PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo el futuro hoy

DICTAMEN PGR Nº 01/2016

Asunción, 04 de enero de 2016

SEÑOR MINISTRO:

ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, MINISTRO PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, tiene el agrado de dirigirse a Vuestra Excelencia en relación con la nota MOPC Nº 1108/2015 de fecha 11 de diciembre de 2015 y la complementaria nota MOPC Nº 1151 de fecha 23 de diciembre de 2015, referentes a la propuesta de adenda al pliego de bases y condiciones del "Proyecto de ampliación y duplicación de las rutas nacionales 2 y 7, tramo: Ypacaraí – Coronel Oviedo (Ruta 2) y Coronel Oviedo – Km. 183 (Ruta 7)" (en adelante, el "proyecto"), desarrollado por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (en adelante "MOPC" o "administración contratante"), con la finalidad de evacuar el dictamen solicitado en ella.-

I. CONSULTA EVACUADA

Por la nota MOPC Nº 1108 se remite a la Procuraduría General de la República (en adelante "PGR") la propuesta de adenda Nº 4 al pliego de bases y condiciones (en adelante "PBC") de la licitación para la adjudicación del contrato para el desarrollo del proyecto, con mención del artículo 47 del decreto Nº 1350/2014 "Por el cual se reglamenta la ley Nº 5102/2013 'De promoción de inversión en infraestructura pública y ampliación y mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado'" (en adelante "decreto reglamentario" o "decreto Nº 1350") y por la nota MOPC Nº 1151 los dictámenes técnico y jurídico que justifican tales modificaciones.-

Sobre la base de estas últimas se realizan las observaciones que siguen.-

II. SOBRE LAS ATRIBUCIONES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN EL MARCO DE LA LEY Nº 5102 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO

En virtud del art. 246 de la Constitución Nacional, son deberes y atribuciones de la PGR, entre otras cosas, su pronunciamiento a través de dictámenes en los casos y con los efectos señalados en las leyes y, en general, el asesoramiento jurídico de la administración pública.-

En concordancia con los mandatos constitucionales, el art. 28 del decreto Nº 1350 que reglamenta la ley Nº 5102/2013 "De promoción de inversión en infraestructura pública y ampliación y mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado" (en adelante "ley Nº 5102"), encomienda a la PGR la elaboración de dictámenes, previo a los dictámenes vinculantes a ser dictados por el Ministerio de Hacienda, sobre los siguientes actos:

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541

a) Los pliegos de bases y condiciones con carácter previo a su aprobación;
b) Los contratos y sus modificaciones con carácter previo a su suscripción;
c) Las solicitudes de indemnización o compensación planteadas por el participante privado por cualquier causa;
d) Las terminaciones anticipadas del contrato, antes de adoptar la decisión; y
e) Cualquier otra circunstancia que pueda comprometer directamente los recursos del Estado.-

El citado artículo agrega que los pedidos de dictamen a la PGR deben ser acompañados de la posición jurídica de la administración contratante y de los antecedentes correspondientes.-

Con respecto a los plazos, el art. 46 del decreto establece que los dictámenes de las instituciones intervinientes, incluyendo a esta representación constitucional, sobre cada PBC y proforma de contrato deben ser emitidos y enviados a la administración contratante dentro del plazo máximo de 15 (quince) días hábiles desde su recepción.-

Conviene aclarar que si bien el decreto Nº 1350 no confiere carácter vinculante a los dictámenes de la PGR, su pronunciamiento es un requisito previo e ineludible a la aprobación de cada PBC, en razón de sus atribuciones constitucionales.-

A todo esto debe sumarse lo preceptuado en el artículo 47 del decreto reglamentario:

> ***"Consultas y aclaraciones. Procedimiento de recepción de propuestas de mejoras, adiciones o ajustes al pliego y a la proforma de contrato.-***
> *Los oferentes podrán formular consultas, propuestas de mejoras, adiciones o ajustes o solicitar aclaraciones al pliego y a la proforma de contrato, las que deberán dirigirse a la máxima autoridad de la administración contratante dentro del plazo establecido en el pliego. La petición respectiva deberá ser ingresada a través de la mesa de entrada de la administración contratante, conforme a los plazos dispuestos para el efecto en el pliego.-*
>
> *"Tanto las respuestas a las consultas formuladas por los oferentes, como las aclaraciones, rectificaciones, enmiendas o adiciones que la administración contratante decida efectuar sobre las bases de licitación y sobre la proforma de contrato, serán incluidas en comunicaciones denominadas circulares aclaratorias, dirigidas a todos los oferentes, con una antelación mínima de 15 (quince) días a la fecha de apertura de los sobres de la oferta técnica. Si la administración contratante efectúa modificaciones en un plazo menor a 15 (quince) días, se deberá cambiar la fecha de recepción y apertura de los sobres de la oferta técnica a una no menor a 15 (quince) días posteriores a la última modificación. Las circulares aclaratorias deberán ser puestas a disposición de los oferentes en el lugar indicado en el pliego.-*

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

"Las circulares aclaratorias, que impliquen modificaciones al pliego y a la proforma del contrato, deberán someterse al mismo procedimiento de aprobación de éste".-

El último párrafo del artículo trascrito refiere que el procedimiento de aprobación del PBC debe ser el mismo en caso de modificaciones, por lo que resulta necesario un nuevo pronunciamiento de la PGR para la formalización de la adenda adjunta a la nota que se contesta.-

III. RESUMEN DE LOS HECHOS QUE ANTECEDEN AL PRESENTE DICTAMEN. CUMPLIMIENTO DE LAS FORMALIDADES PREVIAS

El PBC del proyecto ya ha sido objeto de una opinión de esta representación constitucional, a través del dictamen PGR Nº 818/2015 del 25 de setiembre de 2015, mediante el cual se habían realizado observaciones que, una vez atendidas, dieron lugar a la publicación de la convocatoria por parte de la administración contratante en el portal de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, según lo estipula la reglamentación. Nos remitimos al mismo en su contenido para lo que hubiera lugar en cuanto a las cuestiones ahí analizadas.-

La recepción de consultas y solicitudes de aclaraciones de parte de los potenciales oferentes han motivado la redacción de la propuesta de adenda al PBC por parte del MOPC, según lo expone éste en el memorándum DIPE Nº 590/2015 del 22 de diciembre de 2015 de la Dirección de Proyectos Estratégicos de esa cartera de Estado, que se acompaña entre los antecedentes para análisis. Forman parte del dossier recibido, igualmente, los dictámenes DAJ Nº 2099 del 10 de diciembre de 2015 y DAJ Nº 2306 del 22 de diciembre de 2015, estos últimos de la Dirección de Asuntos Jurídicos del MOPC.-

El memorándum DIPE Nº 590/2015 señala que la propuesta se ha elaborado sobre la base de las repercusiones que el PBC ha tenido entre los potenciales oferentes, que han presentado 21 consultas relacionadas con las cláusulas 40, 42 y 34, provenientes de cuatro de las 11 empresas precalificadas. Se señalan como antecedentes, además, a la junta de aclaraciones llevada a cabo el 24 de noviembre de 2015, las reuniones del grupo técnico interinstitucional ("GTIE", integrada por el MOPC, la Secretaría Técnica de Planificación para el Desarrollo Económico y Social y el Ministerio de Hacienda, con participación de la PGR) para revisión y análisis de las propuestas de respuestas a las consultas llevada a cabo el 30 de noviembre de 2015, el acta Nº 93 de fecha 07 de diciembre de 2015 del equipo económico nacional (EEN), el dictamen de la Secretaría Técnica de Planificación para el Desarrollo Económico y Social trasmitido al MOPC mediante nota STP Nº 1861 del 14 de diciembre de 2015 y el dictamen del Ministerio de Hacienda trasmitido al MOPC por nota S.G. Nº 1700 de fecha 21 de diciembre de 2015, entre otros.-

La última parte del artículo 28 del decreto reglamentario, al ordenar que los pedidos de dictamen sean acompañados de la posición jurídica de la administración contratante y de los antecedentes correspondientes, busca tener la posición sustancial de esa

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.

dependencia, debidamente justificada, lo cual se encuentra tanto en el memorándum DIPE Nº 590/2015 como en el dictamen DAJ Nº 2306/2015, ambos de la administración contratante.-

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

A) *Aclaración previa. Referencia y remisión necesaria a los dictámenes técnicos de la Administración contratante, la PPPP y el Ministerio de Hacienda*

La adenda Nº 4 al PBC del proyecto pretende la sustitución –por la nueva redacción propuesta– de las siguientes cláusulas:

- Cláusula 40 "Retribución de la SOE".-
- Cláusula 42 "Compensaciones por actos sobrevinientes y reequilibrio económico-financiero del contrato".-
- Cláusula 34.2 "Capital social de la SOE".-
- Cláusula 63.7 "Actualización de las penalidades".-

Al tiempo de analizar cada punto, resulta necesaria una aclaración previa.-

Resulta claro que el espíritu del decreto reglamentario, en su artículo 46, al atribuir a la administración contratante la facultad de aprobar cada PBC –lo mismo que sus modificaciones–, previo dictamen de la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada (en adelante "Unidad de PPPP") de la Secretaría Técnica de Planificación para el Desarrollo Económico y Social, del Ministerio de Hacienda y de la PGR es la de contar con la opinión válida de cada dependencia desde su óptica institucional y técnica.

De esta manera, son la administración contratante junto con la unidad de PPPP (según el artículo 8º de la ley Nº 5102) las que deben estructurar los proyectos y realizar los análisis de conveniencia y oportunidad propias del interés público, analizando desde la perspectiva técnica las cuestiones. Por su parte, el Ministerio de Hacienda –con carácter vinculante– analiza las implicancias económicas y fiscales del proyecto según el artículo 10, también de la ley Nº 5102, en tanto que la Procuraduría General de la República debe analizar si lo planteado no riñe con esa última y su reglamentación, no pudiendo desde luego opinar sobre cuestiones técnicas, partiendo de que las mismas han sido debidamente analizadas en los mencionados estadios especializados.-

A partir de lo anterior, y notando que las cláusulas del PBC que pretenden ser modificadas afectan a la estructuración económico-financiera del proyecto y a compromisos fiscales futuros del Estado, la Procuraduría se abstiene de opinar en dichas cuestiones estrictamente técnicas, debiendo tomarse en este sentido la opinión favorable tanto de la unidad de PPPP como del Ministerio de Hacienda como referencia al respecto, siendo dichas materias y las modificaciones técnicas potestades exclusivas de dichas instituciones.-

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

Hecha esta salvedad, se verificará si estas cláusulas se encuentran o no acordes con la normativa aplicable.-

B) *Referencia a las modificaciones puntuales propuestas*

A continuación se hará una breve referencia a las modificaciones propuestas a fin de determinar si violan o no alguna norma vigente:

- *Cláusula 40 "Retribución de la SOE".-*

Las variaciones sustanciales de la adenda respecto del PBC original tienen que ver con:

- la calificación de "incondicionales e irrevocables" de los pagos diferidos de inversión (PDI);

- la posibilidad de pago de los PDI a los 36 meses desde la firma del contrato aun cuando no se hayan recibido provisoriamente todos los tramos funcionales de las rutas 2 y 7, sino alguno o algunos de ellos, siempre que el retraso sea atribuible a la administración contratante. En la redacción original solo era posible el pago si eran recibidos todos los tramos funcionales;

- la posibilidad de pago de los PPD (pagos por disponibilidad) y PVT (pagos variables de la administración vinculados al tráfico) proporcionalmente a los tramos funcionales recibidos provisoriamente y bajo el mismo supuesto de atraso imputable a la administración contratante, a partir de los 36 meses contados desde la firma del contrato;

- la actualización de los valores de pagos ajustados al índice de precios al consumidor publicado por el Banco Central del Paraguay, cuando inicialmente estaba previsto el ajuste del 75% de ese índice.-

La justificación técnica del MOPC refiere que la modificación traerá certidumbre a los oferentes debido a que la liberación de la franja de dominio (que actualmente se encuentra con 80% de ocupación) a través de expropiaciones es un riesgo retenido por la administración contratante, la que puede sufrir retrasos imputables a ella. La eventual demora en esa liberación impediría a la sociedad de objeto específico tener fecha cierta para la recepción de los pagos comprometidos, lo que traería problemas de financiamiento, por lo que se recomienda la variación sugerida.-

En lo que hace a la variación del porcentaje de actualización de los valores conforme al índice de precios al consumidor, el MOPC refiere que ello extingue la incertidumbre respecto a la inflación.-

La unidad de PPPP, no ha objetado estos cambios y ha señalado en su dictamen que la introducción de fecha cierta de pago hace más atractivo el proyecto para entidades financiadoras.-

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General

El Ministerio de Hacienda tampoco ha objetado las modificaciones.-

Ahora bien, salvo la primera, estas variaciones responden indefectiblemente a la estructuración económico-financiera del contrato y, como se mencionó anteriormente, su conveniencia desde el punto de vista del interés público y estrictamente técnico escapa a la atención de la PGR, lo mismo que su impacto fiscal, que es materia del Ministerio de Hacienda precisamente, no pudiendo la Procuraduría opinar sobre su conveniencia o no, quedando ello a cargo de las instituciones reseñadas.-

Sobre la primera, la calificación de las obligaciones de pago asumidas por el Estado como "incondicionales e irrevocables" que no se encontraba en la redacción original, si bien no es taxativa de la ley Nº 5102 en esos términos, no puede perderse de vista que sí constituyen, según esta misma norma, compromisos firmes y cuantificables. De esta manera, si recibidas fueran las obras de infraestructura previstas en el proyecto a su satisfacción por parte del Estado, éste estará obligado al pago irremediablemente.-

La unidad de PPPP refiere sobre el particular que *"el cambio de terminología en realidad solo representa un cambio de forma, pues ya está establecido en el PBC que el Estado asume el compromiso de pago de los PDI. Se realiza para mejorar la bancabilidad del proyecto pues de esta forma facilitaría que las entidades multilaterales como por ejemplo el BID o el Banco Mundial participen del financiamiento al quedar en forma más explícita que el pago de los PDI es un compromiso del Estado"*. A lo que agrega: *"No encontramos limitaciones considerando que la ley Nº 5102/13 establece que el Estado puede tomar obligaciones firmes y contingentes. Conforme con lo expuesto, no se presentan objeciones respecto a esta modificación"*.-

- *Cláusula 42 "Compensaciones por actos sobrevinientes y reequilibrio económico-financiero del contrato".-*

La modificación principal en esta cláusula tiene que ver con la definición de "alteración sustancial del equilibrio económico-financiero del contrato", que estaba establecida como "toda variación a la baja, igual o superior a 100 puntos básicos de TIR del capital de los accionistas de la SOE establecida en el plan económico-financiero del contrato". Se ha eliminado lo referente a "toda variación a la baja".-

En lo que hace a los mecanismos para compensar la redacción original establecía que "los eventos de reequilibro serán considerados individualmente y en ningún caso podrán ser acumulados". La redacción propuesta ahora prevé expresamente la posibilidad de acumular estos eventos y describe el mecanismo y plazo para su análisis y consideración por la administración contratante.-

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

Nuevamente se está en presencia de una modificación que afecta a la estructuración del proyecto, sobre todo en lo que hace a su viabilidad económico-financiera desde la

Nuevamente se está en presencia de una modificación que afecta a la estructuración del proyecto, sobre todo en lo que hace a su viabilidad económico-financiera desde la perspectiva de los oferentes y eventuales compromisos fiscales derivados de los mismos. Así, su consistencia con el interés público en juego y sus eventuales efectos fiscales deben ser analizados tanto por la unidad de PPPP y el Ministerio de Hacienda, para su aprobación, quienes, a tenor de los documentos analizados, no los han objetado. El MOPC ha justificado la variación sobre la base de resultar razonable reconocer la acumulación de eventos compensables a los efectos de no afectar el derecho de las partes al mantenimiento de las condiciones económicas del contrato, a lo que se agrega desde la Procuraduría que dichas condiciones solo pueden mantenerse en el marco de los riesgos asumidos por cada parte. A la conveniencia o no de las modificaciones debemos remitirnos a las opiniones técnicas de las instituciones con las atribuciones al respecto.-

La única salvedad que se realiza en lo que hace a esta cláusula 42 es que en la propuesta de adenda se ha alterado innecesariamente la numeración de las subcláusulas que la integran, lo cual debería revisarse antes de la publicación.-

- *Cláusula 34.2 "Capital social de la SOE".-*

Lo que se modifica en la adenda respecto de la redacción original de la cláusula son los tiempos para la integración del capital social, ya que estaba establecido que debía integrarse el 50% del capital social al momento de la constitución de la sociedad de objeto específico –lo que se reduce al 25%– y la diferencia, en ambos casos, según las necesidades del proyecto en la etapa de construcción.-

Desde el punto de vista legal, cabe señalar que la alteración propuesta no riñe con el artículo 62 del decreto reglamentario. En cuanto a la justificación técnica, el MOPC la justifica para beneficiar la bancabilidad del proyecto buscando que se abarate la oferta al evitar que la sociedad de objeto específico mantenga un capital ocioso, sin perjuicio de que la misma disponga de fondos suficientes para el inicio de las obras, nuevamente debiendo remitirnos a dicha institución para la parte técnica, limitándonos aquí a señalar, más allá de su conveniencia o no, que no riñe con la normativa aplicable.-

- *Cláusula 63.7 "Actualización de las penalidades".-*

La variación consiste en la adopción del índice de precios del consumidor de los Estados Unidos de América para la actualización de los montos de las penalidades en lugar del mismo índice pero del Paraguay. La modificación no riñe con normativa alguna, y de acuerdo a la administración contratante, resulta razonable a partir de que esas penalidades están previstas en dólares de los Estados Unidos de América.-

ABG. ROGERIO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo el futuro hoy

V. CONCLUSIONES

Con base en las consideraciones que anteceden, habiendo hecho las salvedades sobre el marco de competencias institucionales, y teniendo a la vista las posiciones de la administración contratante, de la Unidad de PPPP y del Ministerio de Hacienda que en forma unánime no oponen reparos para la aprobación de la propuesta de adenda Nº 4 al PBC del proyecto, presentado para análisis por el MOPC, la PGR es del parecer que la misma no contraría las previsiones de la ley Nº 5102 y su decreto reglamentario, más allá de la conveniencia o no de las mismas, que son objeto y responsabilidad de las instituciones técnicas ya mencionadas.-

Sin otro particular, aprovecha la ocasión para hacerle llegar sus atentos saludos.-

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

A SU EXCELENCIA
DON RAMÓN JIMÉNEZ GAONA, MINISTRO
MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES
E. S. D.

COPIA

M. O. P. C.
MESA DE ENTRADAS UNICA
Exp. Nº 154
Fecha: - 4 ENE. 2016
Firma: Hora: 10:10