

Potestad de modificación unilateral en contrataciones públicas: un estudio del artículo 55° de la Ley N.º 2051/2003

Unilateral Modification Powers in Public Contracting: A Study of Article 55° of Law No. 2051/2003

Juan Angel Santacruz Ybarrola¹

¹ Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, Unidad Operativa de Contrataciones. Asunción, Paraguay.
Correspondencia: juangelsantacruz@gmail.com

Resumen

El presente artículo académico se centrará en realizar un análisis sistemático y teleológico sobre las modificaciones contractuales bajo el amparo del interés público. Se intentará delimitar el alcance, límites y lineamientos que nuestro sistema normativo impone a la Administración a la hora de utilizar dicha Prerrogativa de la Administración. Por último, y fruto del análisis y por los fundamentos expuestos, realizare una breve critica académica a la interpretación sostenida en múltiples casos que se presentaron en el mercado de las compras públicas desde el año 2015 que sostenían que la modificación unilateral y por interés público es una herramienta a la que debe recurrirse para modificar un contrato cuando se busca traspasar los límites y condiciones legales fijados para las modificaciones ordinarias por acuerdo entre partes.

Palabras clave

modificaciones contractuales, interés público, contrato administrativo, contrataciones públicas, modificación unilateral, prerrogativas.

Abstract

This academic article will focus on conducting a systematic and teleological analysis of contractual modifications under the protection of the public interest. It will aim to delineate the limits and guidelines that our regulatory system imposes on the Administration when utilizing this Administrative Prerogative. Finally, based on the analysis and the arguments presented, I will provide a brief academic critique of the interpretation upheld in multiple cases that emerged in the public procurement market since 2015, which argued that unilateral modification in the name of public interest is a tool to be employed to modify a contract when

seeking to surpass the legal limits and conditions established for ordinary modifications by mutual agreement between the parties.

Keywords contractual modifications, public interest, administrative contract, public procurement, unilateral modification, prerogatives.

Introducción

A los efectos de empezar a realizar el análisis contextual de la norma; se debe indicar que la Constitución Nacional de la República del Paraguay, en su artículo 257° establece el principio de legalidad de Derecho Público indicando que “*Los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la ley*”.

Esta norma consagra un principio cardinal del derecho administrativo, rama en la que se encuentran las normas de las contrataciones públicas de nuestro país.

Siguiendo con el análisis, y descendiendo por la Pirámide de Kelsen, se tiene a la “Convención De Las Naciones Unidas Contra La Corrupción” adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en octubre de 2003 y ratificada por el Paraguay mediante la Ley N.° 2535/2005 prescribe en su artículo 9° - Contratación pública y gestión de la hacienda pública – que: “*Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: (...) c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos*”.

El resaltado de la norma se ha realizado a los efectos de indicar que la República del Paraguay, ha asumido la obligación internacional de establecer un sistema normativo en materia de contrataciones públicas y la gestión de la hacienda pública que responda a criterios objetivos. La objetividad hace foco en el objeto en sí mismo, contraponiéndose a lo subjetivo que hace énfasis en la perspectiva de la persona-agente.

Es decir, el sistema normativo de las contrataciones públicas en la República del Paraguay se basa principalmente en facultades regladas, evadiendo, en la medida de lo posible, el actuar discrecional de los agentes-órganos de la Administración.

Este relato se realiza a los efectos de indicar que al momento de interpretar

un enunciado normativo incluido en el régimen de las contrataciones públicas debe tenerse en cuenta dicho principio constitucional, el contexto o sistema normativo íntegro y las guías interpretativas que el propio sistema nos pone en frente.

Así mismo, ya definido los criterios interpretativos que se debe seguir, es importante hacer mención a como se construye el Derecho Administrativo. La definición precisa de esta rama ha pasado por innumerables perspectivas y autores; no obstante, en esta oportunidad resaltaremos el fin de esta rama de derecho.

Buscando sintetizar en términos claros y precisos el objetivo del Derecho Administrativo, se cita al célebre autor nacional Salvador Villagra Maffiodo que ha indicado en su obra “Principios de derecho administrativo” que “Lo que por último hay que poner de resalto es que, por encima de su intrincada trama, el Derecho administrativo apunta al cumplimiento del mandato según el cual “los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la ley”. Hacer que se cumpla este precepto en lo que concierne a los órganos del Poder Ejecutivo, que son los más propensos a caer en desviaciones: ese es el gran objetivo que confiere valor y sentido propios al Derecho administrativo”.

El Derecho Administrativo tiene como fin concretar la voluntad del Estado, en función administrativa; indicando que esta voluntad no puede extenderse más allá de lo establecido de manera precisa en la ley, por dos motivos principales: evitar desviaciones de la voluntad estrictamente construida con base en la ley (por cuestiones propias de la voluntad del agente) y así mismo, como un límite que se construye contra las arbitrariedades que se podrían realizar en contra de los administrados.

En materia de compras públicas es la ley, con criterios objetivos y facultades regladas en su mayoría, la que construye la voluntad del Estado. En particular, ha sido la Ley N.º 2051/2003 “De Contrataciones Públicas” el instrumento normativo que ha venido a revolucionar, en su momento, el área de las contrataciones públicas en la República del Paraguay. Este instrumento normativo, con sus demás documentos reglamentarios, han logrado establecer reglas claras, objetivas y transparentes que debían seguir los entes de derecho público. Es así que se ha constituido como un hito relevante que alineó el actuar de los organismos públicos por más de dos décadas.

En materia de modificaciones contractuales, la Ley N.º 2051/2003 “De Contrataciones Públicas” ha previsto, de manera particular y precisa, las facultades, condiciones y limitaciones para realizar las modificaciones contractuales, de acuerdo a la naturaleza de los contratos.

Cabe mencionar que lo ordinario y lo que debe perseguir la *Administración*

es que los contratos se ejecuten sin modificaciones y terminen por el cumplimiento íntegro de las obligaciones pactadas originalmente; ya que en la materia específica existe un deber de planificación que en principio manda prever las contingencias o variables que puedan presentarse durante la ejecución del contrato; así como el deber de salvaguardar el principio de igualdad entre los actores del mercado buscando que el contrato que se ha licitado sea el que finalmente termine ejecutándose.

Sin embargo, la planificación, en materia de contrataciones públicas y en todas las áreas de las ciencias, no está escrita en piedra y es válido realizar ajustes por variables sobrevinientes.

El legislador con sabiduría ha establecido la facultad de las *contratantes* de poder realizar modificaciones contractuales, pero respetando ciertos lineamientos legales que buscan garantizar los principios rectores de las contrataciones públicas.

En efecto el artículo 62° prevé normas para las modificaciones a los contratos de obras públicas acordes a esta modalidad y por su parte el artículo 63° indica los lineamientos en contratos de adquisiciones, locaciones y servicios. En dichas modificaciones, como en todo el proceso en sí existe un interés público comprometido pues si dicho elemento no existiere no se puede estar ante un contrato administrativo ya que la razón final de la *Administración* es la consecución del interés general.

Estos artículos configuran la voluntad de la Administración en la materia; es decir, la Administración solamente puede proponer, conforme a la voluntad construida legalmente, las modificaciones contractuales que respeten cada uno de los lineamientos indicados en el artículo 63° y 62° de la ley. Si hay una modificación que no se enmarque en dichos artículos, legalmente la Administración no puede “querer” dicha modificación.

Naturalmente, ante un contrato necesariamente se requiere el acuerdo de voluntades para modificarlo, no bastando con la voluntad única de la Administración. Esto cae de maduro al observar que el artículo 62° de la Ley N.° 2051/2003 “De Contrataciones Públicas” indica: *“estos sean acordados entre las partes previa firma del convenio”* y por su parte, el artículo 63° manda que: *“Cualquier modificación a los contratos deberá formalizarse por escrito por parte de las contratantes”*.

Ahora bien, no se debe olvidar que los contratos administrativos, contiene una nota distintiva que la doctrina lo ha denominado *“Prerrogativas de la Administración o cláusulas exorbitantes”*.

Esta nota distintiva parte de la idea de precautelar el interés público comprometido en los contratos administrativos; el cual podría contraponerse al interés particular del administrado. Por esta razón, la aplicación de una imposición por motivo de interés público generalmente va acompañada de una indemnización,

en la medida que se considere pertinente, por el daño y la afectación del interés particular afectado. A modo de ejemplo, se puede mencionar la justa indemnización en casos de expropiación por razones de utilidad pública.

Dichas prerrogativas generalmente implican las facultades reservadas a la administración de controlar el contrato, aplicar sanciones, resolver y modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público.

Estas prerrogativas o cláusulas exorbitantes tienen en común que otorgan a la administración la posibilidad de imponer su voluntad, por encima de la voluntad del particular o administrado, sin perjuicio de indemnizar por el mayor gravamen que les cause con ellas.

En materia de modificaciones contractuales tenemos que el *ius variandi* de la administración se encuentra incorporando al Derecho Positivo Nacional en el artículo 55°, inciso b), de la Ley N.° 2051/2003 “De Contrataciones Públicas” que indica: “*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.*”

Como puede observarse dicho artículo otorga un derecho a la Administración, en consonancia con lo que la doctrina denomina “cláusulas exorbitantes”. Sin embargo, en dicho artículo aislado (artículo 55° de la ley) no se observan límites, reglas ni lineamientos sobre cómo realizar dichas modificaciones por interés público por lo que se podría decir que tal vez el legislador se ha olvidado de establecerlas o existe una laguna legal al no existir criterios objetivos para estas modificaciones.

Sin embargo, como todo problema lógico en un sistema normativo se debe considerar y analizar si el mismo realmente existe o tan solo debe ser correctamente interpretado (ya que en principio un sistema normativo no debe admitir la existencia de problemas lógicos); siendo una última ratio los mecanismos de integración del derecho.

Recurriendo a la interpretación contextual del enunciado y conforme a los principios constitucionales, los tratados internacionales suscritos por Paraguay y en particular la Ley N.° 2051/2003 “De Contrataciones Públicas” se puede concluir que el legislador no se ha olvidado de establecer los lineamientos objetivos para las modificaciones contractuales, sino que estas se encuentran claramente definidas en el mismo cuerpo legal y en particular los artículos 63° y 62° de la Ley de Contrataciones Públicas.

Sería redundante, otro vicio de los sistemas normativos, establecer nuevamente cuales son los criterios objetivos para establecer la voluntad de la Administración si los mismos ya se encuentran claramente definidos y clasificados

según la naturaleza de cada contrato.

El artículo 55° no establece vías paralelas u autónomas sino que simplemente incorpora a la ley las prerrogativas de la Administración; a modo de ejemplo, al indicar en el inciso e) que la Administración puede “*imponer las sanciones previstas en los contratos y a ejecutar las garantías, cuando el proveedor o contratista no cumpla con sus obligaciones*” no implica que esta pueda hacerla al margen de lo indicado en los otros articulados de la ley que garantizan un debido proceso a favor del Administrador sino que simplemente expresa claramente las prerrogativas de la Administración.

En consecuencia, una correcta interpretación contextual y teleológica lleva a concluir que el artículo 55, inciso b), de la Ley establece la posibilidad de que, ante la renuencia de la contraparte, la Administración pueda imponer al administrado, en este caso contratista o proveedor, una modificación de contrato, respetando los lineamientos de las modificaciones contractuales establecidas en los artículos 62° y 63°, según el caso, de la Ley N.° 2051/2003; pues como lo dijimos esta es la única voluntad que la Administración puede construir en torno a la pertinencia de una modificación contractual, recordando que en Derecho Público rige el principio fundamental de legalidad con la siguiente regla: “*Todo lo que no está permitido está prohibido*”.

Los límites de la voluntad estatal están claramente establecidos en las normas especiales que rigen las modificaciones contractuales.

Es así que se realizara una interpretación gramatical, contextual y sistemática del artículo 55°, inciso b), de la Ley N.° 2051/2003 “De Contrataciones Públicas” necesariamente debemos apartarnos del criterio usualmente utilizado que dicha modificación es una alternativa a ser utilizada cuando las modificaciones requeridas en los contratos no se adecuen a las condiciones, lineamientos y límites establecidos en los artículos 62° - Convenios Modificatorios en Obras Públicas – o 63° - Convenios Modificatorios en Adquisiciones, Locaciones Y Servicios – de la Ley N.° 2051/2003, según sea el caso.

En ese sentido, el legislador al establecer el derecho de la contratante a modificar un contrato por razones de interés público, no ha buscado establecer una vía diferente, con alcances y lineamientos propios, a las modificaciones contractuales ordinarias, sino que tan solo buscaba otorgar la facultad a la Administración Pública de poder imponer a la contraparte, sin necesidad de contar con su consentimiento, las modificaciones ordinarias y regladas.

A esta conclusión se arriba luego de realizar un análisis lógico-jurídico, desde un punto de vista gramatical y sistémico, del enunciado normativo incluido en el artículo 55°, inciso b), de la Ley de Contrataciones Públicas.

La interpretación esbozada por una parte protege al Administrado ya que no lo deja a merced de la discrecionalidad absoluta y sin límites de la Administración

Pública y por otra parte, tutela mejor el verdadero interés público al evitar que un contrato licitado termine siendo ejecutado en otros términos al que se planteó al mercado en la etapa de la convocatoria, sin respetar los límites y lineamientos establecidos para las modificaciones “ordinarias”.

En ese contexto necesariamente debe levantarse una crítica académica ante una suerte de interpretación oficial que puede observarse de los antecedentes de modificaciones de contratos difundidos en el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas y reglamentos emitidos por la DNCP que contextualiza a la modificación por interés público como una herramienta diferente a las modificaciones “ordinarias” regladas en los artículos 62° y 63° y que las mismas pueden ser utilizadas cuando las modificaciones requeridas no se enmarcan en los límites prescritos en dichos artículos.

Esta interpretación, cuya crítica académica me permito realizar, ha hecho que la modificación por interés público no se entienda como una herramienta para imponer al administrado una medida que se contrapone a su interés particular sino como una vía alternativa para realizar modificaciones que no se encuentran permitidas por los artículos que reglan las condiciones y límites de las limitaciones contractuales; llegando a extremos en donde se ha verificado que el propio administrado, proveedor o contratista ha solicitado la aplicación de una modificación por interés público para favorecer su propio interés particular.

En conclusión, haciendo un análisis netamente jurídico, desprendiéndose de otras variables que se puedan considerar, el artículo 55°, inciso b), de la Ley N° 2051/2003 “De Contrataciones Públicas” lo que permite es la aplicación unilateral del derecho de modificar el contrato, cuando el contratista o proveedor se niegue a aceptarlas, pero respetando los lineamientos ya establecidos en los artículos 62° o 63°, según el caso, de la ley estudiada; y no debe entenderse como una vía adicional y discrecional a utilizarse para evadir las prohibiciones y límites legales establecidos en cuanto a las modificaciones contractuales.

Referencias

Ley N.º 2535/2005, *Que aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en Paraguay*.

Ley N.º 2051/2003, *De Contrataciones Públicas*.

Villagra Maffiodo, S. (1983). *Principios de derecho administrativo*. Editorial El Foro.