PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo el futuro hoy

DICTAMEN PGR Nº 191/2016

Asunción, 20 de mayo 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 478/2016 de fecha 20 de mayo de 2016, referente a la propuesta de adenda al pliego de bases y condiciones del *"Proyecto de Modernización del Aeropuerto Internacional Silvio Pettirossi bajo la modalidad de Alianza Público Privada"* (en adelante, el "proyecto"), desarrollado por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (en adelante "MOPC" o "administración contratante") en conjunto con la Dirección Nacional de Aeronáutica Civil (en adelante "DINAC") 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 478 se remite a la Procuraduría General de la República (en adelante "PGR") una 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") y propuestas de respuestas que constarían en circulares aclaratorias, acompañada de los dictámenes técnico y jurídico de la administración contratante.-

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

ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General

000031

dictámenes vinculantes a ser dictados por el Ministerio de Hacienda, sobre los siguientes actos:

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*

modificación. Las circulares aclaratorias deberán ser puestas a disposición de los oferentes en el lugar indicado en el pliego.-
"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.-

Ahora bien, en atención al dictamen DAJ Nº 705 del 16 de mayo de 2016, emitido por la Dirección de Asuntos Jurídicos del MOPC, en el que este departamento, luego del análisis de los puntos sometidos a aclaración, expone que "(...) *el contenido de las respuestas que formarán parte de la circular aclaratoria Nº 13 no incorporan una modificación que afecte de manera significativa ningún punto del pliego de bases y condiciones* (...)", la PGR no se expedirá respecto del contenido de dicha circular, en razón de su incompetencia conforme la normativa ya citada.-

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 1051/2015 del 18 de diciembre de 2015 y terminados los trámites reglamentarios previos ha sido publicado por la administración contratante en el portal de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, según lo estipula el decreto de forma.-

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 presente propuesta de adenda elaborado por la Dirección de Proyectos Estratégicos (en adelante "DIPE") de esa cartera de Estado. Con el mismo se ha recibido también el dictamen DAJ Nº 705 del 16 de mayo de 2016 de la Dirección de Asuntos Jurídicos del MOPC, que no opone reparos a la prosecución de los trámites para la emisión de la adenda. Estos dos documentos contienen el análisis de las modificaciones sugeridas.-

Se pasa ahora al análisis de las cuestiones planteadas.-

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

La propuesta de adenda al PBC del proyecto pretende las siguientes modificaciones:

- Cláusula 45.3. "Mecanismos para compensar. Acumulación".-
- Cláusula 50. "Plazos que rigen la ejecución de este contrato".-
- Cláusula 71.1. "Penalidades por vulneración de las obligaciones del contrato".-
- Cláusula 71.3. "Penalidades".-
- Cláusula 71.4. "Graduación de las penalidades".-
- Cláusula 71.10. "Ejecución de las penalidades económicas a la SOE o a sus socios".-
- Cláusula 79.1. "Procedimiento de recepción".-
- Anexo V. "Penalidades por incumplimiento de obligaciones".-
- Anexo I. Formularios de la oferta. Formulario 6. "Modelo de acta o acuerdo de intención de constitución de una sociedad de objeto específico (SOE)".-
- Anexo VI. "Proforma del Contrato". Cláusula III. "Duración del Contrato y plazos que rigen su ejecución".-

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.-

- Cláusula 18. "Periodo de validez de las ofertas".-

La modificación propuesta busca extender de 6 meses (180 días) a 250 días el periodo de validez de las ofertas. Ello no resulta contrario ni a la ley ni al reglamento aplicables, y constituye una facultad de la administración contratante en el proceso.-

Luego, también se propone –ante eventuales contratiempos durante el periodo de análisis de las ofertas– que la validez de las ofertas pueda ser extendida por un periodo adicional de 60 días como máximo. Se prevé que la administración contratante pueda solicitar nuevas prórrogas, adicionales a estos 60 días. En este último caso, los oferentes tendrían la opción de retirarse del proceso.-

En el dictamen PGR Nº 153/2016, emitido en el marco del *"Proyecto de ampliación y rehabilitación de las rutas nacionales 2 y 7, tramo: Ypacaraí – Coronel Oviedo (Ruta 2) y*

Coronel Oviedo – Km. 183 (Ruta 7)", ya se había señalado que esta posibilidad resulta factible. Se ha dicho así:

> *"Sobre este último punto resulta relevante recordar lo dispuesto en el artículo 53 del decreto reglamentario, el cual señala que la administración contratante exigirá la constitución de una garantía de mantenimiento de oferta 'hasta la firma del contrato'. En su segundo párrafo ese mismo artículo prescribe que:*
>
> *'La garantía de mantenimiento de oferta deberá estar vigente hasta que se proceda a la constitución de la garantía de cumplimiento de contrato o se rechace la totalidad de las ofertas. Las empresas que retiren* ***injustificadamente*** *su oferta antes de la adjudicación perderán la garantía constituida, la que quedará a favor de la administración contratante'*[1]*.-*
>
> *"Siendo que la garantía de mantenimiento de oferta está vinculada por su propia naturaleza a la existencia de la oferta, resultaría lógico sostener que la oferta no pueda ser retirada hasta el momento mismo de la firma del contrato y que sea ejecutada la garantía en caso contrario. Sin embargo, el decreto reglamentario prevé, a contrario sensu, la posibilidad del retiro de la oferta antes de la adjudicación, escenario previsto en esta propuesta de adenda al PBC.-*
>
> *"La que establece en el PBC la administración contratante al permitir el retiro de la oferta, siempre que así lo crea conveniente la persona jurídica o consorcio oferente, si se exigiera una extensión de la validez de la oferta más allá de los 60 días posteriores a los 6 meses iniciales, sería una justificación que no daría derecho a la administración contratante a ejecutar la garantía de mantenimiento de oferta.-*
>
> *"No obstante, debe preverse la posibilidad de que los oferentes, intimados por la administración contratante, sí decidan continuar en el proceso y extender la validez de sus ofertas por más tiempo del ya señalado, en cuyo caso deberían necesariamente extender también la garantía de mantenimiento de oferta por el tiempo que la administración contratante les indique. A este efecto debería comunicárseles con anticipación suficiente la decisión de prórroga de plazos del proceso licitatorio a los efectos de que los oferentes adopten la decisión que crean conveniente y cumplan con la extensión de la garantía en caso de continuar.-*
>
> *"No obstante lo señalado, las prórrogas sucesivas del proceso licitatorio deberían estar debidamente justificadas por la administración contratante, de manera tal que la licitación no se vea menos robustecida".-*

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

[1] Negritas añadidas.-

000027

Con base en lo antedicho, en la ocasión que se cita se había concluido que la modificación propuesta no tenía objeciones de orden legal o reglamentario, posición que se ratifica en esta oportunidad.-

- Cláusula 19. "Garantía de mantenimiento de oferta".-

Se propone como primera modificación que esta garantía pueda ser constituida tanto en dólares de los Estados Unidos de América como en guaraníes. En el dictamen PGR Nº 155/2016, emitido en el marco 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)"*, la PGR había señalado que resultaba mejor opción la constitución de las garantías en la moneda predominante para todas las referencias económico-financieras del PBC, es decir, dólares de los Estados Unidos de América, lo cual es similar en este proyecto.-

No obstante, se había dicho también en ese dictamen PGR Nº 155/2016 algo que también resulta de aplicación en este caso:

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

La PGR se ratifica, entonces, en lo pertinente, en lo sugerido en la ocasión anterior respecto de este asunto.-

En lo que hace ahora a la forma de instrumentar la garantía, la modificación sugerida por la administración contratante tiene que ver con los requisitos exigidos para las pólizas de seguro de caución con "cláusula a primer requerimiento", en el caso de que esa sea la opción preferida por los oferentes.-

Notando la PGR que las modificaciones en ese sentido se encuentran en línea con las sugerencias expresadas en el dictamen PGR Nº 155/2016, emitido en el marco 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)"* no se observan inconvenientes para la prosecución de los trámites tendientes a la aprobación de este punto propuesto.-

Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

- Cláusula 34.3. "Capital social de la SOE".-

La modificación en este punto tiene que ver con los momentos de integración del capital social: los porcentajes en cada etapa y las formas (efectivo y/o bienes). En ese sentido, se establece que la integración debe alcanzar el 10% del capital social al momento de la constitución de la SOE y que debe ser en efectivo. Por otro lado, indica que el 90% restante debe integrarse en efectivo o en bienes a la par con las necesidades financieras de la construcción. Se mantiene, en el numeral 1 de esta cláusula la exigencia de que el capital social mínimo de la SOE sea como mínimo del 20% de la inversión total necesaria para el desarrollo del proyecto, inversión contemplada en concepto de CAPEX en el estudio de factibilidad aprobado por decreto del Poder Ejecutivo.-

Respecto del capital social, el decreto Nº 1350 es flexible, estableciendo en su artículo 62, quinto párrafo, lo siguiente:

> *"El capital integrado de la sociedad de objeto específico, al momento de su constitución deberá ser, al menos, equivalente al 20% del presupuesto oficial estimado por la Administración Contratante, **salvo que las bases de la licitación fijen un monto o porcentaje mínimo diferente**, ello sin perjuicio de las exigencias legales sobre la materia (...)"*[2].-

La consideración respecto de la conveniencia de la modificación respecto de la estructuración económico-financiera del proyecto, claramente no corresponde a la PGR. No obstante, como puede advertirse luego de la trascripción de parte del artículo 62 del decreto reglamentario, la propuesta de cambio no riñe con la normativa aplicable.-

- Cláusula 36 "Garantía de cumplimiento de contrato".-
- Anexo V. "Penalidades por incumplimiento de obligaciones".-

Las propuestas de modificación son tres:

i) Relacionada con la inclusión de un nuevo inciso, en el lugar del numeral 3, que modifica la numeración original desde allí; ésta contempla la posibilidad de la vigencia de la garantía por plazos no menores a cinco años y la posibilidad de considerar incumplimiento su falta de renovación 90 días antes del vencimiento de cada periodo (incluyendo así otra causal de incumplimiento susceptible de penalidad).-

ii) Relacionada con la forma de instrumentar la garantía: requisitos exigidos para las pólizas de seguro de caución con "cláusula a primer requerimiento".-

iii) Relacionada con la exclusión de los socios de la SOE en la responsabilidad por incumplimientos de ésta.-

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY
Procuraduría General de la República

HERIBERTO PEREIRA RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

[2] Negritas añadidas.-

Respecto de la primera de las propuestas, la misma responde a una previsión en línea con las distintas formas de instrumentar las garantías, que son diversas y que en el mercado pueden estar sujetas a estándares que impliquen vigencias por periodos de tiempo menores a la duración de este contrato (30 años). Así, es una inclusión necesaria y encuentra un contrapeso suficiente en la consideración de incumplimiento contractual agregada también en el Anexo V: "Penalidades por incumplimiento", entre los incumplimientos graves.-

Acerca de la segunda, la propuesta se adecua a las sugerencias expresadas en el dictamen PGR Nº 155/2016, emitido en el marco 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)"*, por lo que no se observan inconvenientes para la prosecución de los trámites tendientes a la aprobación de este punto.-

Respecto de la tercera, la justificación expresada por la DIPE en su informe técnico señala que se realiza considerando que la única contraparte del Estado en el contrato es la SOE y no sus socios. Debe decirse en este punto que, aunque contractualmente es posible vincular a los socios de la SOE con el incumplimiento de obligaciones de ésta mediante la solidaridad, es cierto también que la contraparte de Estado es la SOE y no sus socios luego de la firma del contrato.-

Así, aunque la posición del Estado resulta más cómoda en el escenario de la solidaridad, el cambio propuesto no es contrario al ordenamiento legal y reglamentario vigente.-

- Cláusula 45.3. "Mecanismos para compensar. Acumulación".-

En el numeral 7 de esta cláusula se establece actualmente que tendrá lugar la compensación cuando se produzca una alteración sustancial del equilibrio económico-financiero y que la misma podría ser implementada a través de la modificación del canon a pagar por la SOE o a través del pago de subsidios.-

A esas dos modalidades se agregan ahora: i) la variación del plazo del contrato que no podría exceder los 10 años y ii) la variación del régimen de inversiones previsto inicialmente.-

La previsión de las compensaciones forma parte de la estructuración económico-financiera del proyecto, cuya responsabilidad recae sobre la administración contratante exclusivamente. Ella debe analizar la conveniencia o no de las mismas. No obstante, las dos opciones que se adicionan se encuentran previstas en el artículo 34, último párrafo, de la ley Nº 5102, por lo que no contrarían el ordenamiento legal.-

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

000024

- Cláusula 50. "Plazos que rigen la ejecución de este contrato".-

En la propuesta se exponen determinadas modificaciones de plazos contractuales, los cuales hacen a la estructuración general del proyecto, alineados con los objetivos de interés público de la administración contratante y de la DINAC.-

Siendo entonces facultativo del MOPC el establecimiento de los plazos, la PGR no opone reparos a su modificación.-

- Cláusula 71.1. "Penalidades por vulneración de las obligaciones del contrato".-

La propuesta pretende, básicamente, suprimir de la redacción la posibilidad de reclamos indemnizatorios por daños y perjuicios, así como los efectos de la demora en la ejecución del Contrato, bajo el argumento –expresado en la justificación técnica de la DIPE y no referida en lo sustancial en el dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos del MOPC– de que tales reclamos se regirían por el derecho común.-

En la interpretación de la cuestión debe decirse que al tarifarse el incumplimiento se estaría ante una cláusula penal, lo que en principio, limitaría los efectos por incumplimiento a la ejecución de las penalidades ya cuantificadas en el PBC, salvo que la penalidad fuese aplicable estrictamente a la demora en el cumplimiento de las obligaciones. Desde esa perspectiva, la supresión propuesta resulta adecuada al contenido de la norma del artículo 454 del código civil. Éste, contempla la posibilidad de estipular penas para el caso de incumplimientos, totales o parciales, o de retardo en la ejecución de una obligación, sea a favor del acreedor o de un tercero.-

Ahora bien, el citado artículo agrega que *"en cada uno de esos casos la pena substituye a la indemnización de los daños e intereses respectivos. El acreedor no tendrá derecho a una pena mayor aunque pruebe que la indemnización no es suficiente"*. Esta disposición debe ser leída en consonancia con el artículo 458 del código, que expresa que *"el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y de la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya pactado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal"*.-

De lo anterior, resulta que las penalidades no son incompatibles al reclamo indemnizatorio de daños y perjuicios por incumplimientos que dieran lugar a la resolución de un contrato, siempre y cuando aquellas fuesen pactadas específicamente por retardo en la subsanación de los incumplimientos.-

En consecuencia, y de modo a disipar toda duda acerca de la subsistencia de las obligaciones a cargo del PBC sin perjuicio de la aplicación de las penalidades pactadas, y de dejar abierta la vía de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento total que diera lugar a la resolución del Contrato, se propone la siguiente redacción para la cláusula 71.1:

HERIBERTO MORÍNIGO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

000023

"La vulneración de las obligaciones contenidas en el presente PBC llevarán consigo la imposición a la SOE de las penalidades establecidas en esta Cláusula por los incumplimientos enumerados en el Anexo V 'Penalidades por incumplimiento de obligaciones'. La aplicación de estas penalidades no supondrá una extinción de las obligaciones a cargo de la SOE, y se imputará al retraso en la subsanación de tales incumplimientos, retraso a computar desde la fecha de su efectiva producción; ello, sin perjuicio de la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento total que diera lugar a la resolución del Contrato por causa imputable a la SOE".-

- Cláusula 71.3. "Penalidades".-

La modificación tiene que ver con la reducción del monto aplicable a las sanciones leves que van desde los US$ 5000 (cinco mil dólares de los Estados Unidos) hasta los US$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos), siendo que actualmente este tope superior alcanza los US$ 100.000 (cien mil dólares de los Estados Unidos).-

La justificación de la DIPE señala que ello distingue con mayor claridad los supuestos de sanciones leves con los supuestos de sanciones graves (que tienen como mínimo una sanción de US$ 100.000).-

Ahora bien, en cuanto al régimen sancionador establecido en el PBC, se observa la previsión de un marco punitivo (margen o quantum establecido entre un mínimo y un máximo), graduado según la falta sea clasificada como leve o grave.-

La sanción aplicable necesariamente se ajustará a la gravedad de los hechos o conductas que suponga una falta, de acuerdo a su clasificación, habiendo un margen discrecional coherente entre el marco mínimo y máximo.-

Por tanto, la estructuración de las penalidades y sanciones responde a objetivos tenidos a la vista por la administración contratante en cuanto a plazos, calidad de servicios, etc. por lo que finalmente debe considerarse su criterio en este punto.-

- Cláusula 71.4. "Graduación de las penalidades".-

En esta cláusula se agrega un segundo numeral en el que, sustancialmente, se establece la necesidad de fundamentar la aplicación de las penalidades y la cuantía de la misma. Ello podría considerarse implícito y es, desde luego, principio administrativo de ineludible cumplimiento, bajo pena de considerarse arbitrariedad.-

Por la razón que antecede, la modificación propuesta no contraría el marco normativo aplicable a estos contratos.-

AUGUSTO MARCELO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

000022

- Cláusula 71.10. "Ejecución de las penalidades económicas a la SOE o a sus socios".-

Esta propuesta de modificación busca dar coherencia a la exoneración de responsabilidad acordada a los accionistas de la SOE en concordancia con lo ya expuesto en el comentario a las modificaciones propuestas a la cláusula 36 "Garantía de cumplimiento de contrato" y Anexo V. "Penalidades por incumplimiento de obligaciones", *in fine*, a las cuales se hace remisión.-

- Cláusula 79.1. "Procedimiento de recepción".-

La modificación analizada añade una corrección de forma al indicar que al momento de la reversión de los bienes a la administración contratante la SOE deberá tener suscritos los contratos necesarios para la continuidad de la operación, por un tiempo de vigencia de por lo menos dos años más, contados desde el término del contrato de APP.-

Se agrega a lo anterior que estos contratos: i) deberán estar aprobados por la administración contratante; ii) incluirán entre sus condiciones la inoponibilidad a la administración contratante de las deudas anteriores a la fecha de transferencia y una cláusula de rescisión unilateral por oportunidad, mérito o conveniencia a favor de la administración contratante, cuya utilización no generará derecho a reclamo o indemnización alguna.-

La inclusión sugerida dará seguridad al periodo de transición que se da con la reversión de los bienes y no se vislumbra oposición a norma alguna.-

- Anexo I. Formularios de la oferta. Formulario 6. "Modelo de acta o acuerdo de intención de constitución de una sociedad de objeto específico (SOE)".-

En el formulario se realizan modificaciones de forma y otras sustanciales. Entre estas últimas se limita la responsabilidad de los accionistas solo hasta la constitución de la SOE, en línea con lo ya expuesto en el comentario a las modificaciones propuestas a la cláusula 36 "Garantía de cumplimiento de contrato" y el Anexo V. "Penalidades por incumplimiento de obligaciones", *in fine*, a las cuales se hace remisión.-

- Anexo VI. Proforma del Contrato. Cláusula III. Duración del Contrato y plazos que rigen su ejecución.-

Las modificaciones al presente Anexo adecuan la proforma del Contrato a las modificaciones propuestas para la Cláusula 50 "Plazos que rigen la ejecución del Contrato", a cuyos comentarios se hace remisión.-

V. CONCLUSIONES

Con base en las consideraciones que anteceden, habiendo hecho las salvedades sobre el marco de competencias institucionales la PGR es del parecer que la propuesta de adenda no contraría las previsiones de la ley Nº 5102 y su decreto reglamentario, sin

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo el futuro hoy

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 h.
Mat. 85.j1
Procurador General
Procuraduría General de la República

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