Asunción, de febrero de 2020.

"CONTRATO S.G. MINISTRO N° 492/2019 - LLAMADO MOPC N° 123/2017 – ID N° 336.727 - LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA CONTRATACIÓN DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS ESPECIALIZADAS EN OBRAS VIALES URBANAS, PARA EL DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE LA AVENIDA COSTANERA SUR CON FINANCIAMIENTO BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY N° 1.302/1.998 QUE ESTABLECE MODALIDADES Y CONDICIONES ESPECIALES Y COMPLEMENTARIAS A LA LEY N° 1.045/1.983 "QUE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE OBRAS PÚBLICAS, MODIFICADA POR LA LEY N° 5074/2013, SUS MODIFICATORIAS Y REGLAMENTACIONES.----------

INFORME JUSTIFICATIVO- CONVENIO MODIFICATORIO N° 2 CONTRATO SG MINISTRO N° 492/2019

I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto exponer las circunstancias que motivan la tramitación del Convenio Modificatorio N° 2 al Contrato de la referencia.

II. DISPOSICIONES APLICABLES

La Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas" en su Artículo 62. CONVENIOS MODIFICATORIOS EN OBRAS PÚBLICAS- dispone: *"En el caso 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. Solo 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".*

En concordancia, su Decreto Reglamentario, en el Artículo 85. CONVENIOS MODIFICATORIOS- establece: *"Los Convenios modificatorios en obras públicas se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley. El informe previo de la Auditoría General al que hace referencia el artículo 62 de la Ley para la celebración de convenios modificatorios de obras públicas, podrá suplirse con un dictamen legal, en los casos de Contratantes que no contaren con órganos de auditoría interna".*

Por su parte, la Cláusula CGC 4.3. "DOCUMENTOS CONTRACTUALES POSTERIORES A LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO", de las Condiciones Generales del Contrato, prevé que: *"El contrato una vez formalizado, sólo podrá modificarse mediante convenios modificatorios. Estas modificaciones deberán ajustarse a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley N° 2051/03. No podrán incluirse pagos adicionales a los previstos en el flujo de fondos de la oferta del contratista".*

Ing. HUGO ARCE PALMA
Director de Vialidad
M.O.P.C.

Dirección de Proyectos Estratégicos
Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Edificio Planeta 1-6to Piso Calle Humaitá N°145
Asunción – Paraguay
dipe@mopc.gov.py

11 (once)

III. CIRCUNSTANCIAS QUE MOTIVAN LA TRAMITACIÓN DEL CONVENIO MODIFICATORIO N° 1

En fecha 23 de octubre de 2019, según minuta labrada en la oportunidad, fue llevada a cabo una reunión entre el Señor Ministro Arnoldo Wiens, el titular de la Dirección de Proyectos Estratégicos Jorge Vergara y la Directora Jurídica Lorena Balbuena, por parte del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones; y los Señores Víctor Sánchez (EUROFINSA S.A), Francisco Griño (T & C S.A) y Carlos Peralta, en representación del CONSORCIO DEL SUR.

En el Punto 3 de la Minuta de Reunión se dejo constancia de que: *"El Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC) y el Consorcio del Sur asumen el compromiso de trabajar conjuntamente a fin de materializar, en la brevedad posible, un Convenio Modificatorio al Contrato a ser suscripto en 10 (diez) días hábiles luego de la firma, en el que se realicen las aclaraciones que sean necesarias, en relación a la cláusula N° 18. Solución de Controversias, en particular la cláusula 18.1 del mismo, en lo relativo a las controversias que serán sometidas a arbitraje, a fin de que la misma quede lo suficientemente clara y en concordancia con las previsiones contenidas al respecto en las cláusulas arbitrales de los anteriores proyectos licitados bajo la modalidad prevista en la Ley N° 5074"*

La cláusula en cuestión dispone *"La presente cláusula regula la solución de toda y cualquier controversia que se genere entre las partes, a excepción de las que se deriven del ejercicio de las prerrogativas de la administración conforme a lo establecido en la Cláusula 55 de las Condiciones Generales del Contrato"*

Por su parte, la Cláusula 55 de las Condiciones Generales del Contrato establecen:

"55. Solución de controversias. 55.1. Decisiones adoptadas por el Contratante en ejercicio de las prerrogativas establecidas en el artículo 55 de la Ley N° 2051/03. Las decisiones adoptadas por el Contratante en el ejercicio de las prerrogativas establecidas en el artículo 55 de la Ley N° 2051/03 podrán ser recurridas ante la jurisdicción contenciosa administrativa dentro de los plazos establecidos en la legislación respectiva. Sin perjuicio de ello, el Contratista podrá optar por: a) Plantear la reconsideración administrativa de la decisión ante la Contratante, dentro de plazo de diez días corridos, recurso que deberá ser resuelto dentro de dicho plazo. Si la Contratante no se expidiere en dicho plazo, se considerará denegada la petición. b) Solicitar la intervención de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, dentro del mismo plazo, para que ésta convoque a una audiencia de avenimiento, conforme con el procedimiento establecido en el Título Octavo, Capítulo Segundo de la Ley N° 2051/03. La interposición del recurso de reconsideración ante la Contratante o de la solicitud de avenimiento ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas interrumpe el plazo para interponer la demanda contenciosa administrativa hasta que la petición sea resuelta. 55.2. Controversias que se susciten por motivos que no impliquen en el ejercicio de las prerrogativas establecidas en el artículo 55 de la Ley N° 2051/03. Las controversias que se susciten entre el Contratante y Contratista por motivos que no impliquen el ejercicio de las prerrogativas establecidas en el artículo 55 de la Ley N° 2051/03 serán resueltas por el mecanismo de solución de controversias previsto en el contrato"

En este orden, cuadra traer a colación lo dispuesto en el Artículo 55° de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas":

"Las contratantes gozan de los siguientes derechos: a) a que se ejecuten los contratos en sus términos y condiciones y, en su caso, a exigir su cumplimiento forzoso; b) a modificar unilateralmente el contrato por

Dirección de Proyectos Estratégicos
Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Edificio Planeta 1-6to Piso Calle Humaitá N°145
Asunción – Paraguay
dipe@mopc.gov.py

Ing. HUGO ARCE PALMA
Director de Vialidad
M.O.P.C.

10 (diez)

razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito; c) a suspender o rescindir el contrato por razones de interés público; d) a declarar la resolución o rescisión del contrato, y determinar los efectos procedentes en cada caso; y e) a imponer las sanciones previstas en los contratos y a ejecutar las garantías, cuando el proveedor o contratista no cumpla con sus obligaciones. Las resoluciones adoptadas por las contratantes en ejercicio de estas prerrogativas, se ejecutarán de inmediato"

Al respecto, su reglamentación, según el Artículo 82° del Decreto Reglamentario N° 21.909, dispone:

"Prerrogativas de la Contratante. En sus relaciones contractuales con los proveedores y contratistas, las Contratantes tendrán las prerrogativas establecidas en el artículo 55 de la Ley. Las decisiones adoptadas por la Contratante en el ejercicio de tales prerrogativas deberán ser fundadas y podrán ser recurridas por los Contratistas o Proveedores ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de los plazos establecidos en la legislación respectiva. Opcionalmente, los afectados podrán: 1. Plantear la reconsideración administrativa de la decisión ante la Contratante dentro del plazo de diez días corridos, recurso que deberá ser resuelto dentro del mismo plazo. Si la Contratante no se expidiere en dicho plazo, se considerará denegada la petición. 2. Solicitar la intervención de la Unidad Central Normativa y Técnica, dentro del mismo plazo, para que ésta convoque a una audiencia de avenimiento conforme con el procedimiento establecido en el Título Octavo, Capítulo Segundo de la Ley. La interposición del recurso de reconsideración ante la Contratante o de la solicitud de avenimiento ante la Unidad Central Normativa y Técnica suspende el plazo para interponer la demanda contenciosa administrativa hasta que la petición sea resuelta"

Al respecto, nótese que en las Cláusulas 18.2 y siguientes, se prevé un mecanismo de solución de controversias a partir del cual las partes acuerdan resolver conflictos, controversias, discrepancias o incertidumbres, en primera instancia por negociación directa y en caso de no resultar exitosa dicha negociación, por arbitraje. En tal orden, las Cláusulas 18.3 y 18.4 reglamentan cuestiones referentes a la etapa de negociación, y de la cláusula 18.5 en adelante se disciplina lo referente al arbitraje.

En el marco de las reuniones mantenidas con el consorcio contratista – luego de la adjudicación y antes de la firma del contrato – los representantes del mismo resaltaron la necesidad de aclarar el alcance de la cláusula 18.1, manifestando al respecto que, de las previsiones allí contenidas, las siguientes cláusulas (18.2, 18.3, 18.4, 18.5, 18.6, 18.7, 18.8) y el mecanismo de solución de controversias en sí mismo, podrían resultar inaplicables.

En ese contexto, se asumió el compromiso conjunto de trabajar en las aclaraciones necesarias, a fin evitar posteriores inconvenientes respecto a la aplicación de la Cláusula 18 del Contrato, que reglamenta una cuestión de relevancia fundamental.

IV. MODIFICACIÓN

La Cláusula 18.1 del Contrato establece: *"La presente cláusula regula la solución de toda y cualquier controversia que se genere entre las partes, a excepción de las que se deriven del ejercicio de las prerrogativas de la administración, conforme a lo establecido en la Cláusula 55 de las Condiciones Generales del Contrato"*

En base a los fundamentos que anteceden, se considera conveniente la modificación de la misma, en los siguientes términos:

Ing. HUGO ARCE PALMA
Director de Vialidad
M.O.P.C.

Dirección de Proyectos Estratégicos
Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Edificio Planeta 1-6to Piso Calle Humaitá N°145
Asunción – Paraguay
dipe@mopc.gov.py

9(nueve)

"La presente cláusula regula la solución de toda y cualquier controversia que se genere entre las Partes a excepción de la decisión de modificar, suspender o terminar unilateralmente el contrato por razones de interés público en lo que respecta a la valoración del interés público en juego"

La modificación aclara y delimita el alcance de la excepción y consecuentemente otorgará certeza a las partes respecto al mecanismo a ser aplicado para la solución de controversias, el cual exceptuando las cuestiones previstas en la cláusula 18.1 será: negociación directa y arbitraje, según lo establecido en la cláusula 18.2 y siguientes.

Respecto a la solución de controversias por medio del arbitraje, la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas", en su Artículo 9° establece: *"Las controversias suscitadas con motivo de la interpretación, aplicación o validez de los contratos celebrados con arreglo a esta ley, podrán ser resueltas por arbitraje conforme a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación; a tal efecto, en cada caso particular deberá determinarse previamente la arbitrabilidad de la materia y la capacidad de las partes para someterse al arbitraje, debiendo constar el compromiso en una cláusula compromisoria inserta en el contrato o en un convenio independiente. Asumido el compromiso de una u otra forma, será obligatorio para las partes"*

Asimismo, el Artículo 88 del mismo cuerpo normativo dispone: *"Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 9° de esta ley, las partes quedan facultadas para someter a arbitraje cualquier diferencia que surja durante la ejecución de los contratos regulados por esta ley. En el reglamento se fijarán los términos y condiciones bajo los cuales las partes podrán pactar las cláusulas compromisorias que mejor convengan a sus intereses o, incluso, estipularlas en convenio por separado"*

Sobre la cuestión, en la reglamentación se estableció que: *"El arbitraje procede sólo en caso de haberse pactado en el contrato suscripto entre las partes. En caso de haberse pactado el arbitraje dentro del Contrato se deberán establecer la forma y métodos de designación de los Árbitros y sus suplentes y la aplicación de las leyes y normativas vigentes en la República para la decisión del Tribunal Arbitral o Arbitro único que designen las partes conforme al número de Árbitros convenido en la cláusula compromisoria o Anexo. Estas disposiciones no serán aplicables a aquellos casos regidos por Convenios o Tratados Internacionales. En caso de no incluirse la cláusula compromisoria en el contrato respectivo, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la redacción del Anexo dentro de los treinta días corridos siguientes a la firma del contrato, debiendo el Anexo suscribirse dentro de los veinte días siguientes de la petición; en caso contrario se considerará que no existe pacto arbitral. No se admitirá el nombramiento de arbitradores ni juzgamiento de las diferencias sobre la base de la equidad"*

Por su parte, doctrina autorizada, respecto a la arbitrabilidad de cuestiones inherentes al ámbito administrativo y sobre todo en relación a los límites y exclusiones que operan, indica que *"...La Administración Pública podrá recurrir al arbitraje para dilucidar cuestiones de carácter técnico, cuyo conocimiento generalmente es extraño a la competencia profesional de los jueces del Poder Judicial, o para dilucidar cuestiones de "hecho", o cuestiones de tipo financiero patrimonial (vgr., indemnizaciones). Desde luego, el arbitraje comprenderá la aplicación de los criterios jurídicos que fueren necesarios para la adecuada solución de las cuestiones mencionadas: quien puede lo más, puede lo menos. Pero si el arbitraje le fuese confiado a árbitros iuris, y no a meros "arbitradores", aquél podrá implicar o comprender directamente la solución de cuestiones de "derecho" cuestiones jurídicas, pues los árbitros iuris; a diferencia de los arbitradores, proceden según expresión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como los jueces*

Dirección de Proyectos Estratégicos
Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Edificio Planeta 1-6to Piso Calle Humaitá N°145
Asunción – Paraguay
dipe@mopc.gov.py

Ing. HUGO ARCE PALMA
Director de Vialidad
M.O.P.C.

ordinarios. ***Mas esta posible solución de cuestiones "jurídicas", o de "derecho", tiene como necesario límite, según ya quedó expresado, el de que ellas no afecten al orden público, ni al orden o sistema constitucional, no impliquen un agravio o rozamiento a la autoridad del Estado, ni a su soberanía.*** *Ningún principio imperante en derecho administrativo obsta a que los "árbitros iuris" se pronuncien sobre cuestiones "jurídicas" o de "derecho", con las limitaciones indicadas. En tal orden de ideas, va de suyo que los árbitros juris no pueden emitir decisiones que impliquen el ejercicio de potestades o atribuciones propias de la Administración Pública, o que trasunten el ejercicio de funciones especiales del Estado"*[1]

En cuanto a la Cláusula 18.2. del Contrato, la misma dispone "De acuerdo a lo establecido en la Cláusula 55 de las Condiciones Generales del Contrato, las partes acuerdan que todos los conflictos, controversias, discrepancias o incertidumbres respecto a la interpretación, aplicación, ejecución, resolución, nulidad, cumplimiento y/o incumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del contrato mismo, serán resueltos en primera instancia por negociación directa de las partes (conforme el apartado iii), y en caso de no resultar exitosa dicha negociación, por arbitraje (conforme el apartado iv)".

Considerando la modificación a ser realizada en la Cláusula precedente (18.1), resulta necesario, a fin de que ambas cláusulas sean congruentes y coherentes entre sí, y no existan contradicciones respecto al alcance que se pretende dar con la delimitación de las excepciones establecidas en estas cláusulas y así otorgar certeza a las partes respecto al mecanismo y a las situaciones, con sus excepciones, que serán aplicadas para la solución de controversias en el marco del presente Contrato.

La redacción propuesta es la siguiente:

"De acuerdo a lo establecido en la Cláusula precedente (18.1.), las partes acuerdan que los conflictos, controversias, discrepancias o incertidumbres respecto a la interpretación, aplicación, ejecución, resolución, nulidad, cumplimiento y/o incumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato mismo, serán resueltas en primera instancia por negociación directa de las partes (conforme al apartado iii), y en caso de no resultar exitosa dicha negociación, por arbitraje (conforme apartado iv)"

V. CONFORMIDAD DEL CONTRATISTA

Según MINUTA DE REUNIÓN de fecha 23 de octubre de 2019, el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones asumieron el compromiso de realizar las aclaraciones necesarias y consecuentemente suscribir el convenio modificatorio correspondiente, de lo cual se desprende que la contratista se encuentra conforme con el presente.

VI. CONCLUSIONES

En mérito de lo expuesto en los apartados que anteceden, se considera que la modificación en cuestión:

- No tiene por objeto otorgar al contratista condiciones más favorables con respecto a las señaladas originalmente en las bases y en el contrato, sino delimitar y con ello otorgar la certeza requerida.

[1] MARIENHOFF, Miguel M. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IIIA.

Dirección de Proyectos Estratégicos
Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Edificio Planeta 1-6to Piso Calle Humaitá N°145
Asunción – Paraguay
dipe@mopc.gov.py

Ing. HUGO ARCE PALMA
Director de Vialidad
M.O.P.C.

7(Siete)

- La Cláusula 18 Solución de Controversias, del contrato, se encuentra ajustada a las disposiciones legales aplicables.
- La modificación en cuestión, no vulnera las prohibiciones y limitaciones previstas en las disposiciones normativas y contractuales referenciadas.

Se somete a consideración y parecer de la Dirección de Asuntos Jurídicos para poder, en su caso, proseguir con los trámites correspondientes.

Ing. HUGO ARCE PALMA
Director de Vialidad
M.O.P.C.

Dirección de Proyectos Estratégicos
Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Edificio Planeta 1-6to Piso Calle Humaitá N°145
Asunción – Paraguay
dipe@mopc.gov.py