CONSULTORES ASOCIADOS

Asunción, 13 de noviembre de 2020.-

A la Señora

Abog. Carolina Ibarra, Directora

Unidad Operativa de Contrataciones

Ministerio de la Defensa Pública

Ref.: Análisis de Factibilidad de Proceder a la Recepción Provisoria, por Etapas, de las obras derivadas del Contrato N° 58/2019 suscrito en fecha 17/12/2019 con la firma GCA S.A. SERVICIO DE INGENIERÍA INTEGRAL, resultante de la LPN N° 8/2019 "Para la Construcción de Sedes del Interior para Horqueta, Concepción y San Juan – Plurianual – Ad Referéndum. ID 371.634".

Se consulta a esta Asesoría sobre la factibilidad de proceder a la Recepción Provisoria, por Etapas, de las obras derivadas del Contrato N° 58/2019 suscrito en fecha 17/12/2019 con la firma **GCA S.A. SERVICIO DE INGENIERÍA INTEGRAL**, resultante de la LPN N° 8/2019 mencionada en la referencia.

Las características a tener en cuenta para el análisis son las siguientes:

1. La Recepción Provisoria tiene por objeto acreditar la conformidad de las obras con el conjunto de obligaciones establecidas en el contrato, en particular a las especificaciones técnicas establecidas.
2. La recepción provisoria puede efectuarse parcialmente si existe disposición que lo establezca en las Condiciones Especiales del Contrato, es decir, si el contrato previó esa posibilidad respecto de etapas concluidas, útiles y susceptibles de ser puestas en servicio.

3. Al momento de recibir provisoriamente la obra, la Comitente toma posesión de la misma y adquiere todos los riesgos inherentes al uso de las mismas, salvo los defectos de construcción cubiertos por la garantía de obra.
4. Artículo 62 de la Ley 2015/03, establece que 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.**

Analizando las documentaciones que son parte del proceso de adquisición de referencia se observa lo siguiente:

1. En las Condiciones Generales del Contrato del Pliego de Bases y Condiciones del Contrato quenos ocupa (***"E 48. Recepción provisoria de las obras"***) se lee que una vez finalizados la totalidad de los trabajos contratados, el Contratista notificará por escrito simultáneamente al Contratante y al Fiscal de Obra sobre la finalización de los mismos. ***La recepción provisoria podrá efectuarse parcialmente si así lo establecen las CEC.***
2. En las Condiciones Especiales del Contrato (CEC) en el punto 48.1 se lee: ***La Recepción Provisoria de las Obras será TOTAL.***
3. En el Manual de Obras Publicas de la DNCP (Segunda Versión) publicado en la página www.dncp.gov.py , en la sección **Recepción Provisoria** se lee: *"No será posible introducir la posibilidad de efectuar recepción provisoria parcial de las Obras después por medio del Contrato suscripto con el Contratista o través de un convenio modificatorio (Artículo 62 de la Ley 2051/03 de Contrataciones Públicas). Dicho Contrato o convenio modificatorio es nulo o anulable, previa determinación de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), a través de la sustanciación de los procedimientos previstos en la Ley."*

Por lo expuesto y analizando las documentaciones del proceso licitatorio en referencia, debemos señalar lo siguiente:

1. Que en el Pliego de Bases y Condiciones del proceso que nos ocupa en su sección IV Condiciones Especiales del Contrato (CEC) establece que la **Recepción Provisoria será por el TOTAL,** vale decir que no se podrá realizar recepción provisoria por etapas, pues en las Condiciones Generales del Contrato se establece que la recepción provisoria por etapas se podrá efectuarse si y solo si ésta posibilidad ha sido especificada en las CEC.
2. Según el criterio de la DNCP en el Manual de Obras Púbiclas, no se puede modificar esta condición por convenio modificatorio, fundando dicha modificación en el artículo 62 de la Ley 2051/03. Aunque la DNCP no lo fundamente en su Manual, suponemos que esta exposición de criterio nace de la interpretación que esta modificación podría constituir la concesión al Contratista de una condición más favorable a la originalmente prevista en el PBC, lo cual está vedado en el artículo más arriba señalado.
3. Entonces, si nos guiásemos por el criterio de la DNCP, no es factible la realización de un convenio modificatorio puesto que todo convenio modificatorio que se realice con la contratista para establecer recepción provisoria por etapas, cuando se previó en el PBC que la recepción sería por el total, será nulo o anulable previa determinación de la DNCP.
4. Por nuestra parte, entendemos que SÍ se podría realizar la modificación contractual a través de un Convenio Modificatorio o Adenda aplicando lo estipulado en el artículo 55 inc. b)[1] de la Ley 2051/03 reglamentado por la **Resolución DNCP N° 5695/2019.**

[1] *Artículo 55.- DERECHOS DE LAS CONTRATANTES. 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;*

5. En dicha Resolución se establece la obligatoriedad que la UOC emita un Dictamen justificativo de la modificación contractual que se dispone el que debe cubrir los siguientes presupuestos:

   a. **Exposición acabada y circunstanciada de los motivos que justifican la modificación.**

La modificación se encuentra justificada en la circunstancia que el Contrato previó la ejecución de tres edificios independientes en ciudades diferentes con funcionalidades independientes. Al haber sido concluida la ejecución de una de estas edificaciones conviene al interés público tomar posesión del mismo a los efectos de aprovechar la nueva infraestructura y dejar de alquilar un inmueble a un tercero, lo que redundará en un ahorro.

De lo contrario, la recepción y toma de posesión efectiva de un edificio recién concluido, de propiedad de la Institución, estará supeditada a la conclusión de los otros dos edificios que presentan retrasos ya sea por fuerza mayor u otras circunstancias que han derivado en su retraso respecto del concluido.

   b. **Una explicación clara que sustente de qué forma se encuentra comprometido el interés público.**

El interés público se encuentra comprometido en dos aspectos fundamentales: el económico, pues la Institución podrá rescindir el contrato de locación de inmueble que mantiene con un tercero y que tuvo que arrendar porque no contaba con un inmueble propio y el del servicio público propiamente dicho, pues se contará con una edificación propia especialmente diseñada para la comodidad de funcionarios y usuarios del sistema de defensa pública, constituida por la población más vulnerable.

c. **Las razones por las cuales dichas circunstancias no pudieron ser previstas al tiempo de la programación del llamado que derivó en el contrato a ser modificado.**

En la programación original se previó la conclusión simultánea de todas las obras, por lo que se previó la recepción total y no parcial de las mismas. Sin embargo, el retraso en la conclusión de las otras dos edificaciones no debería obstaculizar la toma de posesión de la edificación concluida, por las razones ya apuntadas más arriba.

La Institución debe ocuparse, en paralelo, de velar por la conclusión de las otras dos edificaciones y en ese tren de cosas, multará o concederá prórroga al Contratista según el retraso esté o no justificado. Diferentes ubicaciones físicas, acceso al sitio, motivaciones de fuerza mayor ligadas a la pandemia han justificado algunos de los atrasos que serán tratados por separado.

d. **Una explicación clara de los motivos por los cuales:**

i. **La aplicación de un procedimiento ordinario o excepcional no resulta conveniente para la satisfacción de las necesidades que originan la contratación,**

No se puede aplicar el artículo 62 por cuanto que la DNCP ha sentado, en su manual de obras públicas, el criterio que resulta indebido modificar los contratos de obra pública en cuanto la modalidad de recepción provisoria, estableciendo la recepción parcial cuando ésta no estaba originalmente admitida. Si bien en el manual no es justificado este criterio, se presume que se trata de evitar conceder un trato más favorable al contratista. Sin embargo, tal como se tiene relatado, lo que está en juego es el interés público en recibir, cuanto antes, la obra concluida, para tomar posesión y prestar servicios en el local propio.

ii. No existiría violación a los principios previstos en el Artículo 4º de la Ley Nº 2051/03, y

No existe violación a ninguno de los principios postulados en el artículo 4° de la Ley 2051/03 por cuanto que, cualquier haya sido la firma encargada de ejecutar las obras se hubiese presentado esta necesidad de modificar la modalidad de recepción de obras, del total a parcial, a los efectos de aprovechar el nuevo edificio para mejorar el servicio y ahorrar el gasto en arrendamiento de inmueble.

El Convenio Modificatorio o Adenda no representará mayores costos a la Institución y además, no será admitida ninguna concesión graciosa al contratista por el hecho de concluir primero uno de los edificios. Si el retraso en la conclusión de las obras correspondientes a los demás edificios se debe a su negligencia o no se encuentra justificada, se aplicarán las penalidades contractuales estipuladas.

Ha sido una poco feliz imprevisión consignar la obligación de una recepción total cuando el contrato tiene por finalidad la construcción de tres edificios independientes, en localidades diferentes y con funciones independientes. Esta imprevisión debería ser salvada a efectos de prevalecer el interés público, pues no será concedido ningún beneficio al contratista por tomar la determinación que nos ocupa.

iii. No se alteran, de manera sustancial, la naturaleza ni la finalidad del contrato.

No existe alteración sustancial ni a la naturaleza ni a la finalidad de las obras pues lo único que se varía es la posibilidad de recibir parcialmente las obras, que era la salida lógica para este contrato en particular que prevé la construcción de tres

edificios independientes en ciudades distintas. Esta imprevisión debe ser corregida para favorecer al interés público y no constituirá alteración alguna a la finalidad del contrato.

En conclusión, si bien la DNCP ha sentado el criterio que esta modificación contractual no es viable y que el convenio en cuestión sería nulo si se aplicase el artículo 62, entiende esta Asesoría que se podrá aplicar lo estipulado en el artículo 55 inc. b) de la Ley 2051/03 justificando debidamente de qué manera el interés público es el que prevalece en la modificación que se pretende y porqué no se está concediendo ningún privilegio al contratista, en comparación a lo previsto originalmente en el PBC del llamado a licitación.

Es mi dictamen.

Abg. Gabriel Solalinde

Mat. CSJ 8270

CM3 Consultores