**DICTAMEN PGR Nº 96 /17.-**

Asunción, 21 de febrero de 2017

**SEÑOR MINISTRO:**

**ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, MINISTRO PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA,** se dirige a Vuestra Excelencia en relación con la nota MOPC Nº 128, de fecha 17 de febrero de 2017, referente al "Llamado MOPC Nº 156/2015 – Contrato de diseño, financiación, construcción, mantenimiento y operación de las rutas nacionales 2 y 7" (en adelante, el "proyecto"), a través de la cual se remite la proforma de contrato a ser firmado.-

## I. CONSULTA A SER EVACUADA

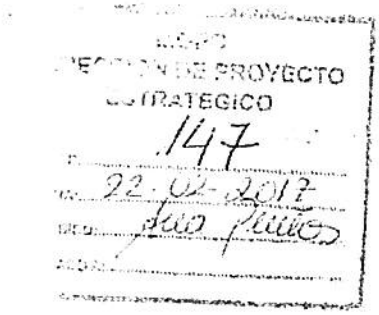
Por la nota en cuestión, se remite a esta Procuraduría la proforma del contrato a ser suscripto en el marco del proyecto con 29 fojas, incluidos los anexos, remitiendo los antecedentes correspondientes, de manera a solicitar un dictamen por parte de esta institución, con el fin de dar continuidad al proceso en el marco de 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 cumplimiento de los arts. 46 y 64 del decreto reglamentario Nº 1350/2014.-

Entre los documentos remitidos a esta institución se encuentran:

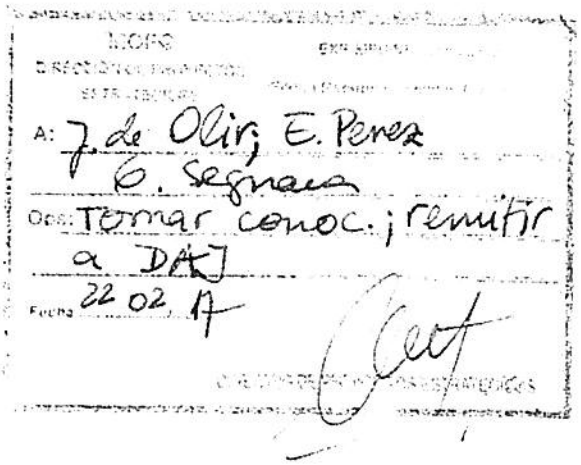
- Borrador de contrato para el diseño, financiación, construcción, mantenimiento y operación de las Rutas Nacionales Nº 2 y 7 con 29 fojas, incluidos los anexos;
- Dictamen de DAJ Nº 152/2017;
- Memorándum DIPE Nº 119 y complementarios Nº 128/2017 y Nº 133/2017 remitidos a la DAJ;
- Memorándum DTT Nº 13/2017, ref. al informe de la consultora Deloitte & Touche Paraguay y complementarios DTT Nº 15/2017;
- Memorándum Nº 14/17, por el cual el Viceministerio de Obras y Comunicaciones del MOPC, da su visto bueno al contrato de referencia;
- Memorándum VMAF Nº 44/2017, por le cual la Viceministra de Administración y Finanzas del MOPC, da su visto bueno al contrato de referencia.

Sobre la base del borrador del contrato y los antecedentes remitidos a esta institución, se realizan las observaciones que siguen.-

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


DIRECCIÓN DE PROYECTO
ESTRATEGICO
147
22-02-2017
dos fojas

08:50.


A: J. de Olir; E. Perez
C. Segnana
Obs: Tomar conoc.; remitir
a DAJ
Fecha 22 02 17

## 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 Procuraduría General de la República, 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 1350/2014 que reglamenta la ley Nº 5102/2013, encomienda a la Procuraduría la elaboración de dictámenes, previo a los dictámenes vinculantes a ser dictados por el Ministerio de Hacienda, sobre los siguientes actos (las negritas son nuestras):

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.-

Surge por tanto del artículo referido que los dictámenes a ser emitidos por esta institución no han sido identificados como dictámenes vinculantes, a diferencia de lo que la propia ley Nº 5102/2013 y su decreto reglamentario establecen expresamente sobre los dictámenes a ser emitidos por el Ministerio de Hacienda[1]. Siendo ello así, los dictámenes emitidos por esta representación constitucional en el marco de la ley Nº 5102/13 carecen de carácter vinculante, no obstante son emitidos *pro veritate* conforme nuestro leal saber y entender jurídico.

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

El artículo 46 del decreto agrega que tanto el pliego de bases y condiciones de la licitación como la proforma del contrato serán aprobados por la administración contratante, previo dictamen de la unidad de PPP, del Ministerio de Hacienda y de la Procuraduría General de la República.

Con respecto a los plazos, el citado artículo establece que los dictámenes de las instituciones intervinientes, incluyendo a la Procuraduría, sobre los pliegos de bases y condiciones y las proformas de contratos deben ser emitidos y enviados a la administración contratante dentro del plazo máximo de 15 (quince) días hábiles desde su recepción.

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8911
Procurador General
Procuraduría General de la República

[1] Ley Nº 5102/2013, artículo 10, incisos b) e i). Decreto Nº 1350/2014, artículo 28.

De manera concordante, el artículo 64 del decreto reglamentario establece que previamente a la suscripción del contrato, se requerirá el dictamen favorable de la Procuraduría General de la República, de la Unidad de PPP y del Ministerio de Hacienda; y que éstos deberán ser emitidos y enviados a la Administración Contratante dentro de un plazo máximo de 15 (quince) días de recibida la solicitud de la Administración Contratante.

Finalmente, conviene aclarar que si bien el decreto Nº 1350/14 no confiere carácter vinculante a los dictámenes de la Procuraduría, su pronunciamiento es un requisito previo e ineludible a la aprobación de los pliegos de bases y condiciones, en razón de sus atribuciones constitucionales.

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

La ley Nº 5102/13 ha sido promulgada el 01 de noviembre de 2013 y publicada en la Gaceta Oficial el 04 de noviembre del mismo año. Desde este acontecimiento, el Poder Ejecutivo había dispuesto la coordinación de tareas entre las varias instituciones afectadas directa o indirectamente a las disposiciones de la ley para la redacción del reglamento, que debía estar listo en el plazo de 120 días.

Las labores del equipo interinstitucional habían culminado dentro del término referido, con la participación activa de la Procuraduría General de la República, siendo dictado el decreto Nº 1350/14 el 12 de marzo de 2014.

En el citado reglamento se establece, con carácter previo a la instancia consultiva sobre la proforma del contrato, una serie de formalidades, que se inician con la comunicación de la administración contratante a la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada (en adelante, la "unidad de PPPP") de su intención de impulsar un proyecto en el marco de la ley Nº 5102 (art. 31), los estudios de pre-factibilidad (art. 32) y su correspondiente evaluación (art. 33), los estudios de factibilidad del proyecto (art. 34), la intervención del Consejo de Empresas Públicas (art. 36), el decreto del Poder Ejecutivo de aprobación del proyecto, cumplidas las formalidades anteriores (art. 37), la precalificación de oferentes (arts. 39, 40 y 41), el llamado público a interesados (arts. 43 y 44), la elaboración y aprobación de los pliegos de bases y condiciones de la licitación (art. 46) y la adjudicación (art. 60).

En este contexto, se ha presentado el proyecto, de iniciativa pública, que ha merecido los dictámenes favorables de la STP y del Ministerio de Hacienda en las etapas de pre-factibilidad y factibilidad, siendo dictado, en consecuencia, el decreto Nº 4103 el 23 de setiembre de 2015, por el cual se aprueba el citado proyecto en el marco de la ley Nº 5102/13, dándose inicio con ello a la etapa de aprobación del pliego de bases y condiciones, según el artículo 43 del decreto reglamentario.

ABG. ROSARIO MORENO RODRIGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

Luego, en cumplimiento del artículo 46 del decreto, la Procuraduría emitió el dictamen Nº 818 de fecha 25 de setiembre de 2015, en el que manifestaba su opinión en el sentido de que el pliego de bases y condiciones del proyecto se adecuaba a las previsiones de la ley Nº 5102/13 y su decreto reglamentario.

Finalmente, por resolución Nº 1654 de fecha 25 de setiembre de 2015 el MOPC, en su carácter de administración contratante, aprobó el pliego de bases y condiciones para la convocatoria al llamado MOPC. Nº 156/2015, "Licitación para el contrato de diseño, financiación, construcción, mantenimiento y operación de dos rutas nacionales (Nº 2 y 7)".

En cuanto a la aprobación de la proforma del contrato a ser suscripto, y conforme a lo establecido en el artículo 28 del decreto reglamentario, el pedido de dictamen a esta institución, debe ir acompañado de la posición jurídica de la administración contratante y de los antecedentes correspondientes.

Que tal como surge de lo expuesto hasta aquí, en el caso en particular, la administración contratante es el MOPC, y por lo tanto se ha remitido a esta institución, conforme surge de los documentos remitidos en adjunto con la nota MOPC Nº 128/2017, el dictamen DAJ Nº 152 de fecha 17 de febrero de 2017, a través del cual la Dirección Jurídica del MOPC manifiesta que el borrador de contrato remitido por la Dirección de Proyectos Estratégicos (DIPE) incluye los requisitos mínimos señalados en el artículo 65 del decreto reglamentario.

Bajo estas premisas, corresponde a la Procuraduría, siempre dentro de los límites de sus atribuciones constitucionales y legales, formular las consideraciones jurídicas sobre la proforma del contrato, que será puesto a consideración de los oferentes.-

## IV. METODOLOGÍA DEL PRESENTE DICTAMEN. ACLARACIÓN PREVIA.

El presente dictamen se remite estrictamente a la determinación del cumplimiento de los aspectos enumerados en el art. 65 del decreto Nº 1350/14 y otras normas aplicables en el texto de la proforma del contrato consistente de 29 fojas, adjunto a la nota MOPC Nº 128/2017.

La metodología del análisis jurídico que sigue consiste en la indicación de "CUMPLE" o "NO CUMPLE" para cada aspecto enumerado en el citado artículo, con las correspondientes observaciones y reservas (según el caso) a reglón seguido, en caso que sean pertinentes. Para los aspectos inaplicables al proyecto, se inserta la expresión "NO APLICA".

Es preciso advertir que esta Procuraduría no emitirá opinión respecto de: (i) puntos enteramente inmersos en la esfera de discrecionalidad de la administración contratante (el MOPC); y (ii) aquellos de índole estrictamente técnica y/o económica, sobre los cuales las demás instituciones involucradas en el proceso conforme a la ley y sus atribuciones

ABG. ROBERTO MORENO RODRIGUEZ A.
Mat. 8511
Procurador General
Procuraduría General de la República

orgánicas deben hacerlo, tal como ya se han expedido favorablemente en instancias previas, como los estudios de pre-factibilidad y factibilidad (a cargo de la STP y del Ministerio de Hacienda), el pliego de precalificación (sobre el cual la Procuraduría no emite pronunciamiento alguno, por no estar contemplado en el art. 28 del decreto Nº 1350), la selección de los oferentes precalificados (a cargo del MOPC), y la aprobación del pliego de bases y condiciones (en cuanto a sus aspectos sustanciales).

Por otra parte, a modo de consideración general, se debe señalar que la proforma de contrato en estudio está directamente vinculada con el pliego de bases y condiciones, sobre el que esta Procuraduría ya se había pronunciado por medio del dictamen Nº 818/15.

Previamente a la opinión jurídica respecto del cumplimiento del contenido mínimo de la proforma de contrato remitida, debemos traer a vuestra atención que hemos notado que existen cambios, modificaciones, alteraciones y/o agregados a la proforma de contrato que se encontraba en el pliego de bases y condiciones aprobado, siendo distinta la proforma de contrato remitida en esta oportunidad. Dichos cambios, según se ha informado, han sido realizados exclusivamente por la administración contratante, y consecuentemente es dicha administración la responsable de los cambios y/o agregados formulados.

Esta representación constitucional se pronunciará respecto al contenido mínimo exigido en la normativa aplicable, considerándose al efecto la totalidad de la proforma de contrato acompañada con la nota MOPC Nº 128, con 29 fojas, titulada "Contrato de diseño, financiación, construcción, mantenimiento y operación de las rutas nacionales Nº 2 y 7", con sus modificaciones y anexos.

En contrapartida, esta representación constitucional no emitirá opinión respecto de la conveniencia económica o del impacto en la economía del contrato y su oportunidad, de los cambios a los términos de la proforma del contrato, por no corresponder dichas atribuciones a esta institución. La conveniencia económica, operativa y técnica de los términos y particularmente el contenido de las cláusulas de la proforma del contrato y los cambios introducidos deben ser analizados por los órganos competentes con atribuciones para ello, en el marco de la ley nº 5102/13 y su decreto reglamentario, siendo todo lo relacionado a ello exclusiva responsabilidad de dichos órganos para los intereses del Estado no correspondiendo los mismos a la Procuraduría General. En consonancia con lo expuesto líneas arriba, esta institución se limita a la opinión jurídica del contenido mínimo exigido al contrato conforme lo indica la normativa aplicable.

Por último, reiteramos que la opinión de la Procuraduría General de la República no es vinculante en virtud de la ley Nº 5102/13 y su decreto reglamentario, y se limita estrictamente a la verificación del contenido mínimo exigido en el artículo 65 del decreto reglamentario.

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

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA
PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Secretaría Privada

## V. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

Como se ha manifestado *supra*, el presente dictamen se centra en la determinación de la aplicabilidad y cumplimiento de los requisitos mínimos enumerados en el art. 65 del decreto reglamentario en la proforma de contrato puesta a consideración, con 29 fojas, con las observaciones pertinentes según el caso. Consecuentemente, a continuación nos referimos a cada uno de los sub incisos del artículo 65 referido.

a) *Nombre, datos de identificación y capacidad jurídica de las partes:* **CUMPLE.-**

- Portada del contrato; y
- Cláusula I.-

b) *Personería de los representantes legales de las partes:* **CUMPLE.-**

- Portada del contrato.-

c) *El objeto del contrato:* **CUMPLE.-**

- Cláusula II: *Objeto.-*

d) *Los derechos y obligaciones de las partes:* **CUMPLE.-**

- Cláusula XXVII: *Derechos y obligaciones de las partes.-*

Comentario

La cláusula se remite directamente al pliego de bases y condiciones, y específicamente a la sección V. No obstante ello, debe notarse que a lo largo de la proforma del contrato se enumeran derechos y obligaciones de las partes.

e) *Las características, especificaciones, estándares técnicos, niveles de desempeño y calidad para la ejecución de la obra y prestación de los servicios:* **CUMPLE.-**

- Cláusula XI: *Ejecución del contrato; y*
- Cláusula XXI: *Forma de operación.-*

f) *La relación de los inmuebles, bienes públicos y derechos afectados al proyecto y su destino a la terminación del contrato:* **CUMPLE.-**

- Cláusula XXXVIII: *Relación de los inmuebles, bienes públicos y derechos afectados al proyecto y su destino a la terminación del contrato.-*

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Secretaría Privada

DR. HUBERTO MORENO RODRIGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

g) *El régimen financiero del proyecto, con las contraprestaciones a favor del participante privado:* **CUMPLE.-**

- Cláusula IV: *Retribución de la SOE;*
- Cláusula V: *Actualización de la retribución de la SOE;*
- Cláusula VI: *Fideicomiso;*
- Cláusula VIII: *Plan económico financiero definitivo; y*
- Cláusula IX: *Compensaciones por actos sobrevinientes y reequilibrio económico financiero del contrato.-*

h) *El régimen de distribución de riesgos, técnicos, de ejecución de la obra, financieros, por caso fortuito o fuerza mayor y de cualquier otra naturaleza entre las partes, que en todo caso deberá ser equilibrado:* **CUMPLE.-**

- Cláusula IX: *Compensaciones por actos sobrevinientes y reequilibrio económico financiero del contrato; y*
- Cláusula X: *Asignación de riesgos.-*

i) *El plazo para el inicio y terminación de la obra, para el inicio en la prestación de los servicios, así como el plazo de vigencia del contrato y, en su caso, el régimen para prorrogarlos:* **CUMPLE.-**

- Cláusula III: *Duración del contrato y plazos que rigen su ejecución;*
- Cláusula XIV: *Inicio de la fase de construcción;*
- Cláusula XV: *Tramo 0;*
- Cláusula XVIII: *Inicio de la fase de operación transitoria en la fase de diseño y construcción;*
- Cláusula XIX: *Inicio de la fase de operación y mantenimiento - Puesta en servicio provisoria; y*
- Cláusula XX: *Puesta en servicio definitiva.-*

j) *La indicación de las autorizaciones para el desarrollo del proyecto:* **CUMPLE.-**

- Cláusula XIII: *Licencias, autorizaciones y tributos.-*

k) *Remuneración del Participante Privado, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costos de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el Participante Privado pueda obtener de la operación de las obras o equipos:* **CUMPLE.-**

- Cláusula IV: *Retribución de la SOE;*
- Cláusula V: *Actualización de la retribución de la SOE; y*
- Cláusula VIII: *Plan económico financiero definitivo.-*

l) *Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato y criterios aplicables respecto del*

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

*mantenimiento del equilibrio de la ecuación económica-financiera del contrato, si correspondiera:* **CUMPLE.-**

- Cláusula V: *Actualización de la retribución de la SOE; y*
- Cláusula IX: *Compensaciones por actos sobrevinientes y reequilibrio económico financiero del contrato.-*

m) *Fórmulas de pago y, particularmente, condiciones en las cuales en cada vencimiento o en determinado plazo, el monto de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración Contratante y los importes que el Participante Privado debe abonar a esta como consecuencia de penalidades o sanciones, pueden ser objeto de compensación:* **CUMPLE.-**

- Cláusula IV: *Retribución de la SOE;*
- Cláusula VII: *Garantía de cumplimiento del contrato;*
- Cláusula XVII: *Garantía de construcción;*
- Cláusula XXVIII: *Infracciones y penalidades por incumplimiento de obligaciones.-*

n) *Sistema de control por parte de la Administración Contratante aplicable a la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se autorice a realizar cesiones o subcontratos:* **CUMPLE.-**

- Cláusula XVI: *Control de la fase de construcción;*
- Cláusula XXII: *Control de la operación;*
- Cláusula XXIX: *Subcontratación;*
- Cláusula XXXI: *Cesión; y*
- Cláusula XXXIX: *Informes.*

o) *Destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo:* **CUMPLE.-**

- Cláusula XXXVIII: *Relación de los inmuebles, bienes públicos y derechos afectados al proyecto y su destino a la terminación del contrato.-*

p) *Los supuestos de rescisión, resolución y terminación anticipada del contrato, de sus efectos, así como los términos y condiciones para llevarlas a cabo:* **CUMPLE.-**

- Cláusula XV: *Tramo 0;*
- Cláusula XXXIII: *Terminación del contrato por transcurso del plazo;*
- Cláusula XXXIV: *Terminación anticipada del contrato;*
- Cláusula XXXV: *Efectos de la terminación anticipada del contrato; y*
- Cláusula XXXVI: *Fijación y pago de compensaciones en caso de terminación anticipada.*

ABG. FLORENCIO MORENO RODRIGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

Secretaría Privada

q) *El régimen de penas convencionales y de sanciones por incumplimiento de las obligaciones de las partes:* **CUMPLE.-**

- Cláusula XXVIII: *Infracciones y penalidades por incumplimiento de obligaciones; y*
- Cláusula XXXVII: *Intervención del contrato.-*

r) *Los mecanismos de mitigación y compensación por daño ambiental, en los términos del artículo 11 de la ley Nº 3001/96 "De valoración y retribución de servicios ambientales":* **CUMPLE.-**

- Cláusula III: *Duración del contrato y plazos que rigen su ejecución; y*
- Cláusula XIII: *Licencias, autorizaciones y tributos.-*

s) *Los procedimientos de solución de controversias:* **CUMPLE.-**

- Cláusula XL: *Solución de controversias.-*

## VI. CONCLUSIONES

Con base en las consideraciones que anteceden, y habiendo hecho las salvedades sobre el marco de competencias institucionales realizadas *supra*, la Procuraduría General de la República considera que la proforma del contrato con 29 fojas titulada "Contrato de diseño, financiación, construcción, mantenimiento y operación de las rutas nacionales Nº 2 y 7", con sus modificaciones y anexos, que acompaña la nota presentada por el MOPC ante esta institución **incluye el contenido mínimo** exigido en los términos de la ley Nº 5102/13 y su decreto reglamentario.

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

Presidencia de la República — Procuraduría General de la República — Secretaría Privada

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.

CON COPIA
A SU EXCELENCIA
**DON SANTIAGO PEÑA**, MINISTRO
MINISTERIO DE HACIENDA
E. S. D.

M. O. P. C.
MESA DE ENTRADAS
Exp. Nº 7932
Fecha: 21 FEB. 2017
Firma:
Hora: 12:10