

Infraestructuras Públicas en el Paraguay: Ley 5074 “Llave en Mano”. Contrastes legales y financieros con la Ley 5102 “APP”.

Por Alvaro Emilio Rojas Cuenca.¹

SUMARIO: El Paraguay ocupa uno de los últimos puestos en desarrollo de infraestructuras públicas en todo el mundo. Considerando que el Estado no es una empresa constructora, no posee el expertise ni el personal adecuado para ejecutar por cuenta propia obras de infraestructura, el hecho que seamos uno de los países menos desarrollados en infraestructura nos obliga a realizar una seria introspección del marco legal que ofrece nuestro país a terceros para que éstos emprendan la ejecución de las grandes obras de infraestructura. En los últimos cinco años mucho se ha discutido sobre los distintos regímenes de contratación pública: la convencional, la concesión, la asociación-público privada, la modalidad llave en mano, entre otros. Si bien pareciera que estos regímenes son modernos, en realidad han estado contempladas por nuestro derecho desde hace ya varias décadas. Este material hará una visita breve sobre la mayoría de estos regímenes legales, enfocándose especialmente en la Ley Nro. 5.074/13, conocida popularmente como la ley llave en mano, y finalizando con un contraste entre esta ley y la Ley Nro. 5.102/13, conocida popularmente como la ley APP.

SUMMARY: Paraguay is ranked as one of the most underdeveloped countries in public infrastructure in the world. Considering that the State is not a construction company, it does not have the expertise or the adequate personnel to carry out infrastructural works on its own, the fact that we are one of the least developed countries in infrastructure forces us to carry out a serious introspection of the legal framework that our country offers to third parties for them to undertake the execution of major infrastructure works. In the last five years much has been discussed about the different public contracting regimes: the conventional scheme, the concession, the private-public association, turnkey contracting, among others. While it seems that these regimes are modern, in fact they have been regulated in Paraguayan law for several decades. This material will touch base on most of these contracting regimes, focusing specially on Law No. 5,074/13, popularly known as the turnkey law, and ending with a contrast between this law and Law No. 5,102/13, popularly known as the PPP law.

1. Introducción.-

SIN INFRAESTRUCTURA NO HAY DESARROLLO. Así lo afirmaba la Corporación Andina de Fomento (“CAF”) en su publicación titulada “Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España” del año 2010. Esa afirmación cobra mayor relevancia en nuestro querido Paraguay, donde según el Informe de Competitividad Mundial 2016-2017 elaborado por el Foro Económico Mundial (“WEF”)², el Paraguay descendió en el índice de Infraestructura cuatro posiciones desde el

¹ Abogado egresado con distinción Sobresaliente y ex Miembro del Consejo Editor de la Revista Jurídica, ambos de la Universidad Católica de Asunción. Asociado del Estudio Jurídico Gross Brown. Este material no refleja la postura ni la opinión del Estudio Jurídico Gross Brown, sino únicamente la de su autor.

² “El Foro Económico Mundial (WEF por sus siglas en inglés) es una organización privada, internacional, independiente y sin fines de lucro, que involucra a líderes empresariales, políticos, intelectuales y sociales de todo el Orbe, que comprometidos a mejorar el estado del Mundo, buscan influir en sus agendas industriales, regionales y globales.” (http://conocimiento.incae.edu/ES/clacd/nuestros-proyectos/archivo-proyectos/proyectos-de-competitividad-clima-de-negocios/WebsiteWEF/index_files/Page402.htm)

año pasado y se encuentra ahora ubicado en la posición número 122 de 138 países rankeados. Asimismo, el citado informe del WEF menciona que luego de la corrupción, el segundo obstáculo que impide hacer negocios en el Paraguay es la inadecuada disponibilidad de infraestructura³.

Por su parte, el Banco Interamericano de Desarrollo (“**BID**”) también ha manifestado que la infraestructura es un pilar esencial para la sociedad moderna y que “*su adecuada dotación y administración posibilitan el desarrollo económico, generan crecimiento, aumenta la competitividad y la productividad, y con ello la inserción de las economías en el mundo. Además ayuda a la cohesión territorial y permite mejorar la calidad de vida y la inclusión social.*”⁴ Las recientes investigaciones teóricas desarrolladas por el BID demuestran que el desarrollo de la infraestructura (y en consecuencia, la inversión hecha en ese rubro) sirve de propulsión para el desarrollo de la economía de un país. Dichas investigaciones concluyen manifestando que existe una relación positiva entre el crecimiento del índice de inversión en infraestructura y el crecimiento del PIB per cápita.⁵

Considerando que el desarrollo de la infraestructura tiene una influencia primordial en el desarrollo de la economía y el mejoramiento de la calidad de vida de la población de un Estado, este trabajo apunta a analizar en forma breve las alternativas legales y financieras que posee el Paraguay en la actualidad para el desarrollo y ejecución de los grandes proyectos de infraestructura. En tal menester, uno de los objetivos de este trabajo es ventilar ciertas deficiencias, debilidades o inconsistencias existentes en la legislación en vigor. Luego de determinadas éstas, se espera que se propicien discusiones entre los jugadores claves de este esquema (el gobierno, las empresas constructoras internacionales, los financistas internacionales, asesores legales, etc.) que puedan conducir al desarrollo de las herramientas legales necesarias para enmendar y fortalecer el marco normativo, y de tal manera atraer a más interesados al desarrollo de los grandes proyectos de infraestructura del Paraguay⁶. El objetivo último es que el Paraguay sea exitoso en sus contrataciones públicas, en particular aquellas de gran envergadura. Como resultado de dicho éxito esperado, el pueblo paraguayo podrá disfrutar de infraestructuras que eleven su nivel de vida y faciliten su desarrollo económico, social y cultural.

2. Antecedentes Legislativos.-

2.1. Concesiones en la Constitución Nacional de 1992.-

Si bien pareciera que el régimen de las concesiones, la delegación de la ejecución de obras y servicios públicos al sector privado y las asociaciones público privadas son iniciativas modernas, es importante aclarar que nuestro derecho positivo contempla esta figura desde hace ya varias décadas.

³ Schwab, K. (2016). *The global competitiveness report 2016-2017: insight report*. Geneva: World Economic Forum. Pág. 308.

⁴Serebrisky, T. (2014). *Infraestructura sostenible para la competitividad y el crecimiento inclusivo (BID)*. Visitado el 10 de julio de 2017, de <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6398/Infraestructura%20sostenible%20para%20la%20competitividad%20y%20el%20crecimiento%20inclusivo%20%20Estrategia%20de%20Infraestructura%20del%20BID.pdf> - Pág. 22.

⁵ Serebrisky, T. (2014). op. cit. Ver gráfico 1 de la Pág. 22.

⁶ En la Licitación APP para la ampliación de las Rutas 2 y 7 se presentó un (1) solo oferente de 11 precalificados. En la Licitación 5074 para la Construcción del Sistema de Alcantarillado para Gran Asunción identificado con ID DNCP Nro. 301.577 (en adelante, “**Alcantarillado**”) se presentó un (1) solo oferente de 14 precalificados.

La Constitución Nacional de 1992 (“CN”) establece bajo la sección que trata sobre la organización financiera del Estado que para el cumplimiento de sus fines, el Estado puede explotar “*por sí, o por medio de concesionarios los bienes de su dominio privado, sobre los cuales determina regalías, "royalties", compensaciones u otros derechos, en condiciones justas y convenientes para los intereses nacionales...*”⁷ Siendo que la magna carta admite la figura de las concesiones de bienes de dominio privado del Estado, surge la siguiente interrogante: ¿a qué órgano del Estado le compete autorizar la explotación de los bienes de dominio privado del Estado por parte de particulares?

El Art. 202, inciso 11 de la CN establece con meridiana claridad que dentro de los deberes y atribuciones del Congreso de la Nación se encuentra la facultad de “*autorizar, por tiempo determinado, concesiones para la explotación de servicios públicos nacionales, multinacionales o de bienes del Estado, así como para la extracción y transformación de minerales sólidos, líquidos y gaseosos.*”

En lo que va de aplicación de esta magna carta, tenemos un solo caso exitoso de concesión de infraestructura y servicio público autorizado por el Congreso Nacional. En diciembre del año 1996, con Wasmosy como Presidente de la Nación, el Congreso aprobó la Ley Nro. 1.018/96 por la cual se autorizó al MOPC a llevar a cabo el llamado a Licitación Pública Nacional para la duplicación, recuperación, adecuación, conservación, operación, mantenimiento y explotación, bajo concesión, del tramo de la Ruta No. 7, y la ejecución de obras de recapado con banquetas pavimentadas de ciertos tramos de dicha ruta. Un tiempo después, resultó adjudicada la empresa Tape Porã S.A., la que firmó el 03 de marzo de 1998 un Contrato de Concesión con el Estado Paraguayo, representado por el MOPC, por un plazo de 25 años. En el mes de junio del año 2016, dicho contrato fue modificado y ampliado por un plazo adicional de 30 años a computarse desde el año 2023, en virtud de la autorización del Congreso Nacional otorgada mediante la reciente Ley Nro. 5.625/16.

En noviembre del año 2000, durante la Presidencia de Luis Ángel González Macchi, el Congreso Nacional sancionó la Ley Nro. 1.618/00 DE CONCESIONES DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, la que en su primer artículo define a la concesión como “*el acto jurídico de derecho público en virtud del cual los tres poderes del Estado, los gobiernos departamentales o las municipalidades delegan mediante contrato en un concesionario seleccionado por licitación, la facultad de prestar un servicio o construir una obra de utilidad general. La concesión será otorgada en todos los casos por tiempo determinado, durante el cual el concesionario resarcirá y remunerará su inversión.*” Dicha ley fue posteriormente reglamentada en enero del año 2001 por el Decreto Nro. 11.967/01.

Por no ser el foco principal de este material, no se analizarán dichas normativas en esta ocasión. Si debe mencionarse que bajo el amparo de la Ley Nro. 1.618/00, durante el mandato de Fernando Lugo se promulgó la Ley Nro. 4.630/2011 por la cual se autorizó al Poder Ejecutivo a realizar por el sistema de concesión de obra pública, la construcción, operación, mantenimiento y explotación de los siguientes tramos viales (en conjunto o en forma independiente): Tramo 4: Ruta Puerto Indio/Mbaracayú, y Tramo 5: Ruta Naranja/San Cristóbal.

La motivación detrás de dicho proyecto de ley (que optaba por la modalidad de la concesión, y que en su propuesta inicial contemplaba 5 tramos con un total de casi 900 km, de rutas de los cuales solamente fueron aprobados por ley 2 tramos con un total de 97 km) fue “*la considerable tasa de retorno que demuestran las inversiones viales en cuestión, y ante la creciente imposibilidad de financiar estas obras con fondos provenientes del presupuesto público, o de obtener financiamiento externo para encararlas bajo modalidad*

⁷ Remitirse al Art. 178 de la Constitución Nacional del Paraguay del año 1992.

pública... Del modo señalado, la construcción de las grandes obras públicas y emprendimientos estatales, es posible mediante la participación del capital privado. El fin del crédito público y los cambios de acción de la banca privada e internacional nos presentan un panorama diferente a los de décadas pasadas. El auxilio y la colaboración del sector privado son vitales para cualquier obra de envergadura que pretenda realizar el Estado. Por esta razón, se han evaluado varias opciones posibles para realizar las obras públicas individualizadas más arriba, llegándose a la conclusión de que el sistema concesional en el que el privado asume el riesgo total de la construcción, operación y mantenimiento de las rutas, es el más conveniente para el Estado.⁸

2.2. Ley de Contrataciones Públicas.-

A partir del año 2003, todas las contrataciones públicas del Paraguay, incluyendo el planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución, erogación y control de las adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas se regularon y cayeron bajo el ámbito de aplicación de la Ley Nro. 2.051/03 DE CONTRATACIONES PÚBLICAS (“LCP”).

La LCP posee disposiciones legales sumamente acaparadoras, pues el espíritu de dicha ley es poder regular absolutamente todas las contrataciones llevadas a cabo por el Estado a los efectos de precautelar en todas ellas los principios de (a) Economía y Eficiencia, (b) Igualdad y Libre Competencia, (c) Transparencia y Publicidad, (d) Simplificación, Modernización Administrativa y Desconcentración de Funciones.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 2 de la LCP, quedan expresamente excluidas las contrataciones de (i) los servicios personales regulados por la Ley de la Función Pública; (ii) las concesiones de obras y servicios públicos y el otorgamiento de permisos, licencias o autorizaciones para el uso y explotación de bienes del dominio público⁹; (iii) las efectuadas en ejecución de lo establecido en los tratados internacionales y se financien con fondos provenientes de organismos multilaterales; (iv) los contratos celebrados internamente entre los organismos, entidades y municipalidades; (v) las afectadas a las operaciones de crédito público, de regulación monetaria, financiera y cambiaria y, en general, a las operaciones financieras; y (vi) las de transporte de correo internacional y las de transporte interno de correo.

Debemos aclarar *ab initio* que en el Paraguay, no fue la Ley Nro. 5.074/13 la que introdujo el marco legal aplicable para las contrataciones de obra bajo la modalidad “llave en mano”. En la doctrina, los contratos llave en mano, también denominados **turnkey contracts** en inglés, se definen como el “*contrato para el diseño, suministro, construcción, entrenamiento y puesta en marcha de los activos de un proyecto de acuerdo a rendimientos productivos contratados, por un precio fijo y a un plazo de entrega cerrado*¹⁰.” Como lo comenta el Profesor Butlow, los contratos llave en mano surgieron como efecto del creciente interés de obtener de los ingenieros un producto que trascienda más allá del proyecto, la dirección y la construcción. En adelante, el interés era de contar con todos los elementos

⁸ Nota del Presidente Fernando Lugo Méndez Nro. N° 232 de fecha 27 de agosto de 2009. Exposición de Motivos dirigida al Honorable Congreso Nacional.

⁹ Como se ha expuesto en el apartado 2.1., éstos se regirán conforme a los contratos que fueron expresamente autorizados por el Congreso Nacional.

¹⁰ Cáceres, D. G., & Madico, J. J. (2001). *Financiación global de proyectos: project finance*. Madrid: ESIC. Pág. 106.

necesarios para lograr que la obra compleja que acababa de ser construida pueda además funcionar correctamente y de forma sostenible.¹¹

Diez años antes de la promulgación de la Ley Nro. 5.074/13, ya la LCP definía en su artículo tercero a las Obras Públicas como *“todos los trabajos relacionados con la construcción, reconstrucción, demolición, reparación, instalación, ampliación, remodelación, adecuación, restauración, conservación, mantenimiento, modificación o renovación de edificios, estructuras o instalaciones, como la preparación y limpieza del terreno, la excavación, la erección, la edificación, la instalación de equipo o materiales, la decoración y el acabado de las obras; y los proyectos integrales o llave en mano, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra, la construcción, el suministro de materiales y equipos, la puesta en operación y aseguramiento de la calidad, hasta su terminación total, incluyendo hasta la transferencia de tecnología.”* (El énfasis y subrayado es nuestro).

Asimismo, el artículo 15 de la LCP exige a los contratos convocados bajo la modalidad llave en mano (en los que el diseño es responsabilidad del contratista), de cumplir con la condición previa de contar con los estudios, diseños (planos, cálculos, especificaciones generales y técnicas) debidamente concluidos. Por lo tanto, puede concluirse que la modalidad de contratación “llave en mano” no fue algo introducido por la Ley Nro. 5.074/13, sino una contratación expresamente regulada por la LCP.

Estamos de acuerdo que en una contratación común, en la que por el ejemplo el Ministerio de Obras Públicas (“MOPC”) ha obtenido previamente de un adjudicatario los diseños (planos, cálculos, especificaciones generales y técnicas) para un proyecto específico en base a una licitación particular, y luego sobre tales diseños así obtenidos convoca otra licitación para ejecutar la construcción del proyecto específico, los riesgos de sobrecostos para el Estado son mayores. Ahora bien, por el hecho que un proyecto se licite bajo la modalidad de contratación llave en mano, nada impide que aplique de igual manera el artículo 62 de la LCP que establece que *“en el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra determinada debido a causas imprevistas o técnicas presentadas durante su ejecución, la Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación, pero con el informe previo favorable de la Auditoría General correspondiente, los convenios modificatorios que requiera la atención de los cambios antedichos, siempre que se mantengan los precios unitarios del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo convenio.”* (Lo subrayado es nuestro).

En las contrataciones de obras privadas, el Código Civil Paraguayo también instituye una regla equivalente, la que dicta que *“el que encarga la obra puede introducir variaciones en el proyecto, siempre que su monto no exceda de la sexta parte del precio total convenido. El que la ejecuta tiene derecho en este caso a la compensación por los mayores trabajos realizados, aun cuando el precio de la obra hubiese sido determinado globalmente”*¹².

Es decir, tanto en las contrataciones públicas, como en las privadas desarrolladas en el Paraguay, no está totalmente vedada la posibilidad de modificar tanto el precio global establecido, como el plazo de culminación de la obra, incluso para proyectos licitados bajo la modalidad “llave en mano”. Deberán no obstante, presentarse ciertos presupuestos de hecho que admitan tales modificaciones, pero lo relevante es que la contratación bajo a modalidad llave en mano en nada difiere, en este aspecto, de los demás contratos ejecutados bajo otras modalidades y sujetos a la LCP. En lo que si difieren los contratos de obras licitados bajo la

¹¹Butlow, E. (2004). *Reporte Inmobiliario*. Visitado el el 10 de julio de 2017, de <http://www.arquitectura.com/tecnica/legal/legislacion/butlow003.asp>

¹² Art. 858 del Código Civil Paraguayo

LCP con aquellos licitados bajo la Ley Nro. 5.074/13 es que en en los primeros, quien financia la obra es el Estado, mientras que en los segundos, quien financia la obra es la empresa contratista adjudicada (a través de sus financistas) como se verá a continuación.

2.3. Antecedentes de la Ley Nro. 5.074/13 – Llave en Mano.-

Como se ha dicho anteriormente, con el Presidente Wasmosy se aprobó la primera concesión de una ruta nacional a favor de una empresa privada. También durante el mandato de Wasmosy se aprobó la Ley Nro. 1.302/98 por la cual se introdujo un innovador marco legal especial y complementario a la Ley Nro. 1.045/83 (la antecesora de la LCP).

Antes de continuar con los antecedentes de la Ley Nro. 5.074/13 debe primero aclararse que antes de la LCP, el marco normativo para el desarrollar en el Paraguay licitaciones públicas era la Ley Nro. 1.045/83 QUE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE OBRAS PÚBLICAS. Esta ley fue derogada y sustituida por la Ley Nro. 1.533/2000 QUE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE OBRAS PÚBLICAS, y posteriormente ésta última fue otra vez derogada y sustituida por la LCP. En efecto, debe aclararse que considerando que la Ley Nro. 1.045/83 fue derogada y sustituida finalmente por la LCP, en la actualidad las disposiciones de la Ley Nro. 5.074/13 deben aplicarse en forma especial y complementaria a la LCP, y no por sí sola.

Es esencial comprender que la afamada Ley Nro. 5.074/13 no es más que una enmienda a la Ley Nro. 1.302/98. Es decir, el cuerpo normativo base y las innovaciones legales y contractuales lo fijó la Ley Nro. 1.302/98, y lo único que hizo la Ley Nro. 5.074/13 fue actualizar la Ley Nro. 1.302/98. Debemos recordar que la ley base de lo que hoy es la Ley Nro. 5.074/13 data del año 1998 y fue promulgada por el entonces Presidente Wasmosy, a quien se le debe reconocer el logro de haber promocionado una ley tan innovadora e importante para el desarrollo de la infraestructura de un país.

En la exposición de motivos de la Ley Nro. 5.074/13, la que se identifica dentro del Sistema de Información Legislativa como expediente D-1325895, se destacan ciertos puntos. El primero es la intención de los legisladores de buscar un detonante inmediato para la generación de empleos para el pueblo paraguayo mediante la agilización de los proyectos y construcción de obras públicas en el país. Otra de las motivaciones fue la de atraer otras fuentes de financiación para la ejecución de los grandes proyectos de infraestructura del país que no sean los organismos de créditos multilaterales tradicionales. De la mano con este objetivo se encuentra también la necesidad de dotar a la inversión nacional y extranjera con un marco jurídico que otorgue certidumbre y seguridad.

Adicionalmente, los anteproyectistas mencionaron que en años anteriores las Entidades Previsionales que por naturaleza poseen una alta disponibilidad de fondos, han hecho inversiones en bancos de poca solvencia y/o inversiones en el exterior en las que en algunos casos perdieron dinero y en otros no lo optimizaron al percibir casi nula rentabilidad. Así, las Entidades Previsionales han tenido históricamente un rol de inversión bajo en el país y aquellas inversiones que ejecutaron en nada han redituado en el desarrollo del país. Uno de los objetivos de la ley fue entonces que las previsionales apuesten por el desarrollo del país, obteniendo en contraprestación interesantes rentas y garantías sólidas que respalden su inversión. Tal es así, que el Art. 10 de la Ley Nro. 5.074/13 autorizaba expresamente a todas las entidades previsionales oficiales del país a financiar las obras y servicios ejecutados conforme a dicha ley, los que cuentan con la garantía soberana de la República. Debemos notar sin embargo que a la fecha, este Art. 10 ha sido derogado, por lo que en el marco

normativo actual, las previsionales están fuera de participación en los proyectos bajo Ley Nro. 5.074/13.¹³

2.4. Antecedentes de la Ley Nro. 5.102/13 – “APP”.-

El proyecto legislativo inicial de lo que hoy es la Ley Nro. 5.102/13 se identifica dentro del Sistema de Información Legislativa como expediente D-1325952, y el mismo fue propuesto el mismo día en que se propuso la Ley Nro. 5.074/13 (el 25 de marzo del 2013) por los entonces Diputados Nacionales Salustiano Salinas, Víctor Bogado, Raúl Estigarribia y Oscar Tuma.

Los anteproyectistas de esta ley manifestaron en su exposición de motivos que los objetivos de dicha ley eran, en primer lugar establecer el marco jurídico que facilite el desarrollo de proyectos de inversiones en infraestructura pública y prestación de servicios a través de la participación de actores del sector privado en actividades y servicios públicos. De dicha forma, se buscaba *“potenciar la gestión pública con los recursos genuinos generados por el Fondo Nacional de Inversión Pública y Desarrollo (FONACIDE), y recursos provenientes de la Contrapartida Privada, y con ello mitigar la limitada capacidad técnica, humana y tecnológica del Sector Público, que han postergado la ejecución de proyectos de corto y mediano plazos, y con ello impidiendo la adecuación de las ciudades y principales cascos urbanos al crecimiento aritmético de la población.”*¹⁴

3. Principales Características de la Ley 5.074/13 – “Llave en Mano”.-

Como se ha fundamentado con anterioridad, la Ley Nro. 5.074/13 no fue la primera normativa que reguló los contratos públicos llevados a cabo bajo la modalidad de contratación “llave en mano”, pero en el Paraguay se conoce popularmente a esta ley como la ley “llave en mano”.

De hecho, la Ley Nro. 5.074/13 regula un procedimiento especial, complementario a la LCP para todas aquellas licitaciones públicas nacionales y/o internacional que tengan por objeto la elaboración de los proyectos de factibilidad y proyectos de obras, la fiscalización, la construcción de las obras públicas y/o los servicios públicos. Ahora bien, la clave de la Ley Nro. 5.074/13, el elemento que la diferencia de (i) la LCP, (ii) del régimen legal de las concesiones, y (iii) del régimen legal de las asociaciones público-privadas, es que los procesos llevados a cabo bajo la Ley Nro. 5.074/13 están reservados EXCLUSIVAMENTE para aquellos proyectos y oferentes que, al momento de presentar su oferta en la licitación tengan asegurado el financiamiento total de las obras, sus respectivos proyectos y sus fiscalizaciones.

Es por ello que los pliegos correspondientes a los proyectos licitados bajo esta ley solicitan a los oferentes acreditar, mediante cartas (no vinculantes) emitidas por entidades financieras con calificación de primer nivel reconocida por el BCP, que tienen el apoyo de uno o más financistas. Esto quiere decir que, a diferencia de una licitación común bajo la LCP, un oferente que tenga la intención de pujar en una licitación bajo la Ley Nro. 5.074/13 debe negociar, con carácter previo a la presentación de su oferta, con entidades financieras (nacionales o internacionales), convencer a éstas sobre la bancabilidad y rentabilidad del proyecto, y obtener de éstas cartas de apoyo no vinculantes.

¹³ Para revisar la exposición de motivos completa, remitirse a la exposición de motivos disponible en el SIL bajo el Expediente D-1325895.

¹⁴ Para revisar la exposición de motivos completa, remitirse a la exposición de motivos disponible en el SIL bajo el Expediente D-1325952.

Es importante destacar el Estado ha ratificado que no asumirá obligaciones financieras anticipadas, como financista, aval o garante de créditos o empréstitos necesarios para la construcción de las obras. Es decir, cuando el potencial oferente se presente ante una banca de inversiones internacional para solicitarle su apoyo en la financiación del proyecto, el potencial oferente no contará en ningún caso con una obligación anticipada del Estado, ni tampoco su aval o equivalente. Es decir, el Estado deja aclarado que el riesgo de obtener el apoyo financiero debe ser asumido por el contratista en forma singular.

La estructura legal de la Ley Nro. 5.074/13 no tiene previsto incluir a tales entidades financieras dentro de la relación contractual con el Estado, por lo menos no desde un principio, ni tampoco se requiere la participación ni aprobación del Estado en la firma del contrato de financiación suscrito entre el contratista y sus financistas. El único requisito requerido por los pliegos es que se produzca el cierre financiero (es decir, la firma del contrato de financiación entre el contratista y sus financistas) dentro de un plazo determinado desde la fecha de firma del contrato con el contratista.

Pueden existir tres casos que impidan que se produzca el cierre financiero dentro del plazo requerido por el Estado: (i) que por cualquier motivo atribuible al contratista (ya sea por ligereza, inexperiencia, negligencia o por imposibilidad de marketear el proyecto a los financistas, etc.) no se logre firmar el contrato de financiación, (ii) que por un Efecto Material Adverso producido en los mercados financieros no sea posible lograr el cierre financiero¹⁵, o (iii) que por cualquier motivo atribuible al Estado, se resuelva el contrato antes de producido el cierre financiero. En el primer caso, la regla general es que el Estado compensará al contratista los montos de las inversiones efectivamente realizadas en la obra. Tales inversiones serán calculadas en base a las mediciones¹⁶ recogidas en la obra. Considerando que el primer caso contempla un incumplimiento atribuible al contratista, en tal caso no se considerarán los costos financieros relacionados el avance de la obra obtenido hasta tal punto, ni cualquier otro concepto, tasa o penalidad financiera. En el segundo caso, la contratante devuelve a la contratista únicamente los montos por ésta adelantada en concepto de Supervisión y Fiscalización.¹⁷ En el tercer caso, el Estado compensará al contratista los montos de las inversiones efectivamente realizadas en la obra, según éstas se calculan en base a las mediciones recogidas en la obra, incluyendo los costos incurridos por la contratista que sean causa directa e inmediata de la resolución, incluyendo los costos financieros correspondientes a la inversión efectivamente realizada de los tramos no terminados.

Son muy limitados los proyectos de infraestructura que pueden ser ejecutados bajo el amparo de la Ley Nro. 5.074/13. Estos proyectos están definidos en términos generales en el art. 2 de la ley, y en opinión personal del autor, los proyectos allí contenidos son más que

¹⁵ Tomando como ejemplo la licitación para el proyecto Alcantarillado, un Efecto Material Adverso (EMA) se define como cualquier acontecimiento o cambio que tiene un efecto material adverso en los mercados financieros que ocurra entre la fecha de la adjudicación y el plazo máximo para concluir el Cierre Financiero. Para que sea considerado EMA, el evento debe afectar uno de los siguientes: (a) una suba en el rendimiento de los bonos soberanos emitidos por la República; o (b) una baja calificación de la deuda soberana de la República a largo plazo.

¹⁶ Típicamente las mediciones se realizan en forma mensual y como efecto de ella se emite un Certificado de Avance Mensual el cual consigna el porcentaje de avance de la obra en ese mes, y el equivalente de ese avance respecto a la parte de la obra ofertada por el Contratista. Es opinión del autor que tales certificados mensuales incluyen los costos financieros, mayor claridad se tendrá a medida que se vayan ejecutando proyectos bajo esta modalidad y las prácticas del MOPC se hagan públicas.

¹⁷ Los proyectos bajo Ley 5.074/13 establecen la obligación del contratista adjudicado de abonar los costos de supervisión y fiscalización de las obras que los contratistas ejecutarán. Tales montos son abonados a la contratante, y ésta a su vez llama a licitación para contratar (y pagar) a empresas tercerizadas para desarrollar tales tareas.

suficientes para permitir que las infraestructuras en el país se desarrollen de manera exponencial. En particular, dentro de los lineamientos generales del citado art. 2, se ha delegado al Poder Ejecutivo la facultad de definir en forma anual cuáles proyectos específicos serán catalogados como prioritarios, y en efecto serán licitados bajo esta normativa. En la práctica hemos visto que el Poder Ejecutivo, como primer paso discute este asunto en el seno del Equipo Económico Nacional (“*EEN*”), el que propone los proyectos prioritarios al Presidente de la República. El EEN tiene la obligación de analizar cada proyecto, sus costos y duración, alternativas de financiamiento para honrar los pagos a los futuros contratistas, impacto macro-fiscal, incidencias monetarias y estudios de sostenibilidad. Por su parte, el Presidente de la República puede aprobar estos proyectos mediante un Decreto presidencial. Luego de la emisión de dicho Decreto, la entidad convocante pertinente deberá solicitar de forma previa la autorización del Ministerio de Hacienda para poder lanzar la licitación. Considerando que con estos proyectos el Estado asume la obligación de abonar por la obra ejecutada en plazos de 10 años para arriba, el Ministerio de Hacienda se encarga de analizar las condiciones básicas del financiamiento de la licitación prevista, el modo en que el Estado realizará los pagos, entre otros factores, siempre desde el punto de vista de la sostenibilidad de la deuda pública y la responsabilidad fiscal. Recién luego de la autorización del Ministerio de Hacienda, la entidad convocante podrá resolver mediante su superior jerárquico la redacción del pliego pertinente y el posterior llamado a licitación.

Asimismo, la ley contempla una condición excluyente de su aplicación a aquellos proyectos que cuenten con financiamiento ya aprobado por ley, ya sea por una ley especial, o bien por la ley del Presupuesto General de la Nación. Por otra parte, los pliegos deben contener requisitos técnicos con altos estándares de calidad equivalentes a los requeridos por licitaciones fondeadas por organismos multilaterales (tales como el BID, CAF, etc.).

La ley requiere que estos proyectos comprendan necesariamente las fases de “Proyecto, Financiamiento, Construcción y Fiscalización.” Asimismo, la modalidad de contratación prevista por esta ley es la siguiente: el Estado licita un proyecto dentro del cual se tiene previsto que el Estado adquiera obras y/o servicios total o parcialmente concluidas. Esto no necesariamente quiere decir que las obras que van a ser recibidas por el gobierno se encuentren completamente construidas y operativas, tal como debería ocurrir en los casos de los proyectos contratados bajo la modalidad llave en mano. Por el contrario, basta con que por lo menos una parte del proyecto se encuentre totalmente concluido y listo para ser utilizado para que el gobierno lo adquiera y se obligue a pagar por dicha parte concluida.

Hasta el momento, los proyectos lanzados bajo esta ley contemplan un número cerrado de hitos (es decir eventos relevantes o tareas de relevancia concluidos) para cada proyecto. Por ejemplo, un proyecto de una ruta de 100 km de distancia, se dividiría en 5 hitos, es decir tramos de 20 km cada uno. La idea es que cada hito de 20 km, al ser concluido se encuentre listo para ser utilizado, es decir en el caso de la ruta, listo para recibir tráfico vehicular. En el caso que el contratista incumpla los plazos previstos para la culminación de cada hito, éste se somete a penalidades contractuales por cada día de atraso. Por otra parte, la consecuencia de no completar un hito conforme a las especificaciones técnicas y estándares de calidad requeridos es que dicho hito no es aceptado por la contratante, y por tanto, el Estado no asume la obligación de abonar por tales obras (al menos no nace una obligación de abonar totalmente por el hito).

Del análisis de esta modalidad contractual se colige que se tratan de contratos llave en mano, pero con ciertas variaciones ya que pueden ser aceptados y pagados por el Estado antes de que el proyecto entero se haya culminado y se encuentre operativo. Más que nada entonces, cuando el decreto reglamentario se refiere al vocablo llave en mano, se refiere al “*contrato con precio cerrado y plazo de entrega fijo por el contratista seleccionado, bajo la*

*filosofía –todo incluido- en el precio*¹⁸. En el Art. 3 del Decreto Nro. 5151/16 (que reglamenta la Ley Nro. 5.074/13), el Poder Ejecutivo ratifica que en el proyecto llave en mano, el Contratista se obliga desde el diseño de la obra, la construcción, el suministro de materiales y equipos, la puesta en servicio y aseguramiento de calidad hasta su terminación total, así como los demás servicios relacionados con las obras públicas.

La belleza de esta ley es la mención expresa que reza “*el Estado Paraguayo con la garantía del Tesoro Nacional, asumirá las obligaciones desde el momento de la firma del contrato de obra correspondiente, siendo su compromiso de pago únicamente a la conclusión total de la obra o partes terminadas y utilizables de ésta, de acuerdo con el contrato y las especificaciones técnicas correspondientes*¹⁹”.

Entonces, lo que determina el pago o no de una obra (ya sea en forma parcial o total) es la aceptación de la misma por parte del Estado de acuerdo a lo dispuesto en el contrato y en las Especificaciones Técnicas (“*EETT*”) del pliego de bases y condiciones. La interrogante que surge a continuación es: ¿quién asume esa responsabilidad de determinar si la obra fue construida conforme a las EETT? El art. 4 de dicha ley menciona que “*el cumplimiento de las especificaciones técnicas y demás disposiciones contractuales, será realizado estrictamente por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones con su personal, o a través de empresas de consultoría de reconocida idoneidad, para la recepción de obras y el compromiso de pago del Estado Paraguayo.*”

En la práctica se puede comprobar que el Estado ha llamado licitaciones públicas internacionales a efectos de seleccionar al mejor fiscalizador de obra, y que la recepción de las obras se materializa a través del procedimiento conocido como la Recepción Provisoria de Obra. La recepción la efectúan en forma tripartita: (a) el Contratista, (b) el MOPC, y (c) el Fiscalizador de la obra. Como resultado de la misma surge un Acta de Recepción Provisoria.

Asimismo, junto con la emisión de dicho Acta de Recepción Provisoria se dispara la obligación del MOPC y del Ministerio de Hacienda de emitir un documento denominado Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago. Éste se define como “*el título que, una vez concluido cada tramo terminado y utilizable, y suscrita la correspondiente Acta de Recepción Provisoria, emite la Contratante e instrumenta el reconocimiento de la obligación de pago del Estado Paraguayo y que surge del PBC y del Contrato. El Certificado consignará el monto adeudado por el Estado Paraguayo, la forma de pago y los vencimientos de cada una de las cuotas comprensivas de capital y/o interés en que se divide la obligación de pago.*²⁰” Este certificado se instrumenta en un título que se emite por cada hito que ha recibido un Acta de Recepción Provisoria, y el cual se encuentra suscrito por la Entidad Convocante y por el Ministerio de Hacienda, quien lo suscribe a efectos de materializar el reconocimiento de la garantía del Tesoro.

Conforme al Art. 8 del Decreto Nro. 5151/16 el Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago es el “*título necesario para instrumentar el reconocimiento de la obligación de pago de los compromisos asumidos por el Estado paraguayo*”. Asimismo, el decreto menciona que “*este título será el documento que habilite al acreedor principal o a su cesionario a hacer efectivo el pago de la obligación por parte del Estado paraguayo*”. Finalmente, llama la atención la disposición del decreto que reza “*el monto consignado en cada título emitido será abonado por el Estado Paraguayo única y exclusivamente contra la presentación y devolución de dicho título, al que se le aplicará lo dispuesto en el artículo 1516, ultima parte, del código civil.*” Una lectura superficial de dichas disposiciones podría

¹⁸ Cáceres, D. G., & Madico, J. J. (2001). *Financiación global de proyectos: project finance*. Madrid: ESIC. Pág. 165.

¹⁹ Art. 4 de la Ley 5074/13.

²⁰ Modelo de Contrato. Proyecto Licitación Alcantarillado Gran Asunción (ESSAP). Artículo 1. Definiciones.

conducir al lector a la conclusión que el Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago es un título de crédito, conforme éste se regula en los arts. 1507 y siguientes del Código Civil Paraguayo. Pareciera que la definición del maestro Vivante del título de crédito como “el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que en él se enuncia” aplica íntegramente al Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago. Ahora bien, un análisis pormenorizado de la naturaleza legal de este título permite concluir que, como se verá a continuación, al no ser susceptible de endosos, y al estar restringida su capacidad de circulación a la autorización previa, expresa y por escrito de la Entidad Convocante, no se trata de un título de crédito. Esta interpretación es confirmada por la redacción del decreto arriba transcrita, que establece que los Certificados de Reconocimiento de Obligación de Pago se rigen por el Art. 1516, última parte del Código Civil Paraguayo. Éste justamente estipula que los documentos que sólo sirven para identificar al derecho-habiente a la prestación o a permitir la transferencia del derecho sin observancia de las formas propias de la cesión, así como los títulos de deuda pública y los demás regulados por leyes especiales, tal como el Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago, no se someten a las normas aplicables a los títulos de crédito. Por tanto jurídicamente puede catalogarse al Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago como un título de mera legitimación, pero que para ser válidamente pagado debe reunir dos requisitos: (i) su titularidad (i.e. la cesión) debió haber sido previamente autorizada por la Entidad Convocante, y (ii) el titular debe presentar el título del Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago.

Resumiendo entonces, desde el momento en que se emite un Acta de Recepción Provisoria para una parte terminada y utilizable del proyecto (hito), o bien para todo el proyecto, el Estado Paraguayo asume la obligación, con la garantía del Tesoro paraguayo, de abonar al Contratista por tales trabajos efectuados y aceptados. A partir de ese momento se devengan derechos de cobro a favor del Contratista (que se instrumentan en el Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago), y en contrapartida se dispara la obligación del Estado de presupuestar en sus cuentas los montos necesarios para hacer frente a tales deudas.

Cuando la ley menciona que los pagos a favor del contratista gozarán de la garantía soberana del Estado paraguayo, lo que se está indicando es que, al igual que como ocurre en el caso de los bonos soberanos de la República, la deuda del Estado paraguayo instrumentada en ese Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago se respalda en el prestigio y solvencia (*full faith and credit*) del Estado paraguayo. Recordemos que la palabra crédito proviene del verbo *credere* que significa creer. Los inversionistas y las agencias de calificación crediticia creen, y tienen mucha más confianza en el repago de una deuda por parte de un Estado que por parte de una persona física o jurídica (incluso que un banco). Ello, debido a que en puridad, un gobierno dispone de innumerables fuentes de recursos, incluyendo las recaudaciones de todo los impuestos, para hacer frente a sus obligaciones dinerarias. Podría argumentarse entonces, de cierta manera las deudas del Estado paraguayo están garantizadas por todos nosotros, los contribuyentes, y por todas las demás fuentes de recursos del Estado.

De la mano con la noción de administración financiera del Estado arriba mencionada, debe señalarse también que el Estado paraguayo ha manifestado expresamente dentro de los documentos de los distintos proyectos licitados bajo esta ley que, los Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago emitidos conforme a la Ley Nro. 5074/13 son calificados como “Deuda Externa Pública” (*Public External Debt*) tal como este término se define en el Prospecto de Emisión (*Offering Memorandum*) de los bonos soberanos del

Estado paraguayo del año 2016 (con vencimiento el 2026)²¹. La genialidad de esta referencia es que, alcanzado el umbral de 25 millones de dólares de incumplimiento en los pagos de obligaciones catalogadas como Deuda Externa Pública por parte de la República²² (dentro de los cuales se incluyen los pagos de los Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago), se dispara un impago cruzado, o *cross default*²³ en inglés, con los bonos soberanos de la República. Esto hace que para los inversionistas este título sea muy atractivo.

Tal como se ha determinado anteriormente, el Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago es el documento emitido por el Estado en el que se instrumenta una obligación de pago a favor del Contratista. El documento menciona el monto del capital y de los intereses en Dólares Americanos (USD), y las fechas en las que debe realizarse el pago de las sucesivas cuotas. La virtud de bancabilidad de este Certificado es que el mismo es cesible sin otra limitación más que la de solicitar con carácter previo a la cesión, la autorización expresa y por escrito de la Entidad Convocante. Una vez obtenida dicha autorización, la titularidad de los derechos de cobro representados por dicho título pueden ser cedidos en todo o en parte a cualquier tercero. A partir de la cesión del título al financista (o a cualquier otro cesionario), el financista se subroga en todos los derechos del contratista sobre los derechos de pago emergentes del contrato de infraestructura pública (incluyendo la subrogación de los derechos de reclamar al Estado el pago de lo adeudado) y se vuelve parte en la relación de este esquema de contratación pública.

Considerando que, como se ha dicho anteriormente, la Ley Nro. 5074/13 se distingue de las demás normativas de contratación pública por el hecho que ésta regula específicamente aquellos contratos de infraestructura que poseen el 100% del financiamiento asegurado y obtenido por el Contratista, se debe recalcar que un jugador fundamental dentro de este esquema *comercial* es el financista del proyecto. Por lo general ofrecen la financiación de estos proyectos los grandes bancos de inversión del país y del mundo. Estos financistas requieren que todos los Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago les sean cedidos, a partir de ese presupuesto se estructura la financiación de cada proyecto.

Asimismo, los Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago prevén la posibilidad que el título sea cedido a personas extranjeras y que los pagos se realicen en jurisdicciones extranjeras. Con esta disposición, podría aplicar el Artículo 17 del Código Civil Paraguayo que reza “*los derechos de crédito se reputan situados en el lugar donde la obligación debe cumplirse.*” En efecto, junto con el Art. 16 del Código Civil Paraguayo se puede argumentar jurídicamente que la calidad, posesión, enajenabilidad (absoluta o relativa) y todas las relaciones de derecho de carácter real a las que son susceptibles los Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago pueden estar sujetas a leyes extranjeras si el titular del derecho ha notificado a la Entidad Convocante (al momento de solicitar la autorización para la cesión de los mismos) que los pagos deben hacerse en el extranjero.

Otra ventaja de este certificado es que instrumenta una obligación de pago del Estado con carácter directo, incondicional, irrevocable, e independiente al contrato de infraestructura suscrito con el Contratista. Esto quiere decir que, si luego de emitido el Certificado de

²¹ Debe considerarse sin embargo que el OM de los bonos soberanos se sujeta a la ley y la jurisdicción de Nueva York, EEUU. Por tanto, la construcción legal que permita afirmar que los Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago son Public External Debt debe poder ser sostenible conforme a las leyes de Nueva York.

²² Este umbral se encuentra definido en el Prospecto de Emisión de bonos soberanos del Estado del año 2016.

²³ Tal como se define la pág. 164 del libro de Cáceres, D. G., & Madico, J. J. (2001). *Financiación global de proyectos: project finance*. Madrid: ESIC., el **Cross Default** es la cláusula jurídica por la cual se estipula que “si un deudor impaga al vencimiento uno de sus créditos a un acreedor determinado, los demás acreedores dan como fallidos los vencimientos de sus créditos al mismo deudor, cruzando así los impagos entre los diferentes créditos al deudor.”

Reconocimiento de Obligación de Pago pertinente el Contratista no es capaz de culminar los demás hitos de la obra, o bien, el contrato de infraestructura con el Estado se rescinde por cualquier motivo, los pagos firmes que están representados en dicho Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago ya emitido serán pagados en forma íntegra, sin alteraciones y sin ningún tipo de penalización ni vinculación con el contrato de infraestructura del cual se deriva. Este punto es esencial, ya que como lo comenta el experimentado abogado de Nueva York en project finance, Gianluca Bacchiocchi “*while traditional Project finance accepts some construction risk and looks to the cash flow of the Project for repayment of the financing (operation risk), CRPAOs have essentially eliminated both construction and operation risk*”²⁴ - traducción libre - ‘*mientras el Project Finance tradicional contempla la asunción de cierto riesgo de construcción y mira al flujo de fondos como fuente de repago de la financiación (riesgo de operación), los CR-PAOs [títulos del Perú similares al Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago del Paraguay] han esencialmente eliminado tanto el riesgo de construcción, como el de operación.*’ Por tanto, podemos concluir que, con los Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago del Paraguay, su titular solamente asume “riesgo soberano” (i.e. el riesgo de impago por parte del Gobierno), y deja de asumir otros riesgos.

Además, los pagos emergentes del Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago no están sujetos a deducciones ni a retenciones tributarias o tasas administrativas de ningún tipo. Ahora bien, para el caso de cualquier discrepancia o disputa con relación a los pagos debidos por el Estado conforme al Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago, para el supuesto en que el financista sea el nuevo cesionario y titular de dicho título, todas tales discrepancias serán resueltas conforme a derecho paraguayo y utilizando los mecanismos de resolución de controversias dispuestos en el contrato de infraestructura (negociaciones directas y luego arbitraje con sede en Asunción conforme al Reglamento de Arbitraje de la CCI).

Justamente la sujeción de los Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago a la legislación paraguaya y a un arbitraje a ser desarrollado en la ciudad de Asunción fue uno de los elementos que ha hecho que los proyectos licitados hasta la fecha bajo este esquema de contratación pública sean poco vendibles a nivel internacional, o en su caso posean intereses financieros excesivamente elevados. Tomemos el ejemplo del Perú, líder en la región en Project Finance de este tipo. En Perú, también se propulsaron los grandes proyectos de infraestructura utilizando un título muy similar al Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago, aunque en Perú se denominaba el “Certificado de Reconocimiento de Pago Anual por Obras (CR-PAO)”. Al igual que los Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago paraguayos, los CR-PAO del Perú son “(i) *obligaciones de pago irrevocables por parte del Estado... y (iv) una vez emitidos, su pago no se encuentra condicionado a la ejecución del Contrato de APP.*”²⁵ Sin embargo, para facilitar el lanzamiento al mercado de este producto financiero, los CR-PAO de Perú se sometieron a las leyes y a la jurisdicción del Estado de Nueva York, Estado Unidos de América. Esto ocasiona automáticamente que a los ojos de un inversionista internacional, los CR-PAO de Perú sean mucho más atractivos y vendibles que los Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago del Paraguay (ya que éstos se sienten más cómodos con leyes y jurisdicción a la que están acostumbrados), y ello explica uno de los factores que ha ocasionado el éxito que ha logrado Perú con esta forma de contratación pública.

²⁴ Bacchiocchi, G. (2011). *Peru's Project Bond Recipe*. Latin America Finance Update.

²⁵ Sumar, M. M., Vargas, D. H., Nava, M. H., Alegre, M. M., & Sánchez, A. R. (2012). *Aspectos teóricos y prácticos de las asociaciones público privadas en el Perú*. Lima: ECB ediciones. Pág. 137.

Por otra parte, debe mencionarse que esta ley permite la creación de joint ventures (asociación mediante contratos de Riesgo Compartido entre personas físicas nacionales o extranjeras, y las personas jurídicas constituidas, domiciliadas o representadas en el país, así como las entidades del Estado). Asimismo, la ley establece que las obras y servicios públicos podrán ser ejecutadas por empresas y/o consorcios de empresas nacionales y/o extranjeras, conforme a las modalidades previstas en las leyes vigentes. Las leyes vigentes son básicamente el paquete de leyes de la LCP, la que en su decreto reglamentario regula la creación de los consorcios. La participación real paraguaya en cada emprendimiento, sean obras o servicios no debe ser menor al 25% (veinticinco por ciento)

Todas las licitaciones llevadas a cabo bajo esta ley requieren que previamente se llame a un concurso de precalificación. Asimismo, existe una limitación impuesta por la propia ley que limita al Estado a no pagar por los proyectos, fiscalizaciones, obras y servicios desarrollados con esta modalidad más del 20% (veinte por ciento) del promedio pagado en obras y servicios similares. La ley también establece que los costos financieros directos e indirectos de referencia con los que se comparará la oferta de cada oferente serán los valores promedios internacionales para obras y servicios de igual naturaleza.

Finalmente, un artículo de la ley que hasta el momento no ha sido mencionado en los pliegos de los proyectos lanzados es la que se refiere a las expropiaciones de la franja de dominio de las obras. La redacción de la ley es poco feliz, y no se entiende a qué se refiere con el término *“las expropiaciones de la franja de dominio de las obras, quedan ejecutadas con la firma del Contrato de Adjudicación, que incluirán todos los costos”*. Lo cierto y lo concreto es que hasta el momento el Estado ha asumido enteramente los riesgos de expropiación en estos proyectos. Por lo menos en la licitación para la construcción del Alcantarillado, no había mención alguna a costos ni a responsabilidades de expropiación sobre el contratista.

4. Contrastes legales y financieros entre la Ley 5.074/13 “Llave en Mano” y la Ley 5.102/13 “APP”.-

- **Decisión de llevarlo a cabo a través de cada mecanismo legal:**
 - Por una parte, la decisión de convocar un llamado bajo la Ley 5.074/13, como se ha dicho anteriormente, es una decisión netamente política, la que depende del EEN, del Presidente de la República y del Ministerio de Hacienda. Ahora bien, debe enmarcarse dentro de la generalidad de proyectos previstos por el art. 2 de la Ley 5.074/13.
 - Por otra parte, un proyecto bajo de la Ley 5.102/13 podrá iniciarse de oficio por la propia Administración Contratante u originarse en una iniciativa privada conforme a lo previsto en el Título IV de dicha ley. En este último caso, la ley 5.102/13 regula de forma minuciosa la forma en la que los interesados del sector privado pueden tener una incidencia en la convocatoria de una licitación bajo dicho régimen legal. Si la iniciativa es pública (dentro del marco de la delegación legislativa del art. 52 de la ley 5.102/13) recae sobre la Administración Contratante pertinente, la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada compuesta por una dependencia especializada de la Secretaría Técnica de Planificación, y el Ministerio de Hacienda la decisión de convocar una licitación bajo el régimen legal de la Ley 5.102/13.
- **Precalificación:**
 - Todos proyectos bajo la Ley 5.074/13 requieren que en todos los casos se lleve a cabo un proceso previo de precalificación.

- Si bien el art. 21 de la Ley 5.102/13 menciona que las precalificaciones son facultativas y que su convocatoria dependerá de la entidad convocante, el art. 39(a) del Decreto Reglamentario Nro. 1.350/14 tiende a llevar al lector a la interpretación que para los proyectos multifuncionales y complejos requieren un proceso de precalificación obligatoria. En opinión del autor, la mayor parte de proyectos de APP que serán lanzados en los próximos 5 años caerán dentro de ese espectro.
- **Plazo del contrato:**
 - Por una parte, el contrato emergente de la Ley 5.074/13 es un contrato por un plazo que guarda relación directa con la culminación de las obligaciones de pago emergentes del contrato. Por ejemplo, el contrato modelo para el proyecto del Alcantarillado tenía un plazo de validez que se extendía 6 meses luego la fecha de la última obligación de pago emergente del Contrato.
 - Por otra parte, el contrato emergente de la Ley 5.102/13 tiene una duración bastante superior, la que conforme al art. 2(g) de dicha ley no podrá exceder los 30 años.
- **Alcance del contrato:**
 - Por una parte, el contrato emergente de la Ley 5.074/13 es un contrato por el cual el Estado Paraguayo delega a la empresa adjudicada la labor de (i) financiar y (ii) construir una obra pública en particular. Por tanto, luego de construida la obra pública, se acaba la porción relacionada a la construcción del contrato. No obstante, queda vigente la porción relacionada a la financiación del proyecto, ya que los contratos bajo la Ley 5.074/13 hasta ahora lanzados son pagados generalmente por lo menos 10 años luego de su culminación, con un periodo de gracia para el pago del capital de al menos 3 años.
 - Por otra parte, el contrato emergente de la Ley 5.102/13 es un contrato por el cual el Estado Paraguayo *generalmente* delega a la empresa adjudicada el (i) diseño, (ii) financiación, (iii) construcción, (iv) mantenimiento y (v) operación. Asimismo, en el proyecto de las Rutas 2 y 7 bajo la Ley 5.102/13 la porción relacionada a la financiación del proyecto será pagado en un plazo de 15 años luego de la culminación de las obras, con un periodo de gracia de 3 años. Como se ve, el alcance de las prestaciones encargadas en un contrato de APP es mucho mayor que en el de la Ley 5.074/13. Además, la propia naturaleza de los contratos APP, y la mayor rentabilidad para el contratista yace justamente en la operación de la obra construida, la que como se dijo en el punto anterior, suele ser por un plazo de alrededor de 30 años.
- **Sociedad de Objeto Específico:**
 - Por una parte, en los contratos emergentes de la Ley 5.074/13 la regla es que el adjudicatario sea la misma persona que la adjudicada. Por tanto, si la empresa que presentó su oferta era extranjera, lo máximo que podría ser legalmente admisible es que para efectos de la firma del contrato con el Estado, el contrato sea firmado por una sucursal paraguaya de la empresa extranjera. Ahora bien, las licitaciones recientes bajo la Ley 5.074/13 admiten que, si un consorcio fuera adjudicado, para los efectos de la firma del contrato con el Estado, dicho consorcio constituya una sociedad anónima en el Paraguay. La única limitación que recae sobre dicha nueva sociedad

anónima es que los accionistas de la misma sean los mismos que los integrantes del consorcio adjudicado, y que sus tenencias accionarias mantengan las mismas proporciones que tenían en el consorcio. No existe ningún otro requisito, ni capital mínimo a ser integrado, ni tampoco la imposibilidad de preñar o vender sus acciones, etc.

- Por otra parte, en los contratos emergentes de la Ley 5.102/13, el oferente que resulte adjudicado tiene la obligación de constituir una sociedad de objeto específico (SOE) bajo las formalidades de una sociedad anónima. Ahora bien, para este caso, las regulaciones aplicables detallan minuciosamente cuanto debe ser el capital mínimo integrado de la SOE, como se puede realizar dicha integración, el plazo dentro del cual se debe realizar dicha integración, agrega diversas limitaciones respecto a la preña o venta de sus acciones, y le impone serias obligaciones de auditoría y de cumplimiento de normas contables.

- **Forma y Moneda de Pago:**

- Hasta el momento, los únicos pagos que han sido previstos para proyectos bajo la Ley 5.074/13 son aquellos pagos instrumentados en los Certificados de Reconocimiento de Obligación de Pago. Tales pagos están fijados en Dólares de los Estados Unidos de América.
- Por otra parte, en el proyecto de la Ruta 2 y 7 bajo la Ley 5.102/13 (único proyecto vigente de APP) existen tres pagos distintos que corresponden a la contratista (SOE). En primer lugar están los Pagos Diferidos de Inversión (PDI), los cuales son pagos fijos en Dólares de los Estados Unidos de América que la Administración Contratante abonará a la SOE en concepto de remuneración del financiamiento no cubierto por los aportes de capital realizados por los accionistas de la SOE. Luego están los Pagos por Disponibilidad (PPD), los cuales son pagos con periodicidad trimestral que la Administración Contratante abonará a la SOE, mitad en Guaraníes y mitad en Dólares de los Estados Unidos de América, durante la fase de operación del Contrato en contraprestación de la ejecución de las diferentes labores y servicios que constituyen el objeto del contrato, siempre y cuando se cumplan los estándares de calidad y servicios. Finalmente están los Pagos vinculados al Tráfico (PVT), los cuales son pagos trimestrales variables, en Guaraníes, vinculados al nivel de tráfico de las Rutas 2 y 7 computado en las casetas de peaje.

- **Fuente de Pago:**

- Para los proyectos bajo la Ley 5.074/13, la fuente de pago de las sumas de dinero debidas al contratista provienen directamente del Estado Paraguayo. Es decir, tales montos deben estar completamente presupuestados en el Presupuesto General de la Nación.
- Por otra parte, la Ley 5.102/13 ha establecido un Fondo de Garantía y Liquidez para que éste, bajo las regulaciones fiduciarias del Paraguay, acumule los fondos requeridos para realizar los pagos a los contratistas en el futuro. Ahora bien, puesto que la Ley 5.102/13 regula la figura legal de los Contratos de Participación Público Privada, no todos los fondos que se aportan al Fondo de Garantía y Liquidez provienen del Presupuesto General de la Nación (i.e. del patrimonio del Estado). En la práctica, está previsto que por ejemplo para el caso de las Rutas 2 y 7, desde cerca del inicio del

contrato el contratista tome posesión de las casetas de peaje de tales rutas y se encargue de realizar la recaudación de los peajes con la obligación irrevocable de depositar el 100% de dichas recaudaciones en el Fondo de Garantía y Liquidez. En otros proyectos se tiene previsto que el contratista pague al Estado un royalty anual por la explotación de la infraestructura o el servicio. Por tanto, en estos casos el Estado solo estará obligado a aportar a dicho Fondo de Garantía y Liquidez los montos que sean necesarios para completar las sumas de dinero debidas al Contratista el año siguiente. La diferencia radica en que para este caso el Estado no va presupuestar en el Presupuesto General de la Nación el 100% de tales pagos, sino solo el remanente requerido.

- **Flexibilidad financiera:**

- Debido a que la Ley 5.074/13 se enfoca principalmente en proyectos cuyos oferentes tienen el 100% del financiamiento asegurado, la normativa legal que la acompaña ha sido enfocada en mucho más detalle sobre las consideraciones de bancabilidad. Por ejemplo, en el Proyecto del Alcantarillado de Gran Asunción, preveía un ajuste a la tasa de interés ofrecida para el caso en que entre la fecha de adjudicación y del cierre financiero haya un incremento del rendimiento de los bonos soberanos Paraguayos. Asimismo, con el reciente Decreto Reglamentario Nro. 7.374/17, el Gobierno ha escindido al componente financiero de los demás componentes de la oferta de un oferente, y en efecto, se admite que el oferente presente una modificación y mejora en su oferta financiera, dentro de ciertos límites. En caso que tal oferta financiera sea inaceptable para el Ministerio de Hacienda, éste podrá analizar la oferta que quedó calificada en segundo puesto, y así sucesivamente.
- La Ley 5.102/13 no posee ningún mecanismo de flexibilidad financiera de este tipo.

- **Cesibilidad. Facultad del financista de demandar el pago al Estado:**

- Por una parte, y como se comentó anteriormente, los Certificados de Reconocimiento de Obligación de Pago emergentes de contratos bajo la Ley 5.074/13 pueden ser cedidos sin ningún otro impedimento más que el de solicitar de forma previa, expresa y por escrito la autorización de la Administración Contratante para ceder los derechos de cobro emergentes de dicho certificado. En efecto, una vez obtenida la autorización de la cesión por parte de la Administración Contratante, el cesionario se subroga en todos los derechos del cedente con relación a los derechos cedidos (es decir, los Certificados de Reconocimiento de Obligación de Pago), y en consecuencia, ante la falta de pago del Estado Paraguayo al vencimiento estipulado en cada certificado, el titular del certificado (que en este caso sería el cesionario) se encuentra plenamente facultado para demandar al Estado el pago de la deuda.
- Por otra parte, en los contratos emergentes de la Ley 5.102/13, está expresamente vedada la posibilidad de ceder los derechos emergentes del contrato, salvo que se trate de una cesión total del contrato a otro contratista que reúna las mismas capacidades técnicas, financieras y de experiencia que la contratista inicialmente adjudicada. Las únicas excepciones relativas a la cesión parcial de derechos son: (i) la constitución de una prenda sobre las acciones de la SOE, y (ii) la constitución de una prenda o fideicomiso de

garantía (la que tendrá siempre como beneficiario o acreedor prendario solamente a los financistas del proyecto) respecto de los derechos emergentes del contrato de participación público-privada, incluyendo el flujo futuro de fondos generados por el proyecto, y las acciones de la SOE. Por tanto, de ello se colige que, al no poder cederse los derechos de cobro a un tercero, las únicas alternativas que tienen los beneficiarios y/o acreedores prendarios son: la ejecución de la prenda sobre las acciones, en la que suponiendo que no existieron otros postores, el acreedor prendario se convirtió en nuevo accionista de la SOE y demandó al Estado por cualquier incumplimiento de éste. La otra opción es que, el fideicomiso de garantía, en su carácter de titular de los flujos futuro de fondos generados por el proyecto, reclame al Estado un incumplimiento de su obligación mediante el fiduciario pertinente. Para todos los casos mencionados, las partes deberán someterse necesariamente a los fueros y mecanismos de resolución de controversias establecidos en cada contrato de APP.

- **Resolución de Controversias:**

- Por una parte, en los contratos emergentes de la Ley 5.074/13, prevén como primer nivel negociaciones directas por un plazo máximo de dos meses. En caso que el conflicto no sea resuelto, el mismo será sometido a la decisión de un tribunal arbitral que decidirá conforme a derecho paraguayo, siguiendo el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). La sede del arbitraje será la ciudad de Asunción.
- Por otra parte, en los contratos emergentes de la Ley 5.102/13, se prevén tres niveles de solución de controversias. El primero es negociaciones directas por un plazo máximo de un mes. En caso que el conflicto no sea resuelto, el mismo será sometido a la decisión de un panel técnico, siempre que el conflicto tenga un componente técnico o económico. En caso que el conflicto no sea resuelto por el panel técnico, el mismo será sometido a la decisión de un tribunal arbitral que decidirá conforme a derecho paraguayo, siguiendo el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). La sede del arbitraje será la ciudad de Asunción.

5. Comentarios finales.-

Con este trabajo se ha demostrado la existencia de diversas normativas que tratan de regular lo mismo: el desarrollo de la infraestructura del Paraguay por parte de las personas del derecho privado. En tal sentido, el objetivo a corto plazo es que el Estado, junto con la ayuda del sector privado interesado, pueda estandarizar las normas que rigen estos proyectos, y adecuarlos a la práctica internacional, fijando reglas y obligaciones claras que solidifiquen este rubro que requiere atención prioritaria. Se propone que el Estado inicie un proceso relevamiento de normas, para luego estandarizar éstas en una sola ley de desarrollo de infraestructuras públicas en la que se mencione los parámetros que serán tenidos en cuenta para cada proyecto y que permitirán elegir entre uno u otro mecanismo de contratación. En este proceso se debería aprovechar para incluir al sector privado, en especial a la empresas contratistas y financistas, e incluso solicitar a países de la región, tales como Perú y Colombia su participación en el proceso para que aporten sus mejores prácticas. Todo esto en busca de facilitar el desarrollo de la infraestructura en el país a través del ofrecimiento de un marco regulatorio seguro, transparente, sencillo y rentable.

BIBLIOGRAFIA

- Bacchiocchi, G. (2011). *Peru's Project Bond Recipe*. Latin America Finance Update.
- Butlow, E. (2004). *Reporte Inmobiliario*. Visitado el el 10 de julio de 2017, de <http://www.arquitectura.com/tecnica/legal/legislacion/butlow003.asp>
- Cáceres, D. G., & Madico, J. J. (2001). *Financiación global de proyectos: project finance*. Madrid: ESIC.
- Constitución Nacional del Paraguay
- Expediente SIL Paraguay D-1325952.
- Expediente SIL Paraguay D-1325895.
- Fibla, B. C. (2010). *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado una perspectiva jurídica, politológica y emocional*. Valencia: Bubok.
- Ley Nacional Paraguaya Nro. 5.102/13, 5.074/13, 1.535/99, 2.051/03, sus modificatorias y decretos reglamentarios.
- Nota del Presidente Fernando Lugo Méndez Nro. N° 232 de fecha 27 de agosto de 2009. Exposición de Motivos. Dirigida al Honorable Congreso Nacional. Disponible en el SIL Paraguay.
- Schwab, K. (2016). *The global competitiveness report 2016-2017: insight report*. Geneva: World Economic Forum.
- Serebrisky, T. (2014). *Infraestructura sostenible para la competitividad y el crecimiento inclusivo (BID)* Visitado el 10 de julio de 2017, de <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6398/Infraestructura%20sostenible%20para%20la%0competitividad%20y%20el%20crecimiento%20inclusivo%20%20Estrategia%20de%20Infraestructura%20del%20BID.pdf>
- Sumar, M. M., Vargas, D. H., Nava, M. H., Alegre, M. M., & Sánchez, A. R. (2012). *Aspectos teóricos y prácticos de las asociaciones público privadas en el Perú*. Lima: ECB ediciones.
- (s.f.). Visitado el 10 de julio de 2017, de http://conocimiento.incae.edu/ES/clacd/nuestros-proyectos/archivoproyectos/proyectos-de-competitividad-clima-denegocios/WebsiteWEF/index_files/Page402.htm

PALABRAS CLAVE: DERECHO ADMINISTRATIVO, CONTRATACIONES PUBLICAS, LEY 5102, INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA PÚBLICA, BIENES Y SERVICIOS A CARGO DEL ESTADO, APP, LLAVE EN MANO, TÍTULOS DE DEUDA PUBLICA, LEY 5074, CONCESIONES PUBLICAS.-

KEY WORDS: PROJECT FINANCE