DICTAMEN D.A.J. Nº 1968 del 26 de noviembre de 2020.-

DAJ Nº: 5160/2020

REF.: "LLAMADO MOPC Nº 123/2017 - LPI PARA EL DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE LA AVENIDA COSTANERA SUR CON FINANCIAMIENTO BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY Nº 1302/1998. QUE ESTABLECE MODALIDADES Y CONDICIONES ESPECIALES Y COMPLEMENTARIAS A LA LEY Nº 1045/1983 "QUE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE OBRAS PUBLICAS, MODIFICADA POR LEY Nº 5074/2013, SUS MODIFICACIONES Y REGLAMENTACIONES". ID Nº 336.727 – CONTRATO S.G. MINISTRO Nº 492/2019 - EMPRESA: CONSORCIO DEL SUR – CONVENIO MODIFICATORIO Nº 5.-

SRTA. LINCY LUCENA, DIRECTORA
UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACIÓN

La Dirección de Vialidad solicita parecer legal sobre el Convenio Modificatorio N° 5 y el Borrador de Resolución respectiva, y analizados los mismos esta Dirección señala:

I. GENERALIDADES

A. CARÁCTER DE LA INTERVENCIÓN DE ESTA DIRECCIÓN

La Dirección de Asuntos Jurídicos (DAJ) es la entidad encargada por la carta orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC) a dictaminar sobre las cuestiones y consultas que surjan del cumplimiento de las funciones del Ministerio en cuanto a su aspecto jurídico.[1] De lo precedente, se desprende cuanto sigue:

- Esta Dirección emite *dictámenes*, que son opiniones sobre cuestiones jurídicas analizadas. Los dictámenes no son decisiones, sino que son elementos que forman parte del proceso de decisión del administrador. En doctrina, se reconoce que "*El dictamen forma parte de los actos previos a la emisión de la voluntad y se integra como una etapa de carácter consultivo-deliberativo en el procedimiento administrativo de conformación de la voluntad estatal*".[2]

- La Dirección tiene el carácter de órgano consultivo y asesor, por lo que su intervención en las actividades del Ministerio siempre está supeditada al proceder de la dependencia que toma la iniciativa de solicitar la asistencia y los documentos que fueran remitidos con la misma.

Por todo lo precedente, la DAJ considera prudente manifestar que el presente dictamen desarrolla una opinión jurídica en respuesta a la consulta planteada para contribuir como un elemento más en la toma de decisiones de la consultante. Asimismo, esta Dirección se reserva la facultad de emitir pareceres adicionales sobre lo analizado, de constatarse hechos, remitirse otros documentos o precisarse aclaraciones sobre cuestiones que no fueran originalmente planteadas.

Abog. Ethel M. Díaz de Martínez
Dirección de Asuntos Jurídicos
M.O.P.C.

Rosario Godoy Rodas
Abogada
Mat. C.S. N° 51.756

[1] Ley N° 167/93 "Que aprueba con modificaciones el Decreto-Ley N° 5 de fecha 27 de marzo de 1991 "Que establece la estructura orgánica y funciones del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones"", artículo 39.
[2] Roberto Dromi, *El Procedimiento Administrativo* (Editorial Ciudad Argentina 1999) 143-144.

26 (veintiseis)

II ANTECEDENTES

1. Memorándum UOC N° 3413/2020 de la Unidad Operativa de Contratación (25/11/2020)
2. Memorándum DAT N° 33/2020 de la Dirección de Auditoría Interna (24/11/2020)
3. Memorándum UOC N° 3381/2020 de la Unidad Operativa de Contratación (23/11/2020)
4. Informe de Verificación de Pólizas y Garantías (20/11/2020)
5. Memo UEPE N° 1399/2020 de la Unidad Ejecutora de Proyectos Estratégicos (17/11/2020)
6. Borrador del Convenio Modificatorio N° 5
7. Informe Justificativo – Convenio Modificatorio N° 5
8. Proyecto de Resolución Ministerial

III NORMATIVA APLICABLE

1- Contrato S.G. Ministro N° 492/2019 de fecha 29/10/19.

- "**4.3 CGC, Documentos contractuales posteriores a la formalización del Contrato**. *"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".*

2- Ley de Contrataciones Públicas: *Ley N° 2051/2003 "De Contrataciones Públicas"*

- ***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".*

3- Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC): *Ley N° 167/1993 "Que Aprueba con Modificaciones el Decreto-Ley No. 5 de Fecha 27 de marzo de 1991 "Que Establece la Estructura Orgánica y Funciones del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones "Artículo 4: "El Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones es la autoridad máxima designada por el Poder Ejecutivo para administrar y desarrollar las actividades del Ministerio...Las atribuciones y deberes del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones son, entre otras las de: ...i) Representar administrativamente al Ministerio: ordenar gastos: firmar contratos relacionados con asuntos propios de la Cartera... ".*

IV CONSIDERACIONES

La Unidad Ejecutora de Proyectos Estratégicos ha elaborado un Informe Justificativo – Convenio Modificatorio N° 5 cuyo objeto es *"Exponer las circunstancias que motivan la tramitación del Convenio Modificatorio N° 5 al contrato de referencia"*

Abog. Esther M... Director Dirección de Asuntos Jurídicos MOPC

Rosario Godoy Rodas Abogada Mat. C.S.J. N°51.756

En ese sentido el informe supra mencionado refiere cuanto sigue:

1- INCLUSIÓN DEL PLAZO PARA LA EMISIÓN DE LA ORDEN DE INICIO

El Pliego de Bases y Condiciones en la cláusula 16.1 de las CG del PBC, establece que la Orden de Inicio (única) está sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones: a) la aprobación de las autoridades públicas competentes que se indican en las Condiciones Especiales del Contrato (las "CEC"); b) la disponibilidad de terrenos, salvo disposiciones contrarias en las CEC; y c) la aprobación por parte del MOPC del Proyecto Ejecutivo completo. Sin embargo, no existe una fecha determinada para que se dé la misma. Así también, el último de los requisitos previstos para la emisión de Orden de Inicio es la obtención del Cierre Financiero o demostrar a la Contratante la capacidad financiera para dar inicio a la ejecución de la obra.

Atendiendo a esto, quedan claros los requisitos y condiciones para ambas partes para la emisión de la Orden de Inicio, por lo que, de manera a otorgar una mayor certeza y previsibilidad al contrato lo que favorecerá el correcto desarrollo del Proyecto, se considera oportuno incluir un plazo para que la Administradora del Contrato emita la Orden de Inicio una vez que se haya constatado el cumplimiento efectivo de todas las condiciones establecidas en las bases contractuales.

2- MODIFICACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE CIERRE FINANCIERO

La Cláusula 1 del Contrato ofrece una definición de Cierre Financiero, sin embargo, el plazo de 210 (doscientos diez) días establecido en el mismo debe ser ajustado de manera a que el mismo se adecue a las necesidades contractuales, por lo que consideramos pertinente diferir el Cierre Financiero a un plazo posterior a la emisión de la Orden de Inicio. Dicho cambio es importante ya que, a partir de ahí quedan fijas los plazos para entrega de hitos y posterior emisión de Certificados de Reconocimiento de Obligación de Pago (CROP), por lo que de manera a dar mayor certeza a la ejecución contractual dicho plazo debe ser ajustado, considerándose correcto fijar la fecha para el Cierre Financiero luego de 10 (diez) días hábiles de emitida la Orden de Inicio.

Abog. Eva Martínez
Dirección Asuntos Jurídicos
MOPC

MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y COMUNICACIONES
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS

Rosario Godoy Rodas
Abogada
Mat. C.S.J. N°51.756

25(veinti cinco)

3- AGREGAR LA CLÁUSULA 13.1 AL CONTRATO

A los efectos relacionados con la condición establecida en la Cláusula 16 – Literal b), de las Condiciones Generales del Contrato, se incluye la Cláusula 13.1 "DISPONIBILIDAD DE LOS TERRENOS – PLAZOS – CRONOGRAMA", la finalidad del mismo es otorgar certeza y dar claridad tanto a la Contratante como a la Contratista sobre las responsabilidades y los plazos de cada una de las partes en el proceso de disponibilización de zona de obra para la ejecución de los trabajos. La importancia de establecer este Cronograma radica en que esta disponibilización es uno de los requisitos establecidos en los documentos contractuales para la emisión de la Orden de Inicio, que como se mencionó, es el que ayuda a determinar los plazos de ejecución de cada hito y de emisión de los Certificados de Reconocimiento de Obligación de Pago.

4- ACLARACIÓN DE LA CLÁUSULA 49.4 DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO.

La cláusula 49.4 de las CG del PBC establece que, en caso de que se resuelva el contrato por causa imputable al MOPC, se pagarán los costos financieros debidamente documentados, correspondientes exclusivamente al financiamiento de corto plazo de las obras reconocidas según la cláusula 49.2.

Ni el contrato, ni el PBC definen el término "financiamiento de corto plazo". Si bien puede entenderse que dicho término se refiere a la financiación en relación con el capital operativo del proyecto y cuyos costos están incluidos en el Formulario 2.5 de la Oferta Adjudicada, dentro del ítem c) Costos Financieros, que incluye (i) la Estructuración del Financiamiento, y (ii) el Interés del Capital Operativo, esto no está claro ni en el Contrato, ni en el PBC.

De modo a evitar cualquier ambigüedad y de modo a darle claridad a dicha cláusula, se incluyeron los conceptos que serían abonados por el MOPC que correspondan al financiamiento de corto plazo y la forma de calcular dichos conceptos, en el caso de que el contrato se resuelva por causa imputable a la Contratante.

Por tanto, se incluye dicha aclaración en el presente Convenio Modificatorio, haciendo expresa mención de los costos financieros mencionados en el concepto c) del Formulario 2.5 de la Oferta Adjudicada, los cuales incluyen: (i) la estructuración del financiamiento, y (ii) el interés del capital operativo, que serán los conceptos a ser abonados por el Estado en caso de terminación anticipada.

V. 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 para su correcta ejecución.
- La modificación en cuestión, no vulnera las prohibiciones y limitaciones previstas en las disposiciones normativas y contractuales referenciadas.
- No implica aumento de monto ni modificación de los plazos contractuales.

Abog. Ethel M. [illegible]
Directora
Dirección de Asuntos Jurídicos
MOPC

Rosario [illegible] Rodas
Abogado
Mat. C.S.J. [illegible] 1.756

V- CONCLUSIÓN

Por tanto, atendiendo a la documentación remitida, la normativa aplicable y las consideraciones expuestas precedentemente, esta Dirección no opone reparo al Convenio Modificatorio N° 5, el cual no representa incremento al monto original y al plazo de ejecución de la obra, realizando ajustes a los términos de las Cláusula 1, cláusulas 16.1, Cláusula 13. 1, y 49.4 de las CGC, en el marco del "LLAMADO MOPC N° 123/2017 - LPI PARA EL DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE LA AVENIDA COSTANERA SUR CON FINANCIAMIENTO BAJO EL RÉGIMEN DE LA LEY N° 1302/1998. QUE ESTABLECE MODALIDADES Y CONDICIONES ESPECIALES Y COMPLEMENTARIAS A LA LEY N° 1045/1983 "QUE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE OBRAS PUBLICAS, MODIFICADA POR LEY N° 5074/2013, SUS MODIFICACIONES Y REGLAMENTACIONES". ID N° 336.727 – suscripto con el CONSORCIO DEL SUR, CONTRATO S.G. MINISTRO N° 492/2019, de conformidad a lo establecido en las cláusulas de las condiciones generales del contrato traídas a colación que se encuentran en concordancia con el artículo 62 de la ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas".

Así también, se advierte que, en ocasión de la suscripción del convenio modificatorio el Consorcio del Sur deberá contar con las garantías contractuales vigentes.

Finalmente, se aclara que esta Dirección se limita a la verificación de los antecedentes obrantes en el expediente, quedando a cargo de la Unidad Administradora del Contrato, la justificación de los fundamentos técnicos que motivan la celebración del convenio modificatorio propuesto.

Atentamente.

Ing. Elmer M. Díaz Martínez
Director
Dirección de Asuntos Jurídicos
MOPC

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS

Rosario Godoy Rodas
Abogada
Mat. C.S. N°51.756

24 (veinte cuatro)