NOTA UOC/PCP/ANDE Nº 752/2021

Asunción, 14 de diciembre de 2021

Señor
Abg. Pablo Seitz Ortiz, Director
Dirección Nacional de Contrataciones Públicas
Asunción, Paraguay

De nuestra consideración:

Nos dirigimos a usted con relación a la Nota DNC N° 17968/2021, ID 323749, LPN N° 1290/2017, a fin de señalar cuanto sigue:

Se ha recibido una aclaración de esa Dirección acerca de la pertinencia del reconocimiento del presente reajuste de precios, tramitada a través del Expediente DNCP N° 6007/20201, la que en su parte conclusiva determina que el mismo procede cuando:

1) El Contratista ha presentado la solicitud por escrito.

2) La solicitud ha sido presentada antes de la Recepción Definitiva (CGC 13.1), y no se han reconocido reajustes por partidas proveídas con atraso.

En el entendimiento que se han dado las condiciones expuestas precedentemente, a que el proceso se ha ajustado a lo especificado en las CGC 13.1, a que la Resolución DNCP N° 3136/2018 es aplicable al caso, y a que lo actuado se ajusta al Art. 61° de la Ley 2051/03, rogamos la prosecución de los trámites pertinentes.

Adjuntamos el parecer emitido por la Dirección Jurídica de la DNCP.

Hacemos propicia la oportunidad para saludarle atentamente.

Ing. Esteban Molinas
Responsable UOC/ANDE

ZT

NOTA DNCP N° 14343/21

CONSULTA JURÍDICA

REFERENCIA	
Mesa de Entrada DNCP N° 6007/21 – 110275/21	
Solicitud:	Administración Nacional de Electricidad
Tema:	Fórmula de reajuste contemplada en el PBC
Dirección:	dadli@ande.gov.py

CUESTION PLANTEADA

Solicita opinión jurídica respecto a la aplicabilidad de la irretroactividad de los reajustes de precios, en atención a lo dispuesto en el PBC de la Convocatoria objeto de consulta.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Art. 8° de la Ley N° 3439/07 en su inciso f) faculta a la Dirección Jurídica de la DNCP a analizar, evaluar y brindar una respuesta de carácter no vinculante a las consultas legales que se pudieran plantear al órgano rector de las compras públicas.

En este contexto, la respuesta brindada por los funcionarios de la Dirección Jurídica se circunscribe al análisis de las cuestiones sometidas a su consideración, teniendo presente la normativa vigente que rige las contrataciones del Estado y los procedimientos adoptados y reglados por el órgano de control.

Las opiniones y recomendaciones emitidas en este sentido se enmarcan exclusivamente a los puntos consultados, analizados desde una perspectiva legal y genérica, a fin de proporcionar una guía argumentada de interpretación y/o proceder al consultante, según el caso y dada la pertinencia de lo planteado.

Dadas la competencia y atribuciones legales y reglamentarias de los funcionarios encargados, en ningún caso, las apreciaciones aquí incluidas importan un pronunciamiento expreso o parecer de la máxima autoridad de la institución o de la Dirección Jurídica sobre circunstancias particulares vinculadas concretamente a contrataciones o sujetos específicos.

II. LEGISLACION APLICABLE

- Ley N° 2051/03 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS".

- Resolución DNCP N° 3136/18 a través de la cual "SE DETERMINAN CRITERIOS PARA CONVENIOS MODIFICATORIOS Y REAJUSTES DE PRECIOS ADJUDICADOS"

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

La Administración Nacional de Electricidad, ha expuesto textualmente la siguiente consulta:

"...Nos dirigimos a usted con relación al Expediente de Reajuste N° 310930, ID 323749, LPN N° 1290/2017, a fin de señalar cuanto sigue:

La fórmula de reajuste, prevista en el PBC, comprende los siguientes factores:

- *Precio del Acero, correspondiente al 4° mes anterior a la fecha de entrega.*
- *Precio del Cobre, correspondiente al mes anterior a la fecha de entrega.*
- *Precio del Aluminio, correspondiente al mes anterior a la fecha de entrega.*
- *Valor del Dólar Americano, correspondiente a la fecha de entrega.*
- *Valor del Salario Mínimo vigente a la fecha de entrega.*

En las reiteradas observaciones al Expediente, se menciona primordialmente la irregularidad de aprobar el reajuste debido a que la solicitud de pago del reajuste ha sido presentada por el proveedor en el año 2018, y las entregas se han efectivizado ya en el año 2017, con base en la premisa de "el reajuste debe ser reconocido sobre aquella parte del suministro pendiente de entrega", enunciado, que a nuestro criterio, tiene relación con la imposibilidad de aplicar las variaciones de precios de los componentes de la fórmula en forma retroactiva, esto significa que únicamente podrían afectar a las entregas realizadas desde el inicio de la vigencia de los nuevos costos, caso típico de los ajustes del Salario Mínimo, que rigen desde una fecha específica. A modo de referencia, con esta base, se ejecutan en su generalidad, los contratos abiertos cuyos precios unitarios reajustados rigen desde una fecha específica. A modo de referencia, con esta base, se ejecutan en su generalidad, los contratos abiertos cuyos precios unitarios reajustados rigen desde determinados hitos cronológicos y para provisiones realizadas con posterioridad a la fecha de variación de los componentes de la fórmula.

En el caso que nos ocupa, la fórmula incluye el valor del Dólar Americano en la fecha de entrega, por lo cual, si aplicáramos el supuesto de solicitar el reconocimiento del reajuste sobre las entregas pendientes, el mismo debería gestionarse en simultáneo con la provisión siendo estrictos un poco antes, pero en la misma fecha, a fin de que los bienes se encuentren pendientes al momento de la solicitud; tal simultaneidad no se encuentra prevista en el marco contractual. Este supuesto, significa no aceptar que a la fecha de entrega los factores componentes de la fórmula registran precios específicos, según las condiciones establecidas en las CGC del PBC (el mes anterior, el cuarto mes anterior, y demás, según lo ya detallado al inicio), y afectan a los costos de los bienes contratados.

Considerando que en la NOTA 17968/2021, último documento de retención, se alude a lo dispuesto en el Art. 47° de la Resolución N° 5695/2019, entendemos que el presente procedimiento se rige según el marco establecido en el Art. 174° del Decreto N° 2992/2019.

En atención a lo expuesto, solicitamos una aclaración que permita determinar la validez del proceso de reajuste de precios, en el entendimiento que ha sido aprobado según los términos establecidos en el PBC.". (Sic).

En atención a lo referido párrafos arriba, primeramente, corresponde dilucidar la relación que se desprende de la implementación del reajuste de precio respecto al vínculo que emana del contrato administrativo suscripto entre las partes. En ese sentido, corresponde señalar que la ecuación económica financiera podría definirse como la correlación existente entre lo asumido y lo debido entre las partes. *"Entiéndase por ecuación económico – financiera, la relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquellos le corresponderá[1]".*

[1] Celso Antonio Bandeira de Mello. Las Cláusulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos. Material incluido en la obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff bajo la dirección de Juan Carlos Cassagne.

Al respecto, el doctrinario Emilio Fernández Vázquez[2] ha conceptualizado cuanto sigue: *"Relación que las partes contratantes establecieron en el momento de celebrar el contrato sobre un conjunto de obligaciones consideradas equivalentes: de ahí el nombre "ecuación" (equivalencia, igualdad). No puede ser alterada por las partes durante la ejecución del contrato y de ahí el deber de la administración de colocar al otro contratante en condiciones de cumplirlo cuando se vea amenazado por hechos ajenos a la voluntad de las partes. La inmutabilidad de la remuneración al contratante representa la obligación de la administración de respetar el equilibrio fijado o establecido entre las partes contratantes al momento en que se aceptó y adjudicó la propuesta del oferente.".*

Ahora bien, en este punto conviene señalar que de la lectura integra de la consulta, la ANDE pretende aplicar la fórmula contemplada en el Pliego de Bases y Condiciones de forma distinta a lo que originalmente se ha dispuesto en las bases licitatorias, dado que a su entender, si corresponde aplicar el reajuste de precios a las bienes entregados efectivamente en el año 2017, a pesar de que dicha solicitud de reajuste ha sido presentada por el proveedor en el año 2018, sustentando que dicho reajuste resulta de cumplimiento posible de conformidad a las condiciones establecidas en las CGC del PBC, que comprende los siguientes factores: *"el mes anterior, el cuarto mes anterior, y demás"*, dado que estos elementos afectan a los costos de los bienes contratados.

Sobre le punto, debe reiterarse las consideraciones previas apuntadas en las cuales se aclara que, dada competencia y atribuciones legales y reglamentarias de los funcionarios encargados, en ningún caso, las apreciaciones aquí incluidas importan un pronunciamiento expreso o parecer de la máxima autoridad de la institución o de la Dirección Jurídica sobre circunstancias particulares vinculadas concretamente a contrataciones o sujetos específicos. Es decir, en el marco de la presente consulta no puede resolverse la controversia del caso particular suscitada entre las observaciones de la Dirección de Normas y Control y la Administración Nacional de Electricidad, otorgándose lineamientos generales sobre la aplicación de reajustes.

En dicho sentido, debe observarse que el Art. 63 de la Ley N° 2051/03 dispone como una obligación ineludible la siguiente: *"Los contratos de adquisición de bienes, de prestación de servicios o de ejecución de obras a que se refiere esta ley, están sujetos a reajuste de precios, en la medida en que esté previsto en el contrato o que durante su ejecución exista una variación sustancial de precios en la economía nacional y esta se vea reflejada en el índice de precios de consumo publicado por el Banco Central del Paraguay, en un valor igual o mayor al quince por ciento sobre la inflación oficial esperada para el mismo periodo. El ajuste de precios y el procedimiento debe pactarse en el contrato, según las normas que se establezcan en el reglamento de esta ley"*.

Es decir, de los términos citados puede inferirse que la aplicación deberá ser ajustada los términos en que estuviera redactada la clausula respectiva, siendo la contratante la que tiene la prerrogativa de proceder al estudio de los términos en que fueron redactadas las variables que serán determinantes para aplicación del reajuste de precios.

En dicho sentido se puede observar que para la procedencia del reajuste deberá darse cumplimiento a los siguientes requisitos establecidos en la CGC 13.1, que a continuación se exponen: 1) La solicitud de reajuste debería ser realizada por escrito; 2) Ser comunicada a la ANDE como máximo hasta la fecha presentación indicada en la CGC 13.1 y que el plazo de ejecución no se encuentre con atrasos.

Es por ello que, debemos indicar que la Convocante deberá remitir la documentación comprobatoria de la solicitud de reajuste y el comprobante que indique la fecha de recepción definitiva.

[2] Diccionario de Derecho Público. Administrativo. Constitucional. Fiscal Ed. Astrea Bs. As. 1981.

Por último, entendemos que, con base a la documentación señalada antecedentemente, deberá estudiarse la procedencia del reajuste de conformidad a los lineamientos establecidos en la **Resolución DNCP 3136/18**, recordando que la misma se encuentra vigente desde el 1 de setiembre del 2018.

Así también resulta pertinente señalar que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2° del Código Civil, las leyes no tienen efecto retroactivo, pues estas disponen para el futuro, en tal sentido, no pueden alterar los derechos adquiridos; por tanto, las leyes nuevas deben ser aplicadas a los hechos anteriores solamente cuando priven a las personas de meros derechos de expectativas o de facultades que le serian propias y no hubiesen ejercido.

IV. CONCLUSIÓN / RECOMENDACIÓN:

1. El pago de reajustes dentro de un contrato, resulta procedente siempre que se cumpla con las condiciones previstas en el artículo 64 de la Ley N° 2051/03, en estricto cumplimento de la formula establecida en el Pliego de Bases y Condiciones del llamado y haya sido requerido por el contratista de manera oportuna dentro de la ejecución del contrato.
2. Además de las condiciones establecidas en la CGC 13.1, se deberá dar estricto cumplimiento a la normativa emitida por esta Dirección Nacional en lo atinente a "Reajustes".

Sin otro particular, nos despedimos atentamente.

MIRNA ISABEL LOPEZ GONZALEZ — Firmado digitalmente por MIRNA ISABEL LOPEZ GONZALEZ Fecha: 2021.12.10 12:12:11 -03'00'

Jefa del Dpto. de Consultas – DNCP

MARIA EUGENIA OTAZO APONTE — Firmado digitalmente por MARIA EUGENIA OTAZO APONTE Fecha: 2021.12.10 16:23:53 -03'00'

Directora Jurídica – DNCP