, contrato abierto, plurianual" - ID Nº 355.204.-*

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

Me dirijo a usted, en atención al **Memorando UOC N° 155 de fecha 20 de abril de 2020**, a través del cual se remite el proyecto de Resolución *"Por la cual se autoriza la ampliación de monto del contrato Nº 07/2019, suscripto con la empresa fúnebre "San Miguel" de Oscar Ireneo Peña Riva, en el marco de la Licitación por Concurso de Ofertas Nº 05/19 – Contratación de servicios funerarios, contrato abierto, plurianual, ID Nº 355.204"* y los antecedentes del caso, para el análisis y dictamen correspondiente.-

Con respecto al citado proyecto de resolución, esta Asesoría entiende que la remisión de dicho 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 la contratación pública 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 las materias a ser resueltas, de conformidad con los alcances establecidos por el Principio de Legalidad que rige a la Administración Pública.-

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

Por tanto, una vez realizada las aclaraciones con respecto al ámbito de competencia de la Dirección de Asesoría Jurídica e ingresando al estudio de la documentación remitida, esta dependencia conforme a los términos de la consulta requerida, manifiesta cuanto sigue:

Justamente, en atención al primer nivel de análisis a ser efectuado, necesariamente, se deberá acudir a los términos de lo acordado entre las partes y, en ese sentido, constatar **el monto adjudicado en el presente llamado**, como así también, el tiempo fijado para el cumplimiento total de los compromisos asumidos, es decir, cuál es la vigencia establecida para el cumplimiento del objetivo trazado en dicho contrato. En consecuencia, se deberá cotejar si la Ley de Contrataciones Públicas y demás reglamentaciones dispuestas por el órgano rector en la materia regulan alguna normativa respecto al punto puesto a consideración de esta dependencia.-

Abog. Jeanine Llanes
- Dirección de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

Para este efecto, resulta necesario hacer un breve recuento de los antecedentes remitidos y, en especial, examinar los términos del acuerdo suscripto entre las partes. En ese sentido, obra entre las documentaciones arrimadas la ***Resolución F.G.E. N.° 1607 de fecha 05 de abril de 2019*** *"Por la cual se adjudica la Licitación por Concurso de Ofertas Nº 05/2019 - Contratación de servicios funerarios, contrato abierto, plurianual"- ID Nº 355.204/19.-*

Así también, se ha verificado que en fecha **26 de abril de 2019**, el Ministerio Público y la Empresa fúnebre "San Miguel" de Oscar Ireneo Peña Riva, han suscrito el **Contrato Nº 07/2019**, en el marco del llamado de referencia, estableciéndose en la **Cláusula 5. "Vigencia del contrato",** lo siguiente: *"El contrato Abierto Plurianual tendrá vigencia a partir de la firma por ambas partes, hasta el 31 de Diciembre de 2020".-*

Por otro lado, en cuanto al monto fijado en el contrato, se observa que se ha establecido en la **Cláusula 6,** bajo el título **"Precio unitario y el importe total a pagar por el servicio"**, el monto máximo adjudicado, correspondiente a la suma de Gs. 350.000.000 y el monto mínimo en la suma de Gs. 175.000.000.-

Siguiendo con la verificación de los documentos remitidos, se ha visto que la Dirección Administrativa de Gabinete Técnico de Investigación, mediante el **Memorandum N° 222 de fecha 04 de marzo de 2020**, dirigido a la Unidad Operativa de Contratación, expone las razones que sustentan la solicitud de ampliación del monto acordado en el **Contrato N° 07/2019**, celebrado con la citada firma en el marco del presente llamado, las que se trascriben a continuación para una mejor ilustración:

> *"...El motivo de la solicitud de ampliación de monto del mencionado contrato, obedece en primer lugar a que la Dirección de Medicina Legal y Ciencias Forenses, específicamente la Morgue Judicial, debe contar sin interrupciones del servicio funerario para el traslado de los cuerpos ya sea para autopsia y/o para depósito del fallecido, además de exhumaciones, inhumaciones y provisión de féretro según sea el caso (…) Dicho pedido se realiza a efectos de prever la continuidad del servicio, ya que en estos casos los afectados principales serían la sociedad"(sic).-*

Sin embargo, en este punto del dictamen, surge oportuno advertir una cuestión relevante para el presente estudio, que la dependencia encargada de la ejecución del contrato, a través del Memorando citado más arriba, ha solicitado la ampliación del monto contractual, pero no ha indicado en forma expresa a cuánto ascendería el quantúm del monto que se pretende ampliar.-

Igualmente, se verifica que a raíz de la solicitud efectuada por la Dirección Administrativa de Gabinete Técnico de Investigación, la Unidad Operativa de Contratación, a través del correo electrónico de fecha 16 de marzo de 2020, manifestó a la empresa adjudicada la intención de ampliar el monto del referido contrato, amparado en lo dispuesto en el **Artículo 63 de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas"** y solicitó -además- su conformidad a los efectos de proseguir con los trámites pertinentes.-

Sobre el punto, cabe igualmente destacar, que en dicho documento tampoco se ha hecho mención de manera expresa a cuánto ascendería el monto a ser ampliado dentro del **Contrato N° 07/2019,** celebrado con la Empresa Fúnebre "San Miguel" de Oscar Ireneo Peña Rivas.-

Por su parte, la mencionada empresa adjudicada, mediante **Nota de fecha 07 de abril de 2020**, comunica su conformidad con la ampliación del **Contrato N° 07/2019, en un 20% del monto máximo establecido en el mismo,** y así también se ha comprometido a mantener los términos pactados originalmente.-

En otro orden de ideas, cabe acotar que entre los antecedentes remitidos para su análisis, no obra el Certificado de Disponibilidad Presupuestaria que correspondería a la ampliación pretendida. No obstante ello, se ha observado en el **Memorando UOC N° 155/20 de fecha 20 de abril de 2020,** emitido por la Unidad Operativa de Contratación, entre otras cosas, lo siguiente: *"...se informa además, que el contrato de referencia no cuenta con una adenda adicional al mismo, así también,* ***con relación al crédito presupuestario para ampliación pretendida, se halla en curso de firma por parte de la Dirección de Presupuesto y la Dirección General de Administración y Finanzas para la emisión del Certificado de Disponibilidad Presupuestaria***

Abog. Jeanine Llanes
- Dirección de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

respectivo" (Negritas son propias).-

Atenta a la circunstancia descripta en el memorándum de referencia, se recomienda a la UOC que una vez recibido el "Certificado de Disponibilidad Presupuestaria", firmado por los responsables de área, se verifique que el mismo reúna los requisitos exigidos para este tipo de llamado, como así también que el valor cubra el monto de la ejecución contractual pretendida, *quedando bajo su responsabilidad el cotejo del mismo.* Por tanto, esta Asesoría no podrá expedirse con relación a la disponibilidad presupuestaria para la ampliación que se pretende realizar, en atención a la observación realizada precedentemente.-

Ahora bien, luego de haber realizado un breve recuento de la documentación remitida y en atención a la solicitud de ampliación del monto contractual, se ha visto que la intención o voluntad de ambas partes, es decir, del Ministerio Público y la Empresa Funeraria "San Miguel", es la de proceder a la ampliación del monto contractual pactado inicialmente y cuya pretensión se basa en la justificación brindada por la dependencia encargada.-

En ese orden de ideas, tras haber examinado el contrato suscripto entre las partes y los demás documentos que la integran, se pudo advertir que no existe cláusula alguna que haga referencia a la posibilidad de ampliar el monto contractual, lo cual nos lleva a acudir a las normativas que rigen la contrataciones públicas dentro de la Administración Pública, a fin de comprobar la existencia de disposiciones legales que regulan esa materia en particular.-

En ese sentido, se ha verificado que en la Ley de Contrataciones Públicas y demás reglamentaciones que la integran, la modificación que se pretende introducir al contrato de referencia debe necesariamente seguir pautas bien definidas por las disposiciones que rigen la materia. 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. -

Precisamente, en cuanto a la citada normativa y para una mejor compresión de los parámetros establecidos en dicha disposición legal, se hace necesaria su transcripción: ***"Art. 63. Convenios modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios.*** *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 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 ...// ... 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 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 descripto en este artículo, cuando el monto total supere los umbrales para el llamado a licitación pública".-*

Como podrá observarse del artículo de referencia, nos encontramos con varias condicionantes, entre las cuales podemos destacar el límite del plazo para introducir modificaciones, es decir, dichas modificaciones deberán realizarse en los contratos vigentes y dentro de los doce meses de su suscripción.-

En efecto, como primera regla, se establece que las modificaciones que se pretendan realizar al contrato original podrán ser introducidas siempre que el mismo se encuentre vigente. En aplicación de dicha exigencia al caso que nos ocupa, se ha visto que la vigencia de la relación contractual ha sido fijada, conforme a la cláusula quinta del Contrato N° 7/2019, **hasta el 31 de diciembre de 2020**, razón por la cual se puede sostener que el citado instrumento contractual se encuentra en plena vigencia a la fecha.-

Abog. Jeaning Llanes
- Dirección de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

Ahora bien, con respecto al plazo estipulado de "12 (doce) meses", cabe mencionar, que esta exigencia ha sido contemplada igualmente en 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 su modificatoria la Ley N° 3439/2007"***, en el artículo 96 ***"Convenios modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios"***, que sobre el punto en cuestión dispone cuanto sigue:

> *"…Los convenios modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios se sujetarán a lo dispuesto en la reglamentación establecida por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP).-*
>
> ***La restricción de realizar convenios modificatorios dentro de los (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".-***

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 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 Públicas, prevé de manera puntual cuáles serán las cuestiones que no podrán ser objeto de modificación, tales como lo atinente 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.-

En cuanto a las situaciones que podrán ser objeto de modificación, precisamente se cuenta con la normativa dictada por la Dirección Nacional de Contrataciones Pública que reglamenta varias disposiciones de la Ley de Contrataciones Públicas y demás decretos reglamentarios, que guardan relación con el tema puesto a consideración de esta Asesoría Jurídica. La reglamentación a la que se hace referencia se trata de la **Resolución DNCP 844/18** ***"Por la cual se establecen directrices relativa a la aplicación de la modalidad de contrato abierto en los procesos de contratación…***", cuyas regulaciones son aplicable al caso concreto, en razón de que el instrumento que se pretende modificar es un contrato abierto. En ese contexto, se puede advertir que la citada resolución estipula, precisamente, lo relativo a la modificación del "monto" contractual, circunstancia ésta que es pretendida en el presente caso.-

Asimismo, cabe resaltar que la citada resolución es una reglamentación que establece normas de carácter especial, es decir, establece pautas relativas a la aplicación de la modalidad de contrato abierto en los procesos de contrataciones públicas.-

En ese sentido y respecto al caso particular que nos ocupa, surge oportuno hacer referencia al **Artículo 9 de la Resolución DNCP 844/18**, el cual dispone, ente otras cosas, lo siguiente:

> *"(…) Las modificaciones a ser introducidas a los Contratos con posterioridad a su suscripción se regirán por las disposiciones contenidas en los arts. 62 y 63 de la Ley 2051/03 y atendiendo a las siguientes reglas: a) Con la aceptación del proveedor, la Contratante podrá modificar hasta un 20% (veinte por ciento) la cantidad o monto máximo de alguna partida originalmente pactada, utilizando para su pago el presupuesto de otra u otras partidas previstas en el propio contrato, sin alterar la cantidad o monto mínimo establecido, siempre que no resulte un incremento en el monto máximo total del contrato; b) De no resultar suficiente las modificaciones indicadas en el párrafo que antecede, la Contratante podrá ampliar hasta el 20% del valor total del contrato; c)…,d)…, e)…; f)…, g)…; h)…".-*

Tras haber señalado las disposiciones normativas que hacen a la modificación contractual, en especial, aquellas relativas a la modificación del "monto contractual", tal como se pretende en el caso en cuestión, en esta etapa del análisis, resulta necesario comprobar si las circunstancias fácticas se corresponden con las exigencias legales que hagan viable dicha pretensión.-

Abog. Jeanine Llanes
- Dirección de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

En ese orden de ideas, se tiene que la justificación expuesta por la dependencia administrativa que solicita la ampliación del monto contractual encuentra sustento en la necesidad de contar, sin interrupciones, del servicio funerario para el traslado de cuerpos, así como de los demás servicios señalados puntualmente en el citado Memorandum (inhumaciones, exhumaciones y provisión de féretro) por parte de la Morgue Judicial, dependiente de la Dirección de Medicina Legal y Ciencias Forenses.-

Con relación a este punto, es dable resaltar que dicho justificativo se encuentra plasmado, tal como se ha señalado en párrafos precedentes, dentro del informe emitido por la Dirección Administrativa de Gabinete Técnico de Investigación, cuyo documento se encuentra adjuntado a los antecedentes remitidos.-

Asimismo, surge oportuno señalar lo manifestado por la U.O.C., a través del Memorandum N° 155/2020, respecto a que el contrato en cuestión ***no cuenta con una adenda adicional***, lo cual ha revelado que el citado instrumento contractual no ha sufrido modificación alguna a la fecha.-

Dicha información constituye uno de los requisitos establecidos en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones Públicas, en cuanto a que el monto total de las modificaciones no debería superar, en su conjunto, el veinte por ciento del monto o cantidad de los conceptos y volúmenes establecidos originalmente, así como también, que el precio unitario de los bienes sea igual al pactado originalmente, cuya verificación queda a cargo de la Unidad Operativa de Contratación, ello, en el sentido de corroborar que el monto a ser ampliado no rebase el porcentaje legal permitido según lo establece la citada disposición legal.-

Finalmente, ante la circunstancia alegada por la dependencia administrativa como justificativo para la ampliación del monto contractual, esta Asesoría Jurídica es del parecer que dicha casuística se ajustaría a lo previsto en el **Artículo 63 de la Ley N.° 2051/03 "De Contrataciones Públicas"**, como así también, **a lo establecido en la Resolución DNCP 844/18** *"Por la cual se establecen directrices relativa a la aplicación de la modalidad de contrato abierto en los procesos de contratación…"* y 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 su modificatoria la Ley N° 3439/2007".*-

Por otra parte, también se ha visto que es un requisito legal para la viabilidad de modificación contractual en éste caso particular, la aceptación del proveedor o contratista y, en ese sentido, se ha verificado, que la empresa adjudicada "San Miguel" ha prestado su conformidad respecto a la ampliación del monto contractual referente al Contrato N° 7/2019, conforme a los términos contenidos en la Nota suscrita por el representante de citada empresa funeraria.-

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 contemplara tales límites, daría lugar a la conformación de un contrato diferente.-

Además, a los efectos de garantizar el fiel cumplimiento del contrato y en atención a la ampliación del monto que se pretende realizar, es importante determinar la necesidad de exigir a la empresa adjudicada la presentación de la garantía actualizada y ampliada, 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 requerimiento legal que hace alusión a la autorización por parte de la máxima instancia de la institución se encuentre vinculado 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, el control del cumplimiento formal del acto administrativo correspondiente.-

Abog. Jeanine Llanes
- Dirección de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

En este sentido, ingresando al estudio de legalidad en el cumplimiento de las formas del mencionado proyecto de resolución, se observa que la misma posee todas las partes que debe contener una un acto administrativo de ésta característica, es decir, se divide en: **el visto, el considerando y, finalmente, 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.-

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 a este punto, se solicita la revisión del encabezado del proyecto de Resolución, donde se advierte un error en la identificación del "ID", debiendo consignarse correctamente el N° "355.204".-

En cuanto al sexto párrafo del "Considerando", se advierte, que esta Asesoría Jurídica no se expide con respecto a los términos plasmado, en atención a que no se cuenta con el Certificado de Disponibilidad Presupuestaria, y se remite a la observación realizada en lo atinente.-

Asimismo, se recomienda que se incluya un párrafo en el "Considerando", que haga mención de la **Resolución DNCP N° 844/2018** y 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 su modificatoria la Ley N° 3439/2007"*.-

Y, por último, respecto a lo dispuesto en la parte RESOLUTIVA del proyecto de resolución, numeral 1), se sugiere señalar el monto mínimo y máximo del monto que se pretende ampliar. Dicha observación se realiza en virtud a que el presente llamado reviste la modalidad de contrato abierto.-

En resumen, conforme a las atribuciones de esta Dirección, la cual consiste en controlar la legalidad de los procedimientos licitatorios puestos a su consideración y en atención a la pretensión expuesta por la Unidad Operativa de Contratación, en el sentido de ampliar el monto del contrato de referencia, esto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 2051/03 *"De Contrataciones Públicas"*, en concordancia con los criterios dispuestos en la Resolución DNCP N° 844/2018 y el **Decreto N.° 2992 de fecha 09 de diciembre de 2019,** esta Asesoría Jurídica es del parecer que la misma se ajustaría a derecho, una vez tenida en cuenta y subsanada las observaciones puestas a consideración.-

Por tanto, 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. Jeanine Llanes Silvero
Encargada de despacho
Dirección de Asesoría Jurídica

Abog. Jeanine Llanes
Dirección de Asesoría Jurídica
Ministerio Público