DICTAMEN D.A.J. Nº 2086 del 04 de diciembre de 2015.-

REFERENCIA: DAJ N°4878 – EMPRESA DELOITTE & TOUCHE PARAGUAY – CONTRATO S.G. MINISTRO N° 166/2014 LLAMADO MOPC Nº 59/14 LPN PARA EL SERVICIO DE CONSULTORIA PARA LA ASISTENCIA Y APOYO EN EL DISEÑO IMPLEMENTACION Y OPERACIÓN DE UN MODELO DE EJECUCION DEL PLAN DE OBRAS ESTRATEGICOS (POE) CONVENIO MODIFICATORIO Nº 4.-

LIC. LILIAN CAÑETE, DIRECTORA
UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACION

La Unidad Operativa de Contratación solicita parecer legal sobre el Convenio Modificatorio Nº 4 a ser suscrito en el marco de la "LLAMADO MOPC Nº 59/14 LPN PARA EL SERVICIO DE CONSULTORIA PARA LA ASISTENCIA Y APOYO EN EL DISEÑO IMPLEMENTACION Y OPERACIÓN DE UN MODELO DE EJECUCION DEL PLAN DE OBRAS ESTRATEGICOS (POE)", a cargo de la Empresa DELOITTE & TOUCHE PARAGUAY, y analizado el mismo esta Dirección;

CONSIDERA

1- Memorándum UOC Nº 5798 de fecha 3 de diciembre de 2015 de la Unidad Operativa de Contratación.----------

2- Memorándum DIPE Nº 508 de fecha 3 de diciembre de 2015 de la Dirección de Proyectos Estratégicos.----------

3- Informe sobre Proyecto Estratégico "8 Tramos de los Proyectos Denominación Crema".----------

4- Memorandum DTT Nº 40 de fecha 25 de noviembre de 2015 de la Empresa DELOITTE & TOUCHE PARAGUAY.----------

5- Memorándum DIPE Nº 470 de fecha 20 de noviembre de 2015 de la Dirección de Proyectos Estratégicos.----------

6- Borrador de Convenio Modificatorio Nº 4.----------

7- Memorándum VMOP Nº 101 de fecha 29 de octubre de 2015 del Viceministerio de Obras Publicas y Comunicaciones.----------

8- Nota de fecha 28 de octubre de 2015 la Empresa DELOITTE & TOUCHE PARAGUAY.----------

9- La Cláusula 2.4 de las Condiciones Generales del Contrato expresa: *"Solo podrán modificarse los términos y condiciones de este Contrato, incluido el alcance de los Servicios o del precio del Contrato mediante acuerdo escrito entre las partes (Ver artículo 63 Ley N° 2051/03)."*----------

10- El artículo 63 de la Ley Nº 2051/03 "De Contrataciones Públicas" expresa: "*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*

Abog. Lilian Cañete
Directora de Contrataciones

ABOG. ETHEL DIAZ DE MARTINEZ
Coordinación de Contratos
Convenios y Acuerdos
DAJ - MOPC

Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Oliva y Alberdi Nº 411, C.P. Nº 1221, Asunción, Paraguay
Tel: 595 (021) 4149000

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. 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 en este artículo, cuando el monto total supere los umbrales fijados para el llamado a licitación pública".----------

11- El artículo 55 de la Ley Nº 2051/03 *"De Contrataciones Públicas"* que expresa: *"Las contratantes gozan de los siguientes derechos: b) amodificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito";*----------

CUESTIÓN PLANTEADA

PorMemorándum DIPE Nº 508 de fecha 3 de diciembre de 2015 de la Dirección de Proyectos Estratégicosrefiere: *"...Tengo el agrado de dirigirme a Usted, y por su intermedio a quien corresponda con el fin de solicitar realizar las gestiones para la suscripción del Convenio Modificatorio Nº 4 al Contrato SG MINISTRO Nº 166/2014,...cabe mencionar que dicho convenio modificatorio no implicara una variación del monto total previsto en el contrato de servicios, como compensación se prevé la modificación del calendario de pagos, previsto en el Contrato SG Ministro Nº 166/14...",* así mismo el Memorándum DIPE Nº 470 de fecha 20 de noviembre de 2015 de la Dirección de Proyectos Estratégicos expresa: *"...El mismo es complementario al contrato de servicios y tiene por objeto la asistencia de la mencionada firma consultora en los estudios de pre – inversión de los "Proyectos CREMA" que el Ministerio de Obras Publicas ha definido como "estratégicos" y que forman parte del ámbito de actuación de la Dirección de Proyectos Estratégicos...".*-----

ANÁLISIS

Examinado el Contrato de Servicios N° 166/2014 celebrado por el MOPC con Deloitte&Touche Paraguay en fecha 05 de septiembre de 2014, surge que en virtud del mismo Deloitte se obliga a proveer servicios de asistencia y asesoramiento al MOPC para el diseño e implementación de un nuevo modelo de operación para la ejecución del Plan de Obras Estratégico (POE).

El informe señala que actualmente el el MOPC no puede indicar los procesos de licitación de los proyectos denominados CREMA, que cuentan con financiamiento, debido a que los estudios técnicos de pre inversión son requeridos como base para la elaboración de la documentación licitatoria.

La imposibilidad de realizar las licitaciones se conjuga con el despropósito de contar con fondos o recursos que a la fecha no pueden ser utilizados, ni siquiera cancelados o re asignados a otros proyectos de infraestructura, lo que trae aparejado costos administrativos para el Estado.

Abog. Dionisio Ramírez
Director de Asuntos Jurídicos
Deloitte

ABOG. ETHEL DIAZ MARTINEZ
Coordinación de Contratos
Convenios y Acuerdos
DAJ - MOPC

Asimismo, se señala que el contrato Nro. 166/2014 no contempla el alcance del asesoramiento del tipo de servicio que se pretende para el desarrollo de los estudios de pre inversión de los proyectos CREMA. Por tanto, la inclusión de esta obligación adicional requiere de una modificación contractual.----------

La posibilidad de modificar los contratos de la administración y específicamente del tipo de consultoría el cual es el objeto el caso en análisis, está contemplada en los Artículos 55 y 63 de la Ley 2051/03 de "Contrataciones Públicas".----------

En el Artículo 63 se prevé la figura de los Convenios Modificatorios, en virtud de los cuales, las partes de común acuerdo resuelven incrementar la cantidad de los bienes, locaciones o servicios requeridos originalmente, en determinadas condiciones. ---------

Por su parte, el Artículo 55 inciso b) se refiere al derecho de las contratantes a modificar <u>unilateralmente</u> el contrato por razones de <u>interés público</u>. Esto, más que un derecho constituye una potestad o prerrogativa de la administración, reconocida en todos los contratos públicos aún a falta de previsión expresa. Se justifica en la necesidad de adecuar las condiciones contractuales a la variación de las circunstancias que demanden la satisfacción de los intereses públicos subyacente en toda contratación administrativa.----------

En este caso, el informe de la DIPE refiere que *"...Por Resolución Nº 1137 de fecha 16 de julio de 2015 se designo como proyecto estratégico a los efectos de la Resolución Nº 1600/2014 "8 TRAMOS DE LOS PROYECTOS DENOMINADOS CREMA", los cuales consisten en 8 tramos que cuentan con financiamiento y que comprenden un total de 989,35 kilómetros de un conjunto de proyectos para la puesta de valor y reparación de la estructura vial de Paraguay ...Que actualmente no es factible iniciar el proceso de licitación de aquellos tramos de los proyectos CREMA que ya cuentan con financiamiento debido a la necesidad de realizar ciertos estudios técnicos previos (estudios de pre – inversión) que son requeridos a los efectos de confeccionar la documentación licitatoria. Que esta situación genera que los fondos otorgados al momento todavía no pueden ser utilizados con el riesgo de que puedan ser cancelados o reasignados, además de estar incurriendo la administración en costos económicos por esta situación...".*

Por esto, la DIPE solicitó a la firma DELOITTE una propuesta de realización de los servicios de estudios de ore inversión de los proyectos CREMA, de la que resulta una propuesta de actividades de asistencia para una parte del proyecto estratégico en cuestión que consistiría, además del plan de trabajo, en adelantar el 52% del monto del contrato previsto para el tercer año, al segundo año con lo cual se podrán alisar l actividades previstas.

Así, la DIPE considera que los costos estimados en la propuesta son convenientes y se ajustan a valores d mercado. Agregan también que la modificación encuentra sustento en razones de interés público ya que los costos de las actividades adicionales resultan convenientes y no implican erogaciones adicionales, sino la utilización de los mismos recursos previstos en el contrato.

Por tanto, considerando el interés público en juego, las razones para justificar el ejercicio de la potestad de la contratante de modificar el contrato en los términos del artículo 55 precedente encuentran sustento en la trascendencia de los trabajos que se pretenden realizar y su conveniencia en términos económicos.. ----------

Abog. Dominica A. Mereles
Director de Asuntos Jurídicos
MOPC

ABOG. ETHEL DIAZ DE MARTINEZ
Coordinación de Contratos
Convenios y Adendas
DAJ-MOPC

Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Oliva y Alberdi Nº 411, C.P. Nº 1221, Asunción, Paraguay
Tel: 595 (021) 4149000

Se trata, por tanto, de la necesidad de realizar una modificación de naturaleza cuantitativa del contrato, es decir del aumento del objeto pactado originalmente, ya que si bien se previó la asistencia en la gestión de proyectos de infraestructura,, el desarrollo de la estructuración que involucran los estudios de pre-inversión constituyen, a tenor del informe, tareas adicionales que al no exorbitar el objeto mismo del contrato de consultoría, son de necesaria ejecución para la consecución de las obras concernientes alos proyectos denominados CREMA. ----------

Se justifica, por tanto, la necesidad de modificar el contrato a los efectos de posibilitar la estructuración de los estudios técnicos de pre inversión para los proyectos específicos denominados CREMA en la oportunidad requerida, incluyendo esta actividad dentro de los servicios de asistencia y asesoramiento al MOPC para el diseño e implementación de un nuevo modelo de operación para la ejecución del Plan de Obras Estratégico (POE). ---------

Enseña Miguel S. Marienhoff que: "*Si bien el principio de la "inmutabilidad" tiene imperio en el derecho privado, no ocurre lo mismo en derecho público, donde la necesidad de adaptar el contrato a las conveniencias generales produce un quebrantamiento del principio de "inmutabilidad", permitiendo esa "modificación" (...) De modo que el fundamento del poder de la Administración Pública para modificar los contratos administrativos, no es otro que el de atender o satisfacer en la mejor forma las pertinentes necesidades públicas. Se dijo con acierto que la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles, o por estipulaciones contractuales que actualmente resultan inadecuadas para satisfacer las necesidades originariamente tenidas en cuenta. Del mismo modo, la Administración Pública –en general- debe poder alterar los contratos administrativos cuando, aun sin tratarse de contratos convertidos en inútiles o de estipulaciones que hoy resulten inadecuadas para satisfacer las respectivas necesidades, convenga modificarlas o alterarlos para que, desde un principio, se adapten más convenientemente a la satisfacción del interés público; (...) La "modificación" que la Administración Pública le imponga a un contrato administrativo, tanto puede consistir en un aumento como en una disminución de la respectiva prestación." (Tratado de Derecho Administrativo III A. pag. 396 y sgtes.)*-----

Debe tenerse presente que, de acuerdo al informe (Memorándum DIPE N° 508/2015), el convenio modificatorio no implicará una variación del monto total previsto en el contrato de servicios, sin embargo como compensación se prevé la modificación del calendario de pagos previsto en el Contrato SG Ministro Nº 166/2014.Además, el informe de la DIPE justifica la conveniencia de la modificación en términos del principio de economía y eficiencia, explicando las razones por las cuales la modificación constituye la mejor manera de satisfacer este requerimiento, en calidad y costo y oportunidad----------

CONCLUSIÓN

POR TANTO, esta Dirección de conformidad a los fundamentos expuestos y a los antecedentes e informes técnicos remitidos por la Dirección de Proyectos Estratégicos a través del Viceministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, considera que es viable jurídicamente establecer las mencionada modificación al Contrato de Servicios N° 166/2014 celebrado con Deloitte&Touche, soñé la base de la previsión del Artículo 55 inciso b) de la Ley 2051/03, a través del Convenio Modificatorio Nº 4, señalando que las consideraciones expuestas en el presente dictamen están sujetas a la revisión por parte de la Dirección Nacional de

Abog. Dionisio A. Mereles
Director de Asuntos Jurídicos
M.O.P.C.

ABOG. ETHEL DIAZ DE MARTINEZ
Coordinación de Contratos
Convenios y Acuerdos
DAJ - MOPC

EVP 347 delotte

Contrataciones Públicas de la Ley Nº 2.051/03 *"De Contrataciones Públicas"*.----------
---

Atentamente.-

ABOG. ETHEL DIAZ DE MARTINEZ
Coordinación de Contratos
Convenios y Acuerdos
D.N.C.P.C.

Abog. Dionisio A. Mereles
Director de Asuntos Jurídicos
M.O.P.C.

Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Oliva y Alberdi Nº 411, C.P. Nº 1221, Asunción, Paraguay
Tel: 595 (021) 4149000