



Municipalidad de la Ciudad de Asunción

NOTA N° 634. /2017 S.G

Asunción, 8 JUN. 2017

Señor

DR. CAMILO BENÍTEZ ALDANA, Sub Contralor General
Contraloría General de la República
Presente

Tenemos el agrado de dirigirnos a Usted, con relación a la Nota CGR N° 1421, de fecha 31 de mayo de 2017, relacionada con la Licitación Pública Internacional N° 01/15, convocada por la Municipalidad de Asunción como: "CONCESIÓN PARA LA GESTIÓN, ORDENAMIENTO DEL TRÁNSITO Y EXPLOTACIÓN DEL ESTACIONAMIENTO CONTROLADO Y TARIFADO EN LA VÍA PÚBLICA DE LA CIUDAD DE ASUNCIÓN".

Al respecto, le solicitamos reconsideración a todo lo expuesto en la citada Nota, por los argumentos expuestos en el Dictamen N° 6.909, de fecha 6 de junio de 2017 del Dr. Juan Carlos Ramírez Montalbetti, Director de Asuntos Jurídicos, cuya fotocopia autenticada se adjunta.

Sin otro particular, aprovechamos la oportunidad para saludarlo atentamente.

JAVIER CANDIA FERNÁNDEZ
Secretario General



MARIO ANÍBAL FERREIRO SANABRIA
Intendente Municipal

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	
MESA DE ENTRADA	
EXPEDIENTE	9370 1202
CANTIDAD DE FOJAS	10 (cuatro)
ASUNCIÓN	8 JUN. 2017
ENCARGADO/A	

REF: INFORME DE CONTRALORIA
GENERAL DE LA REPUBLICA.

Expte:13173/2017.

DICTAMEN NRO: 6909

FECHA: 06 JUN 2017

SEÑOR INTENDENTE

Con referencia al informe remitido por la Contraloría General de la República, ingresado a la institución por Mesa Central de Entradas, bajo el expediente N° 13173/2017; y que guarda relación con la Licitación Pública Internacional N° 01/15, convocada por la Municipalidad de Asunción como: **"CONCESIÓN PARA LA GESTIÓN, ORDENAMIENTO DEL TRÁNSITO Y EXPLOTACIÓN DEL ESTACIONAMIENTO CONTROLADO Y TARIFADO EN LA VÍA PÚBLICA DE LA CIUDAD DE ASUNCIÓN"**, esta asesoría manifiesta cuanto sigue:

El Sub-Contralor, pone de manifiesto una sospecha generada tiempo atrás y conectada a varios antecedentes administrativos. Almibaradas frases llaman a "reflexión" al Intendente para rescindir el contrato con la concesionaria, señalando que la "prosecución (del contrato) a pesar del señalamiento de razones para la cancelación, recarga personalmente la responsabilidad sobre la administración a su cargo". Asimismo encara al Intendente y a la Junta Municipal la "exclusiva responsabilidad" en la determinación adoptada por la formalización del contrato.

La discusión que se tiene sobre la naturaleza jurídica del contrato de concesión mencionado por el sub-contralor es verdaderamente un intrínquilis; y la pregunta sería: ¿La firma del contrato de concesión por parte del Intendente es el acto final del proceso administrativo unilateral o está éste sometido a otras exigencias?; o, ¿desde cuándo el contrato surte los efectos propios del mismo?.

Esto lo estudiábamos, en las aulas universitarias, cuando la clasificación de los actos administrativos. El contrato de concesión para su validez exige una DECLARACION DE VOLUNTAD O UN PRONUNCIAMIENTO EN VIRTUD DEL PODER JURIDICO de sus contratantes. (Según los términos del



Jr. Juan Carlos Ramírez Monilbetti
Director
Dirección de Asuntos Jurídicos
Municipalidad de Asunción

Prof. Villagra Maffiodo). El acto administrativo fue emitido conforme con las reglas del proceso y además del debido proceso.

CLASIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

- 1) "...Por la voluntad creadora del Acto, en simple, compuesto y complejo. Los actos administrativos simples SON LOS EMITIDOS POR UN ORGANO ADMINISTRATIVO INTEGRADO POR UNA SOLA PERSONA. Ej: presidente, intendente. Los actos administrativos compuestos son los EMITIDOS POR ENTIDADES INTEGRADAS POR UNA PLURALIDAD DE PERSONAS FISICAS PERO QUE EMITE UNA SOLA DECISION DE LA PERSONA JURIDICA PUBLICA. Ej: actos administrativos de concejos, directorios, juntas municipales, entre otros. Los actos administrativos COMPLEJOS SON LOS EMITIDOS POR LA CONCURRENCIA DE LAS VOLUNTADES DE VARIOS ORGANOS PUBLICOS. EJ: EL ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO EN LAS MUNICIPALIDADES POR LA QUE DICHO ACTO REQUIERE LA APROBACION DE LA JUNTA MUNICIPAL. Es decir, existe la voluntad de dos o más órganos públicos para la emisión de un solo acto administrativo" *Derecho Administrativo, Manuel Ramírez C. página 134*

Prosigue: "HAY UN SOLO ACTO ADMINISTRATIVO". QUE EXIGE LA VOLUNTAD DE DOS O MAS ORGANOS PUBLICOS PARA SU PERFECCIONAMIENTO. La aprobación del mismo por parte de la Junta Municipal hace nacer una SITUACION JURIDICA, v.gr. la autorización de una explotación (pág. 136 op.cit.) Y agrega: "el derecho u obligación nace con el pronunciamiento de la autoridad en virtud de que por ser el mismo un ACTO COMPLEJO exige la declaración de voluntad de las partes. La concedente tiene dos órganos que deben pronunciarse. La firma del Intendente inserta en el contrato es un acto incompleto, pues dado el carácter BICEFALO del gobierno municipal se necesita la aprobación de la Junta Municipal para que se perfeccione. La MCA no es solo el Intendente o la Junta Municipal, es como ya se dijo, LA VOLUNTAD COINCIDENTE DE AMBOS. El ejecutivo municipal no reviste la calidad de los ministros del PE o de los presidentes de Entes del Estado con cuya sola voluntad se perfeccionan los actos administrativos.

La sola declaración de voluntad del Intendente Municipal no es suficiente. Se completa con la aprobación exigida por la Ley Orgánica



Juan Carlos Ramírez Montalbetti
Director
Dirección de Asuntos Jurídicos
Municipalidad de Asunción

Municipal 3966/2010, conforme lo establecen los incisos b), c) y f) del artículo 36; y más específicamente en los artículos 215 y 216 de la LOM. En ese mismo sentido, el PBC en la concesión que nos ocupa en su Capítulo VI establece que: "1.1. **De la Adjudicación:** La Intendencia Municipal adjudicará mediante Resolución al Oferente con el mayor puntaje total. Dicha Adjudicación deberá ser remitida a la Junta Municipal para su homologación o rechazo".

Ahí recién se consuma el acto administrativo y produce efectos. Lo anterior, serían actos PREPARATORIOS según los términos del añorado profesor, pág. 50 de su obra Derecho Administrativo.

El mismo además sostiene que todo el procedimiento licitatorio NO ES FORMAL, en el sentido de SOLEMNE, sino funcional, es decir SOLO ACTOS, o mejor, conjunto de actos, en los que se debe atender los principios del DEBIDO PROCESO, aplicados tanto en el proceso judicial como en el administrativo.

Con el Dr. Manuel Ramírez Candia – Derecho Administrativo- pág. 130, debemos concluir que EL IMPUGNANTE DEL ACTO DEBE ALEGAR Y PROBAR LA ILEGITIMIDAD DEL ACTO, carga que recae sobre la dictaminante.

Y con el mismo Prof. Villagra debemos definir mejor el acto que comentamos; EL CONTRATO DE ADJUDICACION NO ES UN ACTO DECLARATIVO, SINO CONSTITUTIVO, porque – insistimos – nace del mismo una situación jurídica, que genera derechos y obligaciones para ambas partes, y entre ellos, y para este caso, la necesidad de presentar las garantías correspondientes.

PRINCIPIO DE AUTOTUTELA

Este principio del derecho administrativo permite la REVOCACION de los propios actos por ser contrarios al orden jurídico, por ilegítimos o irregulares. La ley 1618/2000 "**De concesiones de obras y servicios**", en sus artículos 42 y 43 autoriza la suspensión o terminación de la concesión, en los siguientes términos: "*Suspensión de la concesión. La concesión podrá ser suspendida temporalmente: a) por causas de fuerza mayor o caso fortuito que impidan la continuidad de la construcción de la obra o la prestación del servicio) cuando se produzca la destrucción parcial de la obra*



Dr. Juan Carlos Ramírez Montalbetti
Director
Dirección de Asuntos Jurídicos
Municipalidad de Asunción

o de sus elementos, o de los sistemas que permiten la prestación del servicio concesionado de modo que se haga temporalmente inviable su utilización; y, c) por cualquier otra causa que el pliego de bases y condiciones o el contrato establezca." Así mismo, se ocupa de la terminación de las concesiones en los siguientes términos: "La concesión de obra o servicio público sólo podrá ser terminada por las siguientes causales: a) cumplimiento del plazo de concesión; b) mutuo acuerdo entre la entidad concedente y el concesionario. En este caso el concedente sólo podrá otorgar su consentimiento si los acreedores que tengan garantías inscriptas para la financiación de la concesión otorgaren su aprobación previa, por escrito; y, c) las demás que se estipulen en el contrato de concesión". El contrario imperio sostenido sobre la base de hechos irregulares contundentes o claramente ilegales o arbitrarios o contrarios a los intereses de la generalidad autorizan al municipio la potestad de dejar sin efecto la concesión del estacionamiento tarifado y controlado otorgada a Parxin, pero cuando el basamento del supuesto imperativo dictamen se sustenta en el endeble argumento de la entrega tardía del seguro de mantenimiento de oferta, no podemos menos que poner en evidencia el absoluto desvío doctrinario del dictaminante suplente.

Por otra parte, la tutela de los intereses comunitarios está preferencialmente en manos del órgano colectivo, que habrá de pronunciarse nuevamente y de modo oportuno sobre el punto.

RESCISION DE LA CONCESION

El dictaminante suplente pretende que el municipio de Asunción rescinda el contrato de concesión de explotación del servicio de estacionamiento tarifado y controlado FUNDADO UNICA Y EXCLUSIVAMENTE EN LA DEMORA DE LA ENTREGA DEL SEGURO, causal no probada e insuficiente, que comprometería la economía del Municipio en contiendas judiciales de imprevisibles consecuencias. El derecho de rescisión debe ser ejercido con previsión y prudencia. Lo notable es que no se han encontrado otras causales. El escrito del Sub-Contralor no pone en evidencia cualquier otra circunstancia culposa o culpable que pudiera dar motivo a un acto tan dañino a la imagen pública de la ciudad y del país. Y se



Dr. Juan Carlos Ramírez Menialbetti
Director
Dirección de Asuntos Jurídicos
Municipalidad de Asunción

circunscribe a un solo pretendido incumplimiento que no ha sido tal, como se tiene discurrido en este escrito.

Recordamos al dictaminante que los ante-contratos del derecho civil generan derecho a repetir por erogaciones de diversa naturaleza. En este caso todo el espectro jurídico en esta materia es regido por los principios del derecho civil y de los contratos, más específicamente. El conjunto de problemas que habrán de surgir, nos ofrecen un panorama para nada tranquilizador y las opiniones del dictaminante al respecto nuevamente son más que preocupantes y desatinadas. Opina que no hay derecho a resarcimiento por parte de la concesionaria. Sin prejuzgar al respecto, el propio PBC, el Contrato y otros referentes legales desmienten al mismo. Si la Intendencia y la Junta Municipal utilizaran esa potestad contractual sin agotar consideraciones legales y doctrinarias, pudieran empeorar gravemente el estado de cosas.

Por lo dicho anteriormente acerca de la naturaleza jurídica de los actos administrativos complejos la rescisión que pudiera consumarse, debe ser producto de la decisión de ambos órganos, no sólo del Ejecutivo municipal pues son decisiones compartidas y responsabilidades idénticas

Analicemos la normativa vigente en materia municipal. Tenemos, en primer lugar, la Ley Orgánica Municipal, norma especial que deriva de la autonomía municipal prevista en la Carta Magna. La mencionada ley expresa: "Artículo 20.- Gobierno Municipal. El gobierno municipal es ejercido por la Junta Municipal y la Intendencia Municipal. La Junta Municipal es el órgano normativo, de control y deliberante. La Intendencia Municipal tiene a su cargo la administración general de la municipalidad." **Aquí tenemos el carácter bicéfalo al que hicimos referencia anteriormente.**

No obstante, antes de analizar los artículos de la LOM, y abonado la tesis de la voluntad compleja que perfecciona los actos en las instituciones en las que existe un cogobierno de sus órganos, la Ley 1618/2000, "DE CONCESIONES DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS" - que rige para este proceso - establece en su Artículo 16: ***"Otorgamiento de la concesión. La concesión de obra o servicio público cuyas licitaciones hayan sido convocadas conforme a esta Ley por las instituciones dependientes de la Administración Central del Estado, será otorgada por Decreto del Poder***



Jr. Juan Carlos Ramírez Monibetti
Director
Dirección de Asuntos Jurídicos
Municipalidad de Asunción

Ejecutivo, y refrendada por el Ministro de la Secretaría de Estado de competencia directa del objeto de la concesión, y del Ministerio de Hacienda, y en el cual se fijarán los aportes, asignaciones, garantías y demás estipulaciones que el Estado asume en cada contrato de concesión en el caso que las hubiere. Las obras o servicios públicos realizados por concesión de las Gobernaciones, Municipalidades o mancomunidades de los mismos, serán adjudicados por Resolución de las Juntas Departamentales o Juntas Municipales o la concurrencia de ambos según corresponda..."

Esto último en directa concordancia con lo que establece la LOM en los siguientes artículos:

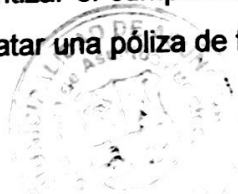
Artículo 215.- Adjudicación. "La adjudicación corresponde a la Intendencia Municipal"

Artículo 216.- Aprobación de la Adjudicación. "Corresponde a la Junta Municipal aprobar la adjudicación de las licitaciones públicas y de las licitaciones por concurso de ofertas. Si no se expidiere en el plazo de veinte días computados desde la recepción de los antecedentes del caso, se considerará que ha habido una aprobación automática"

Artículo 217.- Contratación. "Aprobada la adjudicación, la Intendencia Municipal procederá a suscribir el contrato respectivo, previo otorgamiento por parte del interesado de la correspondiente garantía de cumplimiento de contrato."

La normativa transcrita no ofrece un ápice de duda al respecto: Dado el carácter de cogobierno establecido para la Intendencia y la Junta Municipal (bicéfalo), la aprobación corresponde a la Intendencia. SÓLO CUANDO LA JUNTA MUNICIPAL APRUEBA LA ADJUDICACIÓN, se perfecciona el acto. Y desde ese perfeccionamiento (art. 217) se computa el plazo para la presentación de las garantías, entiéndase, Póliza de del Fiel Cumplimiento de Contrato.

Por otra parte, hay que analizar la situación fáctica respecto de la obligación del oferente de garantizar el cumplimiento del contrato que le fuera adjudicado: ¿cómo puede contratar una póliza de fiel cumplimiento de contrato,



Dr. Juan Carlos Ramírez Monialbetti
Director
Dirección de Asuntos Jurídicos
Municipalidad de Asunción



sin acompañar la aprobación de la adjudicación que justifique que ha sido adjudicado como concesionario?. Más básico imposible!.

La Contraloría admite que sólo tuvo en cuenta la denuncia formulada por los citados anteriormente y el pliego de bases y condiciones. Es decir, ADMITE NO HABER TENIDO OTROS ANTECEDENTES Y DOCUMENTOS que pudieran ser de relevancia para analizar el caso que ha sido objeto de estudio.

En una parte del dictamen, el señor Subcontralor pone en duda la legalidad del PBC expresando: *"Aún dando por hipotéticamente válido lo estipulado en el PBC en el tema específico y que autorizara la presentación de la GARANTIA DE FIEL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO hasta cinco días después de la firma del Contrato, contrariando la exigencia legal..."* (sic). Coincidimos con el señor Sub contralor que en caso de discrepancia entre lo preceptuado por la Ley y por el PBC, debe prevalecer la Ley. Y es justamente LA LEY la que autoriza el procedimiento tal cual lo realizó la Municipalidad de Asunción.

El señor Sub Contralor se equivoca en la apreciación del derecho aplicable. La ley Orgánica Municipal, norma específica vigente para los municipios, modifica la Ley de Concesión de obras y servicios públicos en este aspecto, en lo referente a las Municipalidades. El procedimiento previsto es: a) adjudicación por la Intendencia; b) firma del contrato (sujeto a condición resolutoria, es decir a la aprobación de la Junta Municipal) c) Aprobación por la Junta. El acto queda perfeccionado en ese momento; no antes. Y desde la notificación de la Resolución de la Junta al adjudicado, corresponde que el mismo presente la garantía de fiel cumplimiento de contrato. No antes. Y esto por una cuestión lógica: no se puede GARANTIZAR EL FIEL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO NO PERFECCIONADO. No se puede exigir que alguien garantice un contrato de cuya vigencia no tiene aún certeza.

Parte de la fundamentación del dictamen del señor Sub Contralor asimismo, hace referencia a un dictamen de la Asesoría Jurídica de la Municipalidad. Si bien no lo individualiza expresamente, se refiere al Dictamen N° 8972 del 31 de octubre de 2016. Sostiene, apoyándose en dicho dictamen, que *"La Administración Municipal debe Rescindir el contrato y revocar la*



Dr. Juan Carlos Ramírez Montalbetti
Director
Dirección de Asuntos Jurídicos

adjudicación ante la falta de presentación en tiempo y forma de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato, **unificando criterios en este sentido con lo expuesto en su oportunidad en el Dictamen expedido por la misma Asesoría Jurídica de la Municipalidad de Asunción**" (sic) Lo curioso y llamativo del caso es que el señor Sub Contralor NO ANALIZA LA TOTALIDAD DEL DICTAMEN. Omite referirse nada más y nada menos que a las RECOMENDACIONES VERTIDAS EN EL MISMO. Por ser de fundamental importancia, le transcribimos las mismas:

1) OTORGAR a la empresa CONSORCIO PARXIN copia de las actuaciones generadas desde la constatación del incumplimiento contractual atribuido a la misma a los efectos de efectuar su descargo y ejercer su derecho a la defensa en el plazo de diez y ocho (18) días hábiles siguientes a la notificación respectiva.

2) En mérito de la señalado y previo dictamen que pondere el descargo de la adjudicataria empresa CONSORCIO PARXIN, si correspondiere a derecho REVOCAR la adjudicación otorgada a la misma por Resolución de la Intendencia Municipal N° 2078/2015 de fecha 14 de diciembre de 2015.

El máximo órgano de control, no se ha tomado la molestia de indagar acerca del trámite que se ha imprimido con relación a las recomendaciones del dictamen referido, pero por ser fundamental conocer estos antecedentes, se explica lo siguiente: Como consecuencia del Dictamen N° 8972 del 31 de octubre de 2016, se corrió traslado a la adjudicataria. La misma contestó y efectuó su descargo, y como consecuencia de ello, se PONDERÓ EL MISMO, emitiéndose el Dictamen N° 411/2017 del 12 de enero de 2017. En el mismo se menciona cuanto sigue: II. POLIZA DE FIEL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO. "El nudo gordiano de la situación analizada se encuentra en dilucidar, a la luz de la normativa citada y de los documentos del contrato, si la Póliza de Fiel Cumplimiento de Contrato presentada, a solicitud de la Municipalidad por el Consorcio Parxin en fecha 4 de agosto de 2016, se ajusta a lo requerido en el pliego... Entendemos que la interpretación según la cual el plazo de cinco días comienza a computarse desde el momento en que el contrato es aprobado por la Junta Municipal es la correcta, dado que a partir de ese acto jurídico se perfecciona el contrato. Abona este temperamento el hecho de que es la propia Ley Orgánica Municipal la que dispone que los contratos deben ser aprobados por la Junta Municipal...



Dr. Juan Carlos Ramírez Montalbetti
Director
Dirección de Asuntos Jurídicos
Municipalidad de Asunción

III GARANTÍA DE FIEL MANTENIMIENTO DE OFERTA. La Dirección Jurídica expresa que si se adopta el criterio según el cual los 5 días para presentar la **GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO** corren a partir de la aprobación de la Junta, entonces esta garantía presentada por el **CONSORCIO PARXIN** debe considerarse dentro del plazo establecido. Pero en este caso la **GARANTÍA DE MANTENIMIENTO DE OFERTA** supuestamente adolecería de un vicio por encontrarse vencida antes de la aprobación de la Junta. De una atenta lectura de los antecedentes se permite advertir que en la Comunicación Aclaratoria remitida por la Municipalidad a los adquirientes del pliego se dispuso que la póliza de garantía de mantenimiento de oferta debía ser extendida por el plazo de 120 días, y la póliza presentada por el Consorcio **PARXIN** fue extendida por el plazo de 130 días (**CON VIGENCIA DESDE EL 10/09/15 – FECHA DE PRESENTACIÓN DE OFERTAS**), es decir, efectivamente cumplía con el requisito. **IV. RESCISIÓN DEL CONTRATO.** ... En el subrayado puesto de manifiesto se contempla que el presupuesto de hecho que debe verificarse para poder rescindir el contrato sin que ello traiga aparejada responsabilidad por los daños que podrían generar es un incumplimiento contractual... Conforme a los argumentos que hemos desarrollado en los apartados precedentes, somos del parecer que no existió incumplimiento del Consorcio Parxin en la entrega de la garantía de fiel cumplimiento de contrato, dado que el cómputo del plazo se inició con la aprobación del contrato por la Junta Municipal, momento desde el cual se perfecciona la relación contractual. (sic).

La Contraloría General de la República realizó un análisis parcial, ligero y hasta si se quiere, irresponsable. Resulta sumamente penoso que, quien tiene la representación del órgano constitucional a cuyo cargo se encuentra control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los departamentos y de las municipalidades, realice análisis ligeros, sin tener los antecedentes del caso, sin consultar con el ente que realizó el acto controlado.

Es por todo lo dicho, que esta Asesoría recomienda al Sr. Intendente, que vía nota se solicite la reconsideración de todo lo expuesto en la Nota CGR N° 1421, con los argumentos expuestos en el presente dictamen.

ES MI DICTAMEN



Dr. Juan Carlos Ramírez Montalbetti
Director
Dirección de Asuntos Jurídicos
Municipalidad de Asunción