Unidad Operativa de Contrataciones (UOC)

Asesoría Técnica Jurídica

Dictamen U.O.C. N° 117/2021

Fecha: 12 de octubre de 2021

Referencia: POR LA CUAL SE AUTORIZA A MODIFICAR UNILATERALMENTE Y DE CONFORMIDAD AL ART. 55 INC. B DE LA LEY 2051/03 EL CONTRATO N° 57/2021 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA Y EL SR. FAVIO MANUEL RAMOS VILLASBOA CON RUC N° 583727-8 EN EL MARCO DEL LLAMADO DE CONCURSO DE OFERTAS N° 09/21 "ALQUILER SEDE VILLARRICA PARA EL MDP - PLURIANUAL" ID N° 400.231.----------

Señora Defensora:

Con relación al tema de referencia, la Dirección de la Unidad de Contrataciones Públicas del Ministerio de la Defensa Pública emite la presente dictamen en los siguientes términos.

ANTECEDENTES:

- La Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas" y su Decreto Reglamentario; la Ley N° 4423/11 "Orgánica del Ministerio de la Defensa Publica.

- La Resolución N° 1183/2020 de fecha 07 de setiembre de 2021 que adjudica el Llamado por Concurso de Ofertas N° 09/2021 con ID. 400.231.

- El Contrato N° 57/2021 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA Y EL SR. FAVIO MANUEL RAMOS VILLASBOA CON RUC N° 583727-8.

- El Memorando D.A.S. N° 327/2021 de fecha 01 de octubre del 2021; el Memorando D.G.A.F. N° 785/2021 de fecha 01 de octubre del 2021.

ASPECTOS PRELIMINARES

QUE, a causa de la pandemia de COVID - 19 se dictó la Ley 6524/20 "QUE SE DECLARA ESTADO DE EMERGENCIA EN TODO EL

Abog. Néstor Guarie
Asesor - UOC
Ministerio de Defensa Pública

TERRITORIO DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY ANTE LA PANDEMIA DECLARADA POR LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD A CAUSA DEL COVID - 19 O CORONAVIRUS Y SE ESTABLECEN MEDIDAS ADMINISTRATIVAS FISCALES Y FINANCIERAS", y consecuentemente ello, el Poder Ejecutivo adopto medidas excepcionales con el fin de redireccionar créditos presupuestarios necesarios para financiar el presupuesto de las entidades directamente afectadas a la atención de la emergencia sanitaria declarada.----------

QUE, en este contexto de emergencia sanitaria, el Ministerio de la Defensa Publica sufrió recortes en el presupuesto asignado en la Ley de Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2020 y 2021 precisamente uno de los objetos de recorte fue el "Objeto de Gastos 250 - Alquileres y Derechos", así como en otros rubros que como el Objeto de Gastos 210 "Servicios Básicos". En consecuencia, la Institución no se encuentra en condiciones de adquirir nuevas obligaciones que no se encuentran establecidos dentro del Presupuesto para el Ministerio de la Defensa Pública por lo tanto no se puede aceptar lo que se encuentra actualmente estipulado en el Contrato 57/2021 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA Y EL SR. FAVIO MANUEL RAMOS VILLASBOA CON RUC N° 583727-8 EN EL MARCO DEL LLAMADO DE CONCURSO DE OFERTAS N° 09/21 "ALQUILER SEDE VILLARRICA PARA EL MDP - PLURIANUAL" ID N° 400.231 y que fue por consecuencia de un error involuntario, aclarando primeramente que el inmueble en cuestión cuenta con un pozo artesiano, por lo cual no se abona por el servicio de agua corriente y además se obvio transcribir en el contrato un N° de NIS 25.004.181 del Servicio de Energía Eléctrica.----------

CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

El Ministerio de la Defensa Pública de conformidad a todo lo mencionado la institución convoco al LLAMADO DE CONCURSO DE OFERTAS N° 09/21 "ALQUILER SEDE VILLARRICA PARA EL MDP - PLURIANUAL" ID N° 400.231, el cual fuera adjudicado por Resolución N° 1183/2020 de fecha 07 de setiembre de 2021 con ID. N° 400.231 al SR. FAVIO MANUEL RAMOS VILLASBOA CON RUC N° 583727-8 y que fuera formalizado por contrato N° 57/2021.------

Destacando que, en fecha 01 de octubre de 2021 la Dirección General de Administración y Finanzas remite el Memorando D.G.A.F. N° 785/2021, donde eleva el pedido realizado por el Departamento de Administración de Sedes donde solicita se realice un Convenio Modificatorio a la Cláusula Séptima del Contrato N° 57/2021 SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA Y EL SR. FAVIO MANUEL RAMOS VILLASBOA CON RUC N° 583727-8 EN EL MARCO DEL LLAMADO DE LOCACIÓN DE INMUEBLE

Abog. Nestor Guarie
Asesor - UOC
Ministerio de Defensa Pública

DETERMINADO N° 09/21 "ALQUILER SEDE VILLARRICA - PLURIANUAL" ID N° 400.231, exponiendo: que dicho pedido se realiza en virtud a que en la cláusula séptima del Contrato N° 57/2021 menciona lo siguiente: el locatario se obliga: "El pago de los servicios de : agua corriente en la Cta. Cte. Ctral. N° 20.141.05." Aclarando que en el contrato anterior y con el mismo locador el pago de los servicios de agua se realizaba por parte del locador, aclarando primeramente que el inmueble en cuestión cuenta con un pozo artesiano, por lo cual no se abona por el servicio de agua corriente y además se obvio transcribir en el contrato un N° de NIS 25.004.181 del Servicio de energía eléctrica, por lo tanto existe la necesidad de realizar una modificación al contrato de referencia a fin de realizar el cambio necesario.----------

Para resolver el problema, el MDP plantea en tiempo y forma modificar la CLAUSULA SEPTIMA del contrato N° 57/2021, situación que se encuentra contemplada en el art. 55 de la Ley N° 2051/03 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS", cuestión que nos habilitaría a eliminar la obligación de abonar por el servicio de agua corriente, que no figuraba en el contrato anterior firmado por el mismo proveedor e inmueble, eliminando de la CLAUSULA SEPTIMA en obligaciones del locatario una parte del inc. a) donde se establece el pago del servicio de agua corriente de la Cta. Cte. Ctral. N° 20.141.05, aclarando primeramente que el inmueble en cuestión cuenta con un pozo artesiano, por lo cual no se abona por el servicio de agua corriente y además se obvio transcribir en el contrato un N° de NIS 25.004.181 del Servicio de energía eléctrica----------.----------

Los cambios contractuales serían permanentes, hasta la finalización del contrato de referencia firmado con EL SR. FAVIO MANUEL RAMOS VILLASBOA CON RUC N° 583727-8 EN EL MARCO DEL LLAMADO DE CONCURSO DE OFERTAS N° 09/21 "ALQUILER SEDE VILLARRICA PARA EL MDP - PLURIANUAL" ID N° 400.231.----------

Por estas razones, estimamos realizar una modificación unilateral al Contrato N° 57/2021 "Alquiler de la Sede Villarrica" con ID. N° 400.231, en lo que refiere a la CLAUSULA SEPTIMA obligaciones del LOCADOR Y LOCATARIO.----------

<u>MODIFICACIÓN UNILATERAL, ARTÍCULO 55, INCISO B) DE LA LEY 2051</u>

El ejercicio de las prerrogativas administrativas a través de la modificación unilateral se encuentra reglamentada a partir de la Resolución DNCP 5695/19: "Por la cual se establecen los requisitos para la comunicación de modificaciones a los contratos, amparadas en las disposiciones contenidas en el artículo 55, inciso b) de la ley N° 2051/03 "DE CONTRATACIONES

Abog. Néstor Guarie
Asesor - MDP
Ministerio de Defensa Pública

PÚBLICAS" determina cuáles son los recaudos formales y materiales que deben reunirse en cada caso.----------

LOS REQUISITOS SON:

1. Exponer los motivos que justifican la modificación contractual bajo la figura prevista en el inc. b) del artículo 55, de la ley 2051/03;
2. Explicar la manera en que se encuentra comprometido el interés público;
3. Determinar las razones por las cuales la situación no ha podido ser prevista al momento de la programación del llamado;
4. Justificar el por qué la modificación no puede ser resuelta por medio de un procedimiento ordinario;
5. Fundamentar la inexistencia de una potencial violación a los principios previstos en el artículo 4° de la ley 2051/03.

A continuación, procederemos a dar cumplimiento a cada una de estas exigencias.

1. EXPONER LOS MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL BAJO LA FIGURA PREVISTA EN EL INC. B) DEL ARTÍCULO 55, DE LA LEY 2051/03.

Como origen y detonante del llamado fue la necesidad del Ministerio de la Defensa Pública de seguir contando con una Sede en la Ciudad de Pte. Franco, además de eso la restricción presupuestaria que nos obliga a ciudad cada guaraníes como si fuera el ultimo, no puede ser atribuido a ninguna de las partes, pues, la PANDEMIA MUNDIAL ocasionada por el COVID 19 es un caso totalmente imprevisto a NIVEL MUNDIAL, cuestión que ha roto todos los esquemas, cálculos y previsiones realizados por cualquier estado, y teniendo presente que la institución actualmente de conformidad al déficit presupuestario no se puede dar el lujo de pagar por un servicio por el cual no pagaba, teniendo presente que el adjudicado fue el mismo proveedor, así como el inmueble que alquilado por el MDP, asimismo queda en claro que en la modificación planteada el derecho del proveedor a protestar se encuentra amparado por la Ley N° 2051/03 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS, destacando que la presente acción se encuadra legalmente en todos los preceptos legales establecidos.

La situación se enmarca, entonces, en una causa de fuerza mayor, toda vez que dicho concepto puede ser invocado siempre y cuando las partes no puedan controlar los aspectos en torno a lo que ocurre y por lo tanto, no cabe atribuir responsabilidad a

Abog. Néstor Guaje
Asesor Jurídico
Ministerio de Defensa Pública

ninguna de ellas. La consecuencia de la fuerza mayor, en el caso, es precisamente la exoneración de responsabilidad y, además, la habilitación para que:

1.-El MDP proceda al ejercicio de las atribuciones previstas en el artículo 55 de la ley 2051/03 para resolver la cuestión; y,

2.-Salirse del procedimiento convencional para modificar contratos, estatuido en el artículo 63 de la ley 2051/03.

Por tanto, al mediar fuerza mayor y al tratarse la materia objeto de modificación de una cuestión que se vincula decididamente con criterios de oportunidad, mérito y conveniencia y, por sobre todo, al existir un marcado interés público, la situación debe ser resuelta a través del ejercicio de las potestades reconocidas a la Administración por la ley 2051/03 en el artículo 55, no pudiendo aplicarse el artículo 63, toda vez que no se requiere del consentimiento del contratista, ya que éste carece de atribuciones para avanzar sobre la esfera de competencia de la Entidad Contratante, al no tener poder de decisión alguno sobre lo que es objeto de modificación, toda vez que únicamente la Entidad Contratante puede conocer las necesidades públicas afectadas a la contratación y, con ello, el modo en que deben satisfacerse éstas.

2. EXPLICAR LA MANERA EN QUE SE ENCUENTRA COMPROMETIDO EL INTERÉS PÚBLICO.

Toda prerrogativa pública existe para satisfacer el interés público. Detrás de toda potestad administrativa subyacen derechos colectivos o sociales que la Administración está llamada a proteger.

En el caso, los derechos del Ministerio de la Defensa Pública a pagar en las mismas condiciones sin que exista un incremento en sus gastos, quedando como en contratos anteriores la obligación para el locador, a fin de resguardar y preservar los recurso presupuestarios, en atención a los servicios ofrecidos por el Ministerio de la Defensa Pública en un local digno, limpio y saludable, que cuente conto todos los servicios básicos, así como ofrecer un espacio físico acorde a las necesidades para que los diferentes funcionarios del MDP puedan realizar sus labores diarias como colaboradores de la justicia en el afán de no dejar desamparados a tontos usuarios menores, embarazadas mujeres y hombres violentados, víctimas de crímenes y delitos que diariamente acuden a las diferentes sedes del

Abog. Nestor Guarie
Asesor - UOC
Ministerio de Defensa Pública

Ministerio de la Defensa Pública solicitando el amparo del estado Paraguayo por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran y por la obligación constitucional en que se encuentra el estado en darles un respuesta o solución a sus problemas la cual es cubierta como institución y parte del Estado Paraguayo por el Ministerio de la Defensa Pública.

Así mismo, la salud de todos los usuarios y funcionarios en general debe y tiene que priorizarse brindando a los mismo todos los servicios básicos (SUMINISTRO DE AGUA CORRIENTE) acorde a la situación actual de Pandemia Mundial ocasionado por el COVID 19, guardando y respetando todas las recomendaciones emanadas por el Ministerio de Salud para la prevención de dicho mal, cuestión imposible de realizar si la institución quedara sin la posibilidad de contar con las sedes a las cuales les fueron recortados sus presupuestos pertinentes, quedando también los usuarios de la institución totalmente expuestos, en peligro y carentes de atención y protección.

Se trata de tutelar, en suma, derechos inalienables para todo ciudadano y trabajador, PROTEGIENDO POR SOBRE TODAS LAS COSAS LOS RECURSO INSTITUCIONALES, QUE FINALMENTE SON RECURSOS DEL ESTADO Y POR LO TANTO RECURSOS QUE APORTAN TODOS LOS CIUDADANOS. Por ello, la modificación debe concretarse por medio del ejercicio de la prerrogativa consagrada en el artículo 55, inciso b), dado que si no se lleva a cabo la modificación, el interés público se vería alterado significativamente.

3. DETERMINAR LAS RAZONES POR LAS CUALES LA SITUACIÓN NO HA PODIDO SER PREVISTA AL MOMENTO DE LA PROGRAMACIÓN DEL LLAMADO.

La situación que nos atañe no puede ser prevista, pues nadie puede conocer de antemano tuvo el conocimiento cierto de que de que el proveedor se haría cargo del costo del suministro del agua corriente al edificio Alquilado por el Ministerio de la Defensa Pública para Sede en la ciudad de Villarrica.

4. JUSTIFICAR EL POR QUÉ LA MODIFICACIÓN NO PUEDE SER RESUELTA POR MEDIO DE UN PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Si bien el artículo 63 de la ley 2051/03 expresa: 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

Abog. Héctor Guanes
Asesor - UOC
Ministerio de Defensa Pública

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.

En este caso no podemos utilizar el procedimiento de convenio modificatorio del Art. 63.

Sin embargo, el artículo 55 no establece dicha limitación. Esto es razonable, porque el artículo 55 encuentra sustento en dos principios propios y fundamentales de los contratos administrativos; 1) el ius variandi; y, 2) las prerrogativas exorbitantes.

En efecto, una de las principales características de los contratos públicos constituye la mutabilidad, que encierra la posibilidad de modificarse para adaptarse a las condiciones más convenientes para la institución, de cara a satisfacer el interés público comprometido en la licitación, a diferencia del contrato privado, cuyo elemento típico es la inmutabilidad, en virtud al principio "pacta sunt servanda".

En los contratos públicos, la regla es la mutabilidad, fundada en el ius variandi reconocido en el derecho público, que comprende -vale insistir- la adaptación y ajuste de las reglas del contrato a las necesidades y prioridades de la institución que por el transcurso del tiempo o por razones de interés público puedan verse afectadas.

Es dable definir esta mutabilidad de los contratos administrativos como el poder que tiene la Administración de modificar por su voluntad unilateral las estipulaciones del contrato cuando esa modificación esté impuesta por el interés general. Puede aumentar o reducir las prestaciones que el contratista está obligado a cumplir; puede imponerle prestaciones diversas de aquellas oportunamente pactadas; puede poner fin al contrato rescindiéndolo antes de que hubiera sido ejecutado; puede modificar las condiciones de ejecución, etcétera.

Abog. Nestor Suarez
Asesor HCC
Ministerio de Defensa Pública

Por su parte, las cláusulas o prerrogativas exorbitantes, constituyen poderes de los cuales goza la Autoridad Administrativa, para concretizar el interés público. Se las

denomina "cláusulas exorbitantes" del derecho privado, porque dichos poderes o cláusulas sobrepasan, exceden el ámbito de ese derecho, sea porque en dichas cláusulas son inusuales o porque, incluidas en un contrato de derecho privado resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual.

Claro está, que estas prerrogativas deben ser ejercidas por la Contratante dentro de ciertos límites, respetando los correlativos derechos del contratista, pero tales límites no son los establecidos en el artículo 63 de la ley 2051/03, toda vez que dicho precepto está destinado a regular una manera concreta de modificación (con mutuo consentimiento), mientras que el artículo 55 ha sido pensado para perseguir y concretar fines públicos.

Es dable destacar, que los límites a las prerrogativas exorbitantes conferidas a la Administración, no se encuentran expresamente estipulados -salvo el derecho indemnizatorio del contratista-, no obstante, tales prerrogativas son principalmente moduladas por el principio de igualdad y el propio interés público en que se fundamenta, siendo razonable determinar que las limitaciones serían básicamente las siguientes: a) que no se perjudiquen o sacrifiquen los derechos del contratista, pues si ello ocurre le corresponde una compensación económica; b) que no se beneficie indebida o injustificadamente al contratista; c) que los derechos de terceros no se vean afectados.

En relación al primer aspecto (que no se perjudique o sacrifique el derecho del contratista), no existe un menoscabo a sus derechos individuales.

En lo que atañe a la segunda cuestión (que no se beneficie indebida o injustificadamente al contratista) tampoco cabe encuadrar la modificación a un presunto beneficio al contratista a ser obtenido a través de la modificación, sino todo lo contrario, pues el proveedor deberá adsorber el consumo del servicio de agua corriente potable como siempre lo venía haciendo, en todos los anteriores contratos.

5. <u>FUNDAMENTAR LA INEXISTENCIA DE UNA POTENCIAL VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4° DE LA LEY 2051/03.</u>

Esta exigencia de la Resolución DNCP 5695/19, se vincula con otra limitación al ejercicio de las prerrogativas exorbitantes ya mencionada en este dictamen, pero no explicada

Abog. Néstor Guarie
Asesor - UOC
Ministerio de Defensa Pública

aún, esto es, que con la modificación no se vean afectados derechos de terceros.

La igualdad constituye un principio cuya aplicación no se limita a las fases de selección o concurso, sino que trasciende a la etapa contractual. Por tanto, cuando se dispone una modificación debe atenderse especialmente que con la modificación no se transgreda el mentado principio, pues, si se verifica una ventaja que no pudo haberse concedido simultáneamente a los demás participantes o que en caso de haber conocido las circunstancias de la modificación, aquellos podrían alegar que habrían ofertado en condiciones diferentes, se corre el serio riesgo de que se configure una virtual contravención al principio de igualdad. Estas modificaciones se tratarían, por ejemplo, cuando se alteran aspectos sustanciales del contrato, que de algún modo puedan ser entendidas como una ventaja con relación a la oferta original.

Se quiebra el principio de igualdad, si después de adjudicado el contrato se alteran las bases de la licitación y se introduce una variante que implique beneficiar, al margen de las condiciones generales de la licitación, al que resultó adjudicatario.

Como se ha visto, el contrato administrativo tiene como rasgo esencial, la mutabilidad, esto es, la posibilidad de que el mismo sea modificado durante su ejecución, incluso, sin necesidad del consenso o voluntad del contratista.

Esta posibilidad de modificar el contrato se sustenta en el mencionado principio del ius variandi, en virtud del cual, la Administración debe ajustar las condiciones del contrato a las nuevas necesidades o circunstancias que durante la ejecución del contrato vayan surgiendo, toda vez que el contrato administrativo se inspira en la satisfacción del interés público comprometido, el cual, no podría concretizarse efectivamente, sin la modificación correspondiente.

La modificación propuesta, por un lado, lejos de importar una condición más ventajosa, trae mayores cargas económicas para el contratista, por otro lado, la modificación se fundamenta en la necesidad de satisfacer el interés público configurado por una situación que no puede configurarse y que es pagar por algo que no se había planteado ni presupuestado al realizar la adjudicación.

La presente modificación debe llevarse a cabo sin importar la condición que ostente el oferente, es decir, con independencia

Abog. Néstor Guarte
Asesor Jurídico
Ministerio de Defensa Pública

de la personalidad que ostenta, puesto que de no procederse a la modificación se correría el grave riesgo de sacrificar el interés público, el que no podría verse comprometido jamás, por cuanto que la satisfacción de dicho interés constituye el fundamento, la esencia, la razón de todo contrato administrativo, en tanto que los contratos administrativos se celebran, precisamente, para satisfacer dicho interés, finalidad que debe alcanzarse efectivamente, aun cuando para ello haya que variar los términos originales del contrato.

Consecuentemente, la modificación objeto de análisis tampoco afecta el derecho de terceros.

CONCLUSIONES RESPECTO DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO N° 57/2021 "ALQUILER DE LA SEDE DE LA CIUDAD DE VILLARRICA PARA EL MDP" CON ID. N° 400.231.

En base a las consideraciones reseñadas, cabe concluir que las modificaciones pueden ser llevadas a cabo, de manera unilateral, en los términos y condiciones que han sido propuestas por el Ministerio de la Defensa Pública de conformidad al art. 55 inc. b. de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas": a fin de eliminar de la CLAUSULA OCTAVA en obligaciones del locatario una parte del inc. a) donde se establece que el pago del servicio de agua corriente de la Cta. Cte. Ctral. N° 20.141.05, aclarando primeramente que el inmueble en cuestión cuenta con un pozo artesiano, por lo cual no se abona por el servicio de agua corriente y además se obvio transcribir en el contrato un N° de NIS 25.004.181 del Servicio de energía eléctrica quedando la misma establecida de la siguiente manera:

"Alquiler de la SEDE VILLARRICA" con ID. N° 400.231.

CLAUSULA SÉPTIMA

EL LOCATARIO se obliga a:

a) El pago de los servicios de: provisión de energía eléctrica de los medidores con NIS N° 30.001.575, 30.002.427, 25.004.177, 25.004.041, 25.004.043, 25.003.976, 25.004.878, 25.004.882, 25.004.877, 25.004.883, 20.006.137, 25.004.880, 25.004.881, 25.004.885, 25.004.886, 25.004.042, 25.004.040, 25.004.884 y el N° 25.004.181; por el plazo de duración del presente contrato o hasta la fecha de rescisión del mismo. por el plazo de duración del presente contrato o hasta la fecha de rescisión del mismo.----------

Abog. Néstor Guanes
Asesor - UOC
Ministerio de Defensa Pública

Los demás puntos e incisos de la presente cláusula no sufren ninguna modificación y quedan de conformidad al contrato N° 57/2021, que originalmente fuera firmado.----------

Es mi dictamen.

Abg. Néstor Guarie
Asesor
Unidad Operativa de Contrataciones

PODER JUDICIAL ★ MINISTERIO DE LA DEFENSA PÚBLICA ★
DOC