DICTAMEN D.A.J. Nº 321 del 25 de marzo de 2020.-

REFERENCIA: Llamado UEP-MOPC 32/2019- Proyecto de Rehabilitación y Mantenimiento de la Ruta Nacional N° 9 y accesos – id 370320 - Contratista: "Constructora Asunción S.A. & Asociados"

STA. LINCY LUCENA, Directora
Unidad Operativa de Contrataciones

Con relación a la nota de fecha 24 de marzo del corriente año, de la empresa Constructora Asunción S.A. & Asociados, de la Obra "Proyecto de Rehabilitación y Mantenimiento de la Ruta Nacional N° 9 y accesos", en la cual proponen sustituir la garantía bancaria por una garantía similar "Póliza de seguro" a primer requerimiento, luego del análisis correspondiente, esta Dirección expone cuanto sigue:

ANTECEDENTES

- Nota de fecha 24 de marzo de 2020 (Expediente MEU N° 14.526/2020), de la Constructora Asunción S.A. & Asociados, empresa contratista de la Obra "Rehabilitación y Mantenimiento de la Ruta Nacional N° 9 y accesos"

NORMATIVAS

Contrato S.G. MINISTRO N° 14/2020:

1.4 CGC, "El Contrato se regirá por la Legislación del país u otra jurisdicción que se estipule en los datos del Contrato..."

1.4 CEC, Ley Aplicable: "El Contrato se regirá por la legislación dela República del Paraguay y las políticas del Banco"

14.2 CEC: Total Pago Anticipo: "Se podrá solicitar el pago de un anticipo por un monto no superior al 20% del rubro A-Obras de Rehabilitación del Contrato (Definido en la Cláusula 8.4 del Capítulo 1), desglosado de la siguiente forma: a) hasta un 10% en los primeros 30 días calendario, posteriores a la firma del Contrato, b) Hasta un 10% en los primeros 30 días calendario, posteriores a que el Contratante otorgue la aprobación al diseño ejecutivo y programación de las obras de rehabilitación. Si el Contratista no presenta su solicitud para el pago del anticipo en los plazos mencionados, el Contratante podrá darla Orden de Inicio, una vez cumplido dicho plazo. El Contratista podrá solicitar el Anticipo mencionado, una vez suscripto por ambas partes el presente Contrato y dentro del plazo de 10 días calendario, contados a partir de la fecha en que el Contratista reciba el mismo. Cumplido dicho plazo, el Contratante podrá dar la orden de inicio. El pago del Anticipo se otorgará contra la presentación previa por parte del Contratista de: a) Plan de Inversión de Anticipo...Garantía de Anticipo, por 100% (cien por ciento) del monto anticipado y por el plazo igual al de la ejecución de la obra, y/o hasta la amortización del anticipo, que afiance la operación a plena satisfacción del Contratante, otorgada por un banco establecido en la República del Paraguay, a operar en el mercado local, el cual deberá ser previamente aprobado por el Contratante. La garantía del anticipo financiero, deberá ser exclusivamente una garantía bancaria..."

LEY 2051 De Contrataciones Públicas:

Artículo 39.- GARANTÍAS: "Los oferentes, proveedores o contratistas deberán garantizar: a) la seriedad de sus ofertas, mediante la garantía de mantenimiento de la oferta. Dicha garantía se otorgará por el equivalente de entre tres y cinco por ciento del monto total de la oferta; b) la debida inversión de los anticipos que, en su caso, reciban. Estas garantías deberán constituirse por la totalidad del monto de los anticipos; y, c) el cumplimiento de los contratos. Esta garantía deberá oscilar entre el cinco y el diez por ciento del monto total del contrato. En el caso de una obra pública, del monto de cada pago al contratista, se deducirá el 5% (cinco por ciento), en concepto de fondo de reparos, suma que no devengará intereses y que será devuelta dentro de los diez días hábiles posteriores a la recepción definitiva. Este fondo podrá ser sustituido por una póliza de seguro a satisfacción de la Contratante. El plazo de pago establecido en este artículo podrá ser ampliado hasta un máximo de treinta días calendario, según las características de la obra ejecutada. En el reglamento se fijarán las bases, los porcentajes y las formas a las que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse. Los proveedores y contratistas deberán entregar la garantía de cumplimiento del contrato a más tardar dentro de los diez días calendario siguientes a la firma del contrato, salvo que la entrega de los bienes o la prestación de los servicios se realice dentro del citado plazo; y la correspondiente al anticipo, se presentará previamente a la entrega de éste. La falta de constitución y entrega oportuna de las garantías será causal de rescisión del contrato por culpa del proveedor o contratista, en cuyo caso la Convocante podrá adjudicar el contrato en la forma prevista en el segundo párrafo del Artículo 36".

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*".

DECRETO Nº 5.174/05:

Artículo 1°, que modifica Artículo 81º del Decreto 21.909/2003, que queda redactado como sigue: "Garantía de cumplimiento de contrato y por anticipo. 1. De conformidad con el Artículo 39, Incisos b) y c) de la ley, el contratista presentará una garantía de cumplimiento de contrato por el porcentaje establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, de conformidad a lo dispuesto en dicho artículo de la Ley, y una garantía por anticipos que reciban. La garantía por anticipos deberá cubrir inicialmente la totalidad de los mismos, pudiendo ajustarse anualmente por el saldo adeudado. 2. La garantía de cumplimiento de contrato o por anticipos adoptará alguna de las siguientes formas: a) Garantía bancaria emitida por un banco establecido en la República del Paraguay, la que deberá ajustarse a las condiciones y al formulario estándar establecidos por la Unidad Central Normativa y Técnica. b) Póliza de seguros emitida por una Compañía autorizada a operar y emitir pólizas de seguros de caución en la República de

Paraguay y que cuente con suficiente margen de solvencia. La póliza deberá ajustarse a las condiciones y al formulario estándar establecidos por la Unidad Central Normativa y Técnica".

CONSIDERACIONES:

- Por Resolución N° 79/20 el MOPC ha procedido a la adjudicación de la Obra "Rehabilitación y Mantenimiento de la Ruta Nacional N° 9 y accesos" a la empresa Constructora Asunción S.A. & Asociados.

- Posteriormente, en fecha 11 de febrero de 2020 se ha suscripto el Contrato S.G. MINISTRO N° 14/2020.

- Se analiza lo convenido en el Contrato, Cláusula 14.2 del CEC, el pago del anticipo se dará:

"... de la siguiente forma: a) hasta un 10% en los primeros 30 días calendario, posteriores a la firma del Contrato, b) Hasta un 10% en los primeros 30 días calendario, posteriores a que el Contratante otorgue la aprobación al diseño ejecutivo y programación de las obras de rehabilitación. Si el Contratista no presenta su solicitud para el pago del anticipo en los plazos mencionados, el Contratante podrá darla Orden de Inicio, una vez cumplido dicho plazo.... El Contratista podrá solicitar el Anticipo mencionado, una vez suscripto por ambas partes el presente Contrato y dentro del plazo de 10 días calendario, contados a partir de la fecha en que el Contratista reciba el mismo. Cumplido dicho plazo, el Contratante podrá dar la orden de inicio. El pago del Anticipo se otorgará contra la presentación previa por parte del Contratista de: a) Plan de Inversión de Anticipo...Garantía de Anticipo, por 100% (cien por ciento) del monto anticipado y por el plazo igual al de la ejecución de la obra, y/o hasta la amortización del anticipo, que afiance la operación a plena satisfacción del Contratante, otorgada por un banco establecido en la República del Paraguay, a operar en el mercado local, el cual deberá ser previamente aprobado por el Contratante. La garantía del anticipo financiero, deberá ser exclusivamente una garantía bancaria..."

- La empresa contratista, por Nota de fecha 24 de marzo de 2020 (Expediente MEU N° 14.526/2020), expone cuanto sigue:

"Nos dirigimos a usted, para poner a su consideración una imprevista y crítica situación que la presente coyuntura de emergencia sanitaria ha generado en las gestiones que venimos realizando para la obtención de la Garantía Bancaria requerida para el otorgamiento del anticipo financiero en la obra de referencia.... Que seguidamente exponemos. El problema central con el que tropezamos es que el proceso de obtención de una garantía bancaria es el mismo que el de una hipoteca o un fideicomiso de garantía, conforme a las reglas del mercado financiero local. Las contragarantías no resultarían un problema, de no ser porque las mismas requieren de un proceso de afectación real a inmuebles, cuyo procedimiento se realiza fundamentalmente en los registros públicos y en el Poder Judicial, que en este momento se encuentran prácticamente paralizados y atrasados en todas sus gestiones en esta materia". Continúa mencionando la nota "... Esta situación nos coloca ante una encrucijada de tiempo y trámite en que no podremos cumplir con esos requisitos exigidos por las entidades bancarias...". Concluye diciendo: "...Solicitamos tenga a bien autorizar la sustitución de la garantía bancaria por una garantía similar otorgada por una entidad aseguradora debidamente autorizada por el Banco Central del Paraguay... a efectos de equiparar la garantía bancaria, proponemos que la póliza de garantía de anticipo financiero, sea a primer requerimiento...".

Analizando el Contrato en la Cláusula 1.4 del CEC, la aplicación de las leyes nacionales rige para este Contrato en particular. Es así, que traemos a colación el Art. 39 de la Ley 2051/2003, en concordancia con el 2° del Decreto reglamentario N° 5.174/05 que modifica el Art. 81° del

Decreto N° 21.909/2003, que permite que las garantías de cumplimiento de contrato, y principalmente en lo que se refiere a los anticipos, puede adoptar alguna de las siguientes formas: a) *Garantía bancaria emitida por un banco establecido en la República del Paraguay*, y b) *Póliza de seguros* emitida por una Compañía autorizada a operar y emitir pólizas de seguros de caución en la República del Paraguay, No obstante, considerando que dicha contrato se encuentra financiado con fondos provenientes del Contrato de Préstamo de la Corporación Andina de Fomento, en su oportunidad se realizara las consultas correspondientes.

Por tanto, la normativa aplicable a este Contrato permite la presentación de una u otra garantía (bancaria o póliza de seguros), razón por la cual se podría ajustar a los términos de la Ley el referido Contrato.

CONCLUSIÓN

En consecuencia, atendiendo a los antecedentes, a las normativas mencionadas, y realizado el análisis correspondiente, esta Dirección sugiere realizar previamente, a través de la Unidad Operativa de Contrataciones, la consulta a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas sobre lo planteado para proceder a la formalización de un Convenio Modificatorio/variación, a fin de ajustar dicha cláusula del Contrato S.G. MINISTRO N° 14/2020, a los términos de la Ley 2051/2003 "De Contrataciones Públicas", de la empresa Constructora Asunción S.A. & Asociados, para la Obra "Proyecto de Rehabilitación y Mantenimiento de la Ruta Nacional N° 9 y accesos".-

Atentamente.

Director
Dirección de Asuntos Jurídicos