NOTA DNCP/DJ N°13148/17

Asunción, 08 de noviembre de 2017.

DENUNCIA INGRESADA POR MEMORANDUM DJ N°1609/17 REFERIDA A SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL MARCO DEL LLAMADO A CONTRATACIÓN DIRECTA N°03/17 PARA LA CONSTRUCCIÓN DE AULA CON TECHO DE LOSA DE H° A° EN PB SIN ESCALERA PARA LA ESCUELA BÁSICA N°7495 DIVINO NIÑO JESIS – FONACIDE, CONVOCADO POR LA MUNCIPALIDAD DE LUQUE (ID 323436). ----------

Por medio de Memorándum DJ N°1609/17, recibido en fecha 30 de octubre de 2017, se remite a la Dirección Jurídica de parte del Asesor Jurídico Abg. Javier Filizzola, los antecedentes del proceso -CONTRATACIÓN DIRECTA N°03/17 PARA LA CONSTRUCCIÓN DE AULA CON TECHO DE LOSA DE H° A° EN PB SIN ESCALERA PARA LA ESCUELA BÁSICA N°7495 DIVINO NIÑO JESIS – FONACIDE, CONVOCADO POR LA MUNCIPALIDAD DE LUQUE (ID 323436)-, en los siguientes términos: *"Indicamos a la convocante que en las documentaciones remitidas mencionan los artículos 55 y artículo 62 y 63 de la Ley 2051/03, sin embargo ambos artículos son diferentes, ya que el artículo 55 se refiere a una modificación unilateral y el artículo 62 y 63 bilateral. La nota remitida a la convocante se encuentra publicada en el SICP"*. (Sic). ----------

Que, cabe indicar que la Nota de Observación –base del Memorándum DJ N°1609/17- es la Nota DNCP/DNC N°24114/17 publicada en el Sistema de Información de las Compras Públicas, en donde se detalla la misma observación transcripta más arriba. ----

Que, por medio de la **Nota DNCP/DJ N°12843/17** remitida a **LA CONVOCANTE - MUNICIPALIDAD DE LUQUE**, se solicita que eleve informe sobre la supuesta irregularidad argüida en el Memorándum DJ N°1609/17. ----------

Que, en **fecha 06 de noviembre del 2017** la Directora de la UOC Econ. Liz Fabiola Rodríguez de la Convocante -MUNICIPALIDAD DE LUQUE-, se presenta a **contestar el pedido de informe**, mediante Expediente DNCP N°9939 ingresado en Mesa de Entrada de

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

esta Dirección Nacional, expresando que en fecha 25 de octubre del corriente año según Nota UOC N°737/17 se tuvo la intención de comunicar y publicar el correspondiente descargo a la observación a través del SICP, sin embargo, el sistema no admitía. Agrega que, se ha procedido a remitir a la Dirección de Normas y Control por Mesa de Entrada Manual. ----------

Que, la Entidad Convocante ha arrimado las siguientes documentales conjuntamente con su escrito de descargo:

- Nota de fecha 13 de septiembre de 2017 de Aprobación de las Tareas Complementarias a la Obra licitada, firmada por el Arq. Juan Carlos Fariña Lesme en su carácter de Director de Infraestructura de la Institución;
- Memorándum N°432/17 de fecha 26 de septiembre de 2017 de no objeción a la Solicitud[1] de adenda compensatoria de la obra del Contrato N°05/17, firmada por el Lic. Pablo Segovia en carácter de Director de Auditoria Interna de la Institución;
- Dictamen Rectificativo N°3305/17 de fecha 24 de octubre de 2017, correspondiente a la Adenda Modificatoria, teniendo en cuenta la Nota DNCP/DNC N°24114/17; y,
- Acta de Recepción Definitiva de la obra en cuestión de fecha 20 de septiembre de 2017, firmada por: Arq. Sofía Leguizamón (fiscalizadora), Arq. Tito Aranda Charruf (Director de Obras y Servicios Municipales) y Héctor Ramírez Franco (Presidente Altepar S.A., contratista). ----------

Que, esta Dirección Jurídica luego del estudio, realiza el presente Dictamen Conclusivo en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación: ----------

Que, la observación mencionada por la Dirección de Normas y Control y transcripta por el Asesor Jurídico el Memorándum DJ N°1609/17; consiste en que, la Adenda N°1 al

[1] Solicitud de Adenda Compensatoria mediante Memorándum N°440/17 de la Dirección de Obras y Servicios Municipales de la Institución.

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Contrato de Obra N°05/17 se encontraría sustentada en los arts. 55, 62 y 63 de la Ley N°2051/03 De Contrataciones Públicas, no obstante, indica la nota de observación que el art. 55 es para el caso de tratarse de una modificación unilateral de la Contratante y los arts. 62/63 para el caso de una modificación bilateral de ambas partes. ----------

A su turno, la Entidad Convocante hace referencia a que la Institución Municipal mediante Nota UOC N°737/17 tuvo la intención de subsanar tal observación en el momento oportuno. Así, adjunta a su descargo el Dictamen Rectificatorio de la Adenda N°1 al Contrato, que señala: "*Se solicita la exclusión del art. 55 de la Ley 2051/03 de los documentos vinculantes al proceso (...) considerando el pedido de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, donde recomiendan que solo afecta a las adendas compensatorias el art. 62 de la Ley 2051/03*". ----------

Que, es importante remitirnos a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley N°2051/03 De Contrataciones Públicas –CONVENIOS MODIFICATORIOS EN OBRAS PÚBLICAS-: "*En el caso de que fuera 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 (...). 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 ...*". ----------

Así también, el artículo 85 del Decreto Reglamentario N°21909/03 señala que el informe previo de la Auditoria General a 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. -------

Que, de las normas transcriptas se desprenden cuáles son los requerimientos legales para la suscripción de Adendas y/o Convenios Modificatorios al Contrato Principal y

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

en tal sentido, se denota que en el caso en particular la Entidad Convocante contaba con el pertinente Informe Previo de Auditoria General -Memorándum N°432/17 de fecha 26 de septiembre de 2017 firmada por el Lic. Pablo Segovia en carácter de Director de Auditoria Interna de la Institución, que a su vez, se basó en el Informe del Director de Infraestructura de la Municipalidad; entonces, se constata a prima facie que la Adenda N°1 al Contrato N°05/17 de fecha 18 de abril de 2017 suscripta entre la Municipalidad de Luque y la firma Alterpar S.A. cuenta con la documentación respaldatoria, a la luz de la normativa legal vigente. ----------

Asimismo, tras la verificación de las documentales adjuntas por la Convocante en su descargo como las obrantes en el Portal de Contrataciones Públicas se puede constatar que el Contrato original fue suscripto por la suma total de Gs. 112.828.574 (Guaraníes Ciento Doce Millones Ochocientos Veinte y Ocho Mil Quinientos Setenta y Cuatro), de igual manera, que la Adenda Compensatoria N°1 del Contrato es por un valor de Gs. 1.260.350 y al respecto, la Entidad Convocante deja en claro que los trabajos ampliados son compensados por la resultante de los rubros no ejecutados, por lo que, se observa que la misma no reviste superación de la ratio de los 20% del monto originalmente pactado que la Ley 2051/03 "*De Contrataciones Públicas*" indica como límite para la realización de convenios y/o adendas modificatorias al contrato. ----------

Que, la observación de la Dirección de Normas y Control versa más bien NO sobre la regularidad de la adenda y las modificaciones acaecidas en el marco de la ejecución contractual, sino el hecho que la Convocante arguye como fundamento de la suscripción de la adenda varios artículos de la LEY, que tratan sobre modificaciones al contrato, pero ante circunstancias diferentes. ----------

Que, el art. 55 nos habla de la modificación unilateral del contrato por razones de interés público por parte de la Contratante, como un derecho atribuido a la misma, sin necesidad de consentimiento de parte. Y en contra partida, el art. 62 habla de modificaciones bilaterales por causas imprevistas o técnicas durante la ejecución

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

contractual, siempre y cuando no se sobrepase un límite legal (20%), se mantengan los precios unitarios y no se trate de una condición más favorable al contratista. ----------

Que, por las características de la Adenda N°1 al Contrato vemos que efectivamente la misma se subsumiría en el artículo 62 de la Ley N°2051/03 y no equívocamente en el art. 55 y/o 63 (éste último, aplicado a las modificaciones en relación a la provisión de bienes y/o servicios), tal como refería en principio la Convocante. ----------

Que, la Doctrina ha puesto énfasis en señalar la necesidad de motivar los actos como elemento de la legitimidad del acto y de la *"juridicidad"* y "r*azonabilidad*" de las relaciones jurídicas (FIORINI[2]), con quien coincidía ESCOLA[3], como "*índice de su legalidad*" (DIEZ[4]), o exigencia de una conducta racional en un Estado de Derecho (GORDILLO[5]). ----------

Así las cosas, en la medida que consta en autos el Dictamen Rectificatorio de la Directora de Asuntos Jurídicos de la Entidad Convocante donde alega la supresión del art. 55 como sustento a la modificación surpamencionada, indicando que la misma se circunscribe al art. 62 de la Ley; esta Dirección Jurídica **recomienda a la Entidad Convocante prestar especial atención en la elaboración de resoluciones y/o dictámenes justificativos de adendas al contrato, a fin de evitar observaciones como la estudiada en el presente dictamen.** ----------

Se considera que no existe una irregularidad propiamente dicha que justifique la declaración de nulidad del procedimiento licitatorio, sobre todo atendiendo al Principio de Finalidad (instrumentalidad de las formas) con arreglo al cual es más importante que la finalidad del acto se cumpla a que sólo se produzca un agravio a la forma. ----------

[2] Fiorini, Bartolomé A., Manual de Derecho Administrativo, T.I, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 340 y ss.

[3] Escola, Héctor Jorge, Tratado General de Procedimiento Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 58

[4] Diez, Manuel María, El acto administrativo, 2°ed., Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenas Aires, 1960, p.239 y ss.

[5] Gordillom Agustín A., El acto administrativo, 2°Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, todos los actos, ps. 313-314.

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Si la finalidad del acto se concreta, no hay nulidad. Así, notamos que la Entidad Convocante ha argumentado la Adenda N°1 Compensatoria al Contrato N° 05/17 sustentado en los Informes de las Direcciones de Infraestructura y Auditoria General del Municipio y, dado respuesta a la observación de la Dirección de Normas y Control de la DNCP mediante el Dictamen Rectificatoria de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Institución; además agregado a autos, el **Acta de Recepción Definitiva de la Obra** firmada por las dependencias responsables del control de la ejecución contractual, así como, por la firma contratista del cumplimiento efectivo de lo pactado originalmente más las compensaciones realizadas a la obra por adenda, por lo cual, la Dirección Jurídica no encuentra fundamentos suficientes que indiquen algún indicio de irregularidad manifiesta en el actuar de la Convocante. ----------

Por lo expuesto, esta Dirección Jurídica de acuerdo con lo previsto en el Art. 13 del Decreto 7434/11[6] considera que no existen méritos para la apertura de una INVESTIGACIÓN DE OFICIO, en consecuencia, se da por finalizado el presente dictamen solo en cuanto a la observación señalada en el Memorándum DJ N°1609/17, con la salvedad que de existir otros reclamos puntuales actuaremos en al ámbito de nuestra competencia.----------

ABG. THANIA FERREIRA
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. LUIS A. GODOY DURIA
Director Jurídico - DNCP

[6] El art. 13 del Decreto N°7434/11 POR LA CUAL SE ESTABLECEN CIERTAS REGLAMENTACIONES PARA LOS PROCESOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA DNCP, dicta: "*Las investigaciones preliminares o de oficio podrán iniciarse siempre y cuando por cualquier medio fehaciente, la DNCP tenga conocimiento de la existencia de actos que podrían ser contrarios a la normativa legal vigente en materia de contrataciones públicas. Las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la DNCP,* ***sea constatada la existencia de méritos o elementos suficientes*** *que indiquen que los hechos que lleguen a su conocimiento sean susceptibles de causar daños o perjuicios al Estado; y, cuando la vía pertinente no sea la Protesta…*".