DICTAMEN UOC Nº 52/2022

PARA: Dirección General de Administración y Finanzas

DE: Unidad Operativa de Contrataciones

ASUNTO: Dictamen sobre pedido de modificación del Contrato Nº 02/2021, suscrito con la firma CONSORCIO DEPORTIVO, con RUC Nº 80118117-8, en el marco del llamado a LICITACION PUBLICA NACIONAL SBE N° 08/2020 "CONSTRUCCIÓN DE CANCHA DE HOCKEY DENTRO DEL PARQUE OLÍMPICO" – ID. N° 380964.

FECHA: 23 de agosto de 2022.

Considerando la solicitud de modificación del Contrato Nº 02/2021, suscrito con la firma CONSORCIO DEPORTIVO, con RUC Nº 80118117-8, en el marco del llamado a LICITACION PUBLICA NACIONAL SBE N° 08/2020 "CONSTRUCCIÓN DE CANCHA DE HOCKEY DENTRO DEL PARQUE OLÍMPICO" – ID. N° 380964, remitido a la Unidad Operativa de Contrataciones en fecha 22 de agosto del corriente, por parte del contratista. En la nota de fecha 22 de agosto del corriente, ingresada como expediente Nº 7045, se expone: "*Kel: Contrato No. 02/2021 "Construcción de complejo deportivo de Hockey dentro del Parque Olimpico". ID No. 380.964 De mi consideración: El que suscribe, en representación del Consorcio Deportivo, en el marco de ejecución del contrato de referencia, digo: Que, vengo por la presente a solicitar la modificación del contrato que nos vincula en lo que hace a la retención aplicable al rubro CANCHAS, al que actualmente como se establece en la página 19 del PBC, se le aplica una retención del 15% condicionada a la homologación de la FIH (Federación internacional de Hockey. Se propone la sustitución de la retención prevista por la presentación de una caución (póliza de seguro) por el mismo monto. Esta propuesta busca generar liquidez al contratista que viene sufriendo las consecuencias de distintas incidencias sobrevinientes que ponen en riesgo efectivo la culminación en tiempo de las obras contratadas. El consorcio viene realizando un esfuerzo importante para mantener el ritmo de las obras, y cumplir con el objetivo de que las mismas estén culminadas en forma, para la fecha de las competencias previstas. Debido a cuestiones relacionadas a cambios en las regulaciones vigentes, para adecuarnos a las exigencias de la FIH, y así permitir la homologación de las canchas, nos hemos visto obligado a solicitar modificaciones a las soluciones técnicas inicialmente previstas, modificaciones que requirieron formalizar adendas, que demandaron tiempo y burocráticos procesos. Estas demoras propias de los procesos de modificación contractual han demorado la posibilidad de certificar obras, que por la urgencia eran impostergables, imponiendo sacrificios financieros adicionales al consorcio. Otro detalle no menor, se verifica con la incidencia de los cuantiosos incrementos que se dieron en los últimos meses en los insumos requeridos para le ejecución de las obras contratadas, y que por distintas situaciones no han sido aún atendidos mediante el remedio contractual previsto de reajuste. A la fecha el consorcio no ha podido cobrar por trabajos ejecutados en el marco de los convenios modificatorios ni ha podido acceder a tan siquiera un solo reajuste contractual, generándose una crítica situación financiera que impone ingentes costos financieros que no están previstos y se vuelven insostenibles. Por todo lo expuesto, y habida cuenta de que las obras correspondientes a las canchas representan uno de los rubros más importantes por su cuantía, y que se encuentran en plena etapa de culminación, sabiendo que el proceso de homologación puede demorar incluso meses en completarse, solicitamos la sustitución de la retención prevista en el PBC por pólizas de seguro, lo que permitirá al consorcio acceder a importantes recursos financieros. La propuesta no expone a riesgo alguno a la contratante, pues la obligación de homologación persistirá con la caución correspondiente, sin embargo, ofrecerá al consorcio recursos necesarios para cumplir con el objetivo común de concluir en tiempo y forma las obras.".*

El recurrente solicita la modificación de las Especificaciones Técnicas del Pliego de Bases y Condiciones en referencia a la retención monetaria prevista hasta la obtención de la homologación de la cancha por parte de la Federación Internacional de Hockey (FIH), a los efectos de que la misma sea cubierta por una póliza de seguro.

De proceder lo solicitado, ello demandará una modificación del contrato suscrito entre la recurrente y esta Entidad, de modo que antes de analizar las modificaciones propiamente dichas, es importante explicar el mecanismo de modificación a utilizar.

Presidencia de la República

Ante este panorama, debemos considerar las posibilidades de modificar los contratos para la ejecución de obras, sometidos al régimen de la Ley N° 2051/03, para lo cual traemos a colación las disposiciones contenidas en los artículos 55 y 62, de la referida Ley.

"***Artículo 55.- DERECHOS DE LAS CONTRATANTES.*** *Las contratantes gozan de los siguientes derechos: ... b) a modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito;... Las resoluciones adoptadas por las contratantes en ejercicio de estas prerrogativas, se ejecutarán de inmediato".*

"***Artículo 62.- CONVENIOS MODIFICATORIOS EN OBRAS PÚBLICAS.*** *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.".*

El texto de artículo 62 parece estar orientado a modificaciones de la obra misma, y no a la posibilidad de introducir modificaciones a las especificaciones técnicas del Pliego de Bases y Condiciones. En tal sentido, la posibilidad de introducir modificaciones que no tengan que ver con la obra misma no resulta del todo clara al amparo de las disposiciones del artículo 62 antes citado, de modo que se sugiere recurrir a las disposiciones del artículo 55, y en particular el inciso "b".

En consecuencia, debiéramos considerar la posibilidad de modificar el Contrato de referencia, específicamente lo establecido en las especificaciones técnicas del Pliego de Bases y Condiciones en cuanto a la realización de una retención monetaria por parte de la Contratante hasta el momento de presentación del certificado de homologación de la cancha de Hockey expedida por la Federación Internacional de Hockey (FIH) por parte del Contratista.

Llegados a este punto, es importante aclarar que el Pliego de Bases y Condiciones integra el Contrato de acuerdo con lo dispuesto en su cláusula N° 2, por lo que, a efectos de analizar la modificación solicitada se invocan las facultades que reconoce el artículo 55 de la Ley N° 2051/03 a la entidad Contratante: "*Artículo 55.- Derechos de las contratantes. Las contratantes gozan de los siguientes derechos:... b) a modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito".*

De la lectura del Pliego de Bases y Condiciones, se constata que en la sección "Especificaciones Técnicas" se establece una retención monetaria del 15% del valor contractual por parte de la Contratante hasta el momento en que el Contratista haga entrega del certificado de homologación de la cancha de Hockey expedida por la Federación Internacional de Hockey (FIH).

Con estos antecedentes, traemos a colación las disposiciones de la **Resolución DNCP N° 5695/2019** del 30 de diciembre de 2019, la que en su *Capítulo IX, Sección V, establece las reglamentaciones aplicables a las Modificaciones al amparo del Interés Público comprometido.*

En tal sentido, la citada Resolución, señala en su **Art. 57** *"El Dictamen que justifique la modificación contractual al amparo del Artículo 55 Inciso b) de la Ley Nº 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 4º de la Ley Nº 2051/03, y iii. No se alteran, de manera sustancial, la naturaleza ni la finalidad del contrato."*.

A continuación exponemos cada punto requerido en la reglamentación, en los siguientes términos.

Exposición acabada y circunstanciada de los motivos que justifican la modificación

El planteamiento expuesto pone en evidencia los inconvenientes financieros que presenta el Contratista como producto de los retrasos administrativos en que incurre la Contratante en analizar, aprobar y ejecutar convenios modificatorios de obras y reajustes, los cuales son absolutamente necesarios para cumplir con el objeto del Contrato.

En ese sentido, no está demás aclarar que las obras del Contrato revisten una gran envergadura, por lo que el análisis de las modificaciones contractuales debe llevarse con el mayor rigor posible, sin embargo, la dilación derivada de esta situación imposibilita al Contratista continuar con los trabajos y emitir certificados de obra a los efectos del cobro correspondiente, lo que llevó a realizar sacrificios financieros adicionales, según manifiesta.

Explicación clara que sustente de qué forma se encuentra comprometido el interés público

La complicación financiera que presenta el Contratista pone en riesgo la correcta ejecución del Contrato y, por ende, la organización y consecuente realización de los Juegos Suramericanos Asu 2022, el cual se encuentra a cargo de la Contratante e incluso ha sido declarado de interés nacional, puesto que representa el mayor evento multi-deportivo del continente y sin antecedentes similares en la historia deportiva del Paraguay.

En este estado de cosas, podemos definir al interés público, citando a Escola, como "*el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos*"[1].

Coincidente con la Doctrina, el riesgo de que el Contratista no pueda cumplir con sus obligaciones derivadas del Contrato, a consecuencia de los inconvenientes financieros que le produjeron las actuaciones de la Contratante durante la ejecución contractual, exige de esta Institución tomar las medidas necesarias para garantizar la realización del evento en las condiciones que demandan los organizadores del mismo.

[1] Escola, H., "EL INTERÉS PÚBLICO COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO", Ed. Depalma, Bs. As. 1989, pp. 249-250.

Presidencia de la República

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

En oportunidad de diseñar el llamado y las condiciones del mismo, el área requirente estimó necesario realizar la retención monetaria mencionada, a fin de garantizar la obtención de las certificación necesaria para la utilización de la cancha de Hockey, sin embargo, los distintos retrasos en procesar las modificaciones contractuales, basadas en consensuar cuestiones técnicas principalmente, desembocó en este descalce financiero en el Contratista que tampoco pudo haber sido previsto razonablemente por la dependencia solicitante de las obras.

Motivos por los que la aplicación de un procedimiento ordinario o excepcional no resulta conveniente para la satisfacción de las necesidades que originan la contratación

La modificación propuesta no podría ser atendida en un nuevo llamado, pues demandaría concluir el presente contrato para iniciar uno nuevo incluyendo esta condición.

Motivos por los cuales no existiría violación a los principios previstos en el Artículo 4° de la Ley N° 2051/03

Por lo señalado en el tópico que antecede, no existe violación a los principios de las contrataciones públicas. La presente modificación se hubiera propuesto cualquiera fuera el contratista adjudicado, puesto que representa una medida que tiene por objeto mantener el equilibrio de la ecuación económico-financiera del Contrato, y que no puede ser reparada por la fórmula de reajuste establecida en el contrato.

El equilibrio económico del Contrato es una limitación, y al mismo tiempo una condición, del ejercicio del poder de modificación unilateral o *ius variandi* de la Administración[2], por lo que, en ejercicio de esta prerrogativa, es deber de la Contratante adoptar medidas para restablecerlo en caso de que exista una alteración significativa, como en este caso alega el Contratista.

Así mismo, la difusión del presente trámite y su documentación, a través del portal de contrataciones públicas, asegura su publicidad y transparencia, abriendo la posibilidad de su escrutinio público.

Motivos por los cuales no se alteran, de manera sustancial, la naturaleza ni la finalidad del contrato

La presente modificación no supone una modificación de la naturaleza ni finalidad del Contrato, así como tampoco implica otorgar condiciones más ventajosas a las previstas originalmente en las bases de la licitación y el Contrato, simplemente pretende mantener el equilibrio económico del Contrato estableciendo la posibilidad de que la retención monetaria que realiza la Contratante hasta el momento de presentación del certificado de homologación de la cancha de Hockey expedida por la Federación Internacional de Hockey (FIH). En tales condiciones, esta UOC considera que, de aprobar la Máxima Autoridad, la modificación solicitada, la póliza debe ser a primer requerimiento.

Además, tampoco implica una variación del monto total contratado, por lo que la Contratante no realizará erogaciones adicionales como producto de la modificación de Contrato pretendida.

[2] Gonzalez Maldonado, M. y Rivero Ortega, Ricardo, DERECHO ADMINISTRATIVO PARAGUAYO", Editorial La Ley, Asunción, 2009, pp. 247.

Presidencia de la República

En tales condiciones, y al amparo de las disposiciones contenidas en la normativa vigente, y de lo expuesto en el presente dictamen, se solicita se sirva remitir estos antecedentes a la Dirección Jurídica, a fin de proseguir con los trámites para la emisión de la correspondiente Resolución de la Máxima Autoridad, autorizando la modificación planteada y la correspondiente Adenda.

Atentamente.