PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo el futuro hoy

DICTAMEN PGR Nº 155/2016

Asunción, 14 de marzo 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 157/2016 de fecha 08 de marzo de 2016, referente 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") en el marco de la ley Nº 5102 *"De promoción de inversión en infraestructura pública y ampliación y mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado"*, con la finalidad de evacuar el dictamen solicitado en ella.-

I. CONSULTA EVACUADA

Por la nota MOPC Nº 157 se remite a la Procuraduría General de la República (en adelante "PGR") una nueva propuesta de adenda 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") acompañada de 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 artículo 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 artículo 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
Procurador General
Procuraduría General de la República

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 artículo 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.-*

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 ha merecido el dictamen PGR Nº 818/2015 del 25 de setiembre de 2015, mediante el cual se habían realizado observaciones que, una vez atendidas, han dado 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.-

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 informe técnico de la adenda Nº 6 elaborado por la Dirección de Proyectos Estratégicos (en adelante "DIPE") de esa cartera de Estado, que se ha recibido anteriormente con la nota MOPC Nº 94/2016. En la misma ocasión se había recibido el dictamen DAJ Nº 156 del 15 de febrero de 2016 de la Dirección de Asuntos Jurídicos del MOPC, que no oponía reparos a la prosecución de los trámites para la emisión de la adenda. Estos dos documentos ya contenían el análisis de las modificaciones relativas a las cláusulas 16 y 36, que aluden a las garantías de mantenimiento de oferta y de cumplimiento de contrato. Sin embargo, en la adenda Nº 6 no habían sido incorporadas a la espera de sugerencias de la Superintendencia de Seguros del Banco Central del Paraguay, las cuales ahora se dicen recibidas y atendidas en la nota MOPC Nº 157/2016.-

En esta última se menciona, además, que

> *"la incorporación de la póliza de seguros con cláusula a primer requerimiento como alternativa para la constitución de las garantías de mantenimiento de oferta y fiel cumplimiento constituye una alternativa más a las formas de presentación de las mismas, y creemos que la diversidad de opciones para los oferentes resultará en un mayor número de participantes y mayor concurrencia en el proceso licitatorio, así como la presentación de ofertas más económicas".-*

Se pasa ahora al análisis de las cuestiones planteadas.-

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

Abog. Roberto Moreno Rodríguez A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

La nueva adenda al PBC del proyecto pretende las siguientes modificaciones:

- Cláusula 16 "Garantía de mantenimiento de oferta". Sustitución de la cláusula por nueva redacción.-
- Cláusula 36 "Garantía de cumplimiento de contrato". Sustitución de la cláusula por nueva redacción.-
- Cláusula 52 "Garantía de construcción". Sustitución de la cláusula por nueva redacción.-
- Cláusula 63.1 "Incumplimientos graves". Sustitución de la cláusula por nueva redacción.-
- Anexo G "Formulario de Garantía Bancaria". Incorporación de nuevo anexo.-

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

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. 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. El Ministerio de Hacienda –con carácter vinculante– debe analizar las implicancias económicas y fiscales del proyecto según el artículo 10, también de la ley Nº 5102. Ya la Procuraduría General de la República debe analizar si lo planteado no riñe con esta última y su reglamentación.-

Hecha la salvedad, se verificará si estas cláusulas se encuentran acordes con la normativa aplicable.-

- <u>Cláusula 16 "Garantía de mantenimiento de oferta"</u>.-

Considerando que en el PBC todas las estimaciones y referencias financieras y presupuestarias se dan en dólares de los Estado Unidos de América, sería recomendable que las garantías sean constituidas únicamente en esa moneda. Esto a los efectos de no adicionar las complicaciones que implicarían actualizaciones derivadas de variaciones del tipo de cambio –que desde ya no están previstas en el PBC respecto de las garantías–. No obstante, si a criterio de la administración contratante debe mantenerse la posibilidad de que el oferente pueda optar entre esa moneda y guaraníes, en este caso, por el relativamente breve espacio de tiempo entre la presentación de ofertas y la sustitución de esta garantía por la de cumplimiento de contrato, se recomienda que la redacción sea modificada.-

Así, en el primer punto de esta cláusula, debería decirse que la garantía de mantenimiento de oferta debe ser por valor de *"xx millones de dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en guaraníes"*, en lugar de decir *"en guaraníes o dólares equivalentes a xx millones de dólares"* como se propone. Con la corrección

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

sugerida, la oración final que señala: *"La garantía se podrá constituir en cualquiera de las dos monedas"* resultaría redundante.-

Ahora, respecto de la incorporación de la modalidad de póliza de seguro de caución *"con cláusula a primer requerimiento"* para la constitución de esta garantía debe señalarse que ella se encuentra expresamente prevista tanto en la ley Nº 5102 (artículo 26) como en su decreto reglamentario (artículo 68). No existe entonces objeción legal a su procedencia.-

No obstante, corresponde advertir, que la redacción de la cláusula, tal como está propuesta, podría ver mermada la posibilidad de una ejecución rápida y efectiva de la misma en caso de configuración del siniestro. Esto, debido a la experiencia de la PGR en juicios de ejecución de este tipo de garantía en el marco de las contrataciones públicas tradicionales y el tenor de los pronunciamientos de las empresas aseguradoras nacionales.-

El tema de las pólizas de caución como garantía en las obras públicas tradicionales ya había sido objeto de pronunciamiento de la PGR y en determinada ocasión había recomendado incluso la exclusión de las mismas en las contrataciones públicas[1] por las dificultades judiciales que implicaba la renuencia de las aseguradoras para el pago.-

En el pronunciamiento referido, la PGR había señalado que la póliza de caución como garantía tenía una función económica fundamental:

> *"(...) el legislador tuvo en miras, a todas luces, asegurar al Estado –en sus procedimientos de contratación– un medio ágil, seguro y expeditivo de recobrar la liquidez que inyecta al mercado permitiendo así continuar con las obras de las que se trate. En efecto, máxime cuando se trata de grandes sumas de dinero, la idea central de la caución es recobrar inmediatamente el dinero pagado al contratista para no paralizar la obra, desplazando la carga patrimonial del siniestro en cuestión al asegurador"*[2].-

Notándose la importancia de una póliza de seguro de caución que responda al verdadero interés del Estado, la PGR recomienda algunas modificaciones a la cláusula propuesta, si es que el MOPC insiste en su inclusión en el catálogo de formas de instrumentar la garantía de mantenimiento de oferta, siendo igualmente válidos estos comentarios para la garantía de cumplimiento de contrato.-

Así, la cláusula deberá ser clara en señalar la imposibilidad de que el asegurador subordine el pago de la garantía a la acreditación del siniestro a una decisión judicial previa, de acuerdo con la experiencia de la PGR. Al efecto, en documento anexo, se remite propuesta de cambios a la cláusula sugerida en el borrador de adenda que se analiza.-

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 2541
Procurador General
Procuraduría General de la República

[1] MORENO RODRÍGUEZ ALCÁLA, Roberto y FOSSATI LÓPEZ, Giuseppe (directores). *"Anales de la defensa jurídica del Estado Paraguayo"*. Asunción, Atlas, 2015, 1ª ed., tomo I (dictámenes), p. 290.-

[2] MORENO RODRÍGUEZ ALCÁLA, Roberto y FOSSATI LÓPEZ, Giuseppe (directores). *"Anales de la defensa jurídica del Estado Paraguayo"*. Asunción, Atlas, 2015, 1ª ed., tomo I (dictámenes), p. 287.-

- Cláusula 36 "Garantía de cumplimiento de contrato".-

Primeramente corresponde aludir a la moneda en la que se constituirá esta garantía. Debe decirse que tratándose de una garantía que debe durar toda la vida del contrato y estando éste íntegramente calculado y referenciado en dólares de los Estados Unidos de América, corresponde que la garantía sea constituida en esa moneda únicamente, por lo que se recomienda la modificación del borrador de adenda en ese sentido.-

Luego, manteniendo en lo sustancial las mismas consideraciones expresadas en el punto que precede, la PGR recomienda determinadas modificaciones a la propuesta de cláusula inserta en el borrador de adenda del MOPC, las cuales constan en el documento adjunto en detalle.-

Mediante tales cambios se busca clarificar, además de lo que resulta válido y ya se ha dicho para el caso de la garantía de mantenimiento de oferta, aspectos que puntualizan la configuración del siniestro y documentación necesaria para la exigencia de ejecución eventual de la garantía instrumentada mediante la póliza de caución, sobre todo en la previsión de darse el presupuesto de la cláusula 36.12 inciso c) (incumplimientos de las obligaciones de la SOE con terceros cuando la Administración Contratante sea declarada subsidiaria o solidariamente responsable).-

- Cláusula 52 "Garantía de construcción".-

En el caso de esta, la variante es distinta y tiene que ver con la especificación tanto de las causales de ejecución como del orden de prelación de ejecución, considerando la co-existencia de la garantía de cumplimiento de contrato durante esta fase. Sobre este punto la Procuraduría General de la República ya se ha expedido en el dictamen PGR Nº 153/2016, al cual se remite.-

No obstante, y respecto de la moneda en la cual debe estar constituida la garantía, la PGR recomienda que se mantenga únicamente en dólares de los Estados Unidos de América.-

- Cláusula 63.3 "Incumplimientos graves".-

La propuesta de modificación incluye incumplimientos graves que no se encontraban previstos inicialmente, entre los que puede citarse la falta de constitución o reconstitución de las garantías o pólizas de seguros, entre otras.-

Cabe señalar que la consideración de un incumplimiento como grave es atribución de la administración contratante, la que estima la severidad del mismo a los efectos de la imposición de penalidades según su importancia para el proyecto en general.-

La propuesta analizada, en ese marco, no se opone a la normativa sobre la materia.-

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8641
Procuraduría General de la República

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo el futuro hoy

- Anexo G "Formulario de Garantía Bancaria".-

La citada incorporación al PBC no contraría ninguna disposición aplicable a este tipo de proceso.-

V. CONCLUSIONES

Con base en las consideraciones que anteceden, habiendo hecho las salvedades sobre el marco de competencias institucionales y las sugerencias de modificación que se adjuntan al presente dictamen, la PGR es del parecer que la propuesta de adenda no contraría las previsiones de la ley Nº 5102 y su decreto reglamentario, sin perjuicio de la opinión del Ministerio de Hacienda y de la Unidad de PPPP que no se tuvieron a la vista en esta ocasión.-

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.