

RES. 512/2020

RESOLUCION ADOPTADA POR EL

TRIBUNAL DE CUENTAS

EN SESION DE FECHA 19 DE FEBRERO DE 2020

(E. E. N° 2019-17-1-0006384, Ents. Nos. 5009/2019 y 512/2020)

VISTO: las actuaciones remitidas por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTOP), relacionadas con el Convenio específico suscrito con la Corporación Nacional para el Desarrollo (CND) para la ejecución de obras y puentes por el sistema de Concesión de Obra Pública;

RESULTANDO: 1) que con fecha 5/10/001, el MTOP y la CND suscribieron un convenio y contratación directa para la ejecución de obras y proyectos por el sistema de concesión de obra pública y para la cooperación técnica y asistencia técnica, semitécnica y especializada;

2) que este Tribunal, en Sesión de fecha 31/10/01, acordó no formular objeciones a dicho Convenio y señaló que los gastos que debiera realizar el MTOP en cumplimiento del mismo, debían ser sometidos a consideración del Tribunal a efectos de su intervención;

3) que dicho contrato fue aprobado por Resolución del Poder Ejecutivo N° 1908/001 de fecha 20/12/ 01;

4) que remitido a este Tribunal un proyecto de modificación del contrato, éste con fecha 16/9/02 dispuso no formularle observaciones. Dicha modificación se suscribió el 17/9/02 y el Poder Ejecutivo lo aprobó por Resolución N° 1650/2002 de fecha 7 de octubre de 2002;

5) que con fecha 18/2/03, la CND y la Corporación Vial del Uruguay (CVU – Sociedad Anónima constituida por la CND en cumplimiento del contrato) suscribieron un contrato de cesión de los derechos y las obligaciones atribuidas a la primera en el convenio suscrito con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas de 5/10/01 y en el Acuerdo Modificativo de 17/9/02, que fuera oportunamente intervenido por este Tribunal;

6) que el Poder Ejecutivo, por Resolución N° 438/003 de fecha 9/4/03, resolvió aprobar en todas sus partes el Contrato de Cesión antes mencionado;

7) que el MTOP y la CND, con fecha 25/06/08, acordaron modificar el Anexo I del Convenio de fecha 05/10/01, estableciendo el pago de un subsidio anual de U\$S 24.000.000 (dólares americanos veinticuatro millones), en doce mensualidades de U\$S 2:000.000 (dólares americanos dos millones), extremo que no mereciera observaciones a este Tribunal;

8) que con fecha 23/10/15, el MTOP, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), la CND y la CVU acordaron modificar nuevamente el Anexo I del Convenio de 05/10/01. Dicha modificación, que extendió el plazo de la concesión a 20 años contados a años a partir de la fecha de la notificación al Concesionario de la Resolución del Poder Ejecutivo que aprobó el referido Anexo (16/12/2015) y no le mereció observaciones a este Tribunal (Resolución de fecha 10/12/15);

9) que con fechas 17/2/16 (Anexo I.1, I.2 y I.3), 23/9/16 (Anexo I.4), 17/10/16 (Anexo I.5), 11/7/17 (Anexo I.6), 27/12/18 (Anexo I.7), 21/3/19 (Anexo I.8) y 29/5/19 (Anexo I.9), se suscribieron nueve acuerdos específicos modificativos del Anexo I, en el marco del Contrato inicialmente

suscrito, que remitidos a la intervención de este Tribunal no merecieron observaciones;

10) que el MTOP remitió el acuerdo específico denominado “Anexo I 10” suscrito con fecha 11/12/19 entre el MTOP y la CND, con la conformidad expresa de la Corporación Vial del Uruguay S.A. (CVU) en carácter de cesionario, cuyo objeto es ejecutar dentro de la concesión de obra pública suscrita por el Convenio y contratación directa del 5/10/01, el Programa de “Corredores del Litoral y mejoramiento de puentes ubicados en la Ruta 5”, correspondiente a la realización de obras y puentes especificados en el Anexo a) del contrato;

11) que de acuerdo con lo estipulado en la Cláusula Tercera del Convenio, el MTOP solicita a la CND, que acepta, que CVU en su carácter de cesionaria del Convenio suscrito el 5/10/01, concrete el objeto referido en el Considerando anterior, rigiéndose por todas las normas aplicables en materia de concesión de obra pública y estipulaciones del citado Convenio, sus modificativos y concordantes, en la forma establecida en el Anexo I del año 2015, previendo que el Convenio podrá ser modificado, sustituido o ampliado con la conformidad de las partes. Asimismo, establece que todos los contratos que se suscriban con las empresas contratistas para la ejecución del Programa, deben incluir la aceptación expresa de éstas de que el derecho aplicable a los mismos es el Derecho Privado (Cláusula Quinta Numeral 2 Literal del Convenio y contratación directa del 5/10/01, sus modificativos y concordantes);

12) que la Cláusula Cuarta prevé que como consecuencia del Programa elaborado por el MTOP, según figura en Anexo a), los tramos no comprendidos en las Cláusulas 3.1 y 3.2 del Anexo I año 2015, quedarán incorporados transitoriamente al área de la concesión durante el período

que va desde la fecha de la firma del Acta de Tenencia e inicio de obra por parte de la empresa contratada por CVU para realizar obras en cada uno de ello, y hasta la fecha de notificación a CVU de la Resolución de no objeción del MTOP a la recepción provisoria total de las obras en dicho tramo;

13) que la Cláusula Primera referida a Antecedentes en su Punto XVI, estipula que se firmará una Adenda al Contrato de Inversión de fecha 7/11/17, celebrado entre la República Oriental del Uruguay y UPM Pulp Oy (UPM), por la cual UPM financiaría parcialmente las obras que figuran en el Anexo a) del presente acuerdo. A estos efectos, UPM instrumentó la creación de un Fideicomiso de Administración integrado con los aportes a realizar de acuerdo al cronograma de hitos establecido en la adenda. A efectos de establecer el funcionamiento en cuanto a la gestión, administración y pagos de las obras, se le encomienda a CVU la celebración de un Contrato con la fiduciaria del Fideicomiso “Corredores del Litoral”, previa No Objeción del MTOP;

14) que el precio total del Programa es de U\$S 71.155.156 (IVA incluido por hasta la cantidad de U\$S 11:455.157), siendo que del precio neto de Programa (sin IVA), debe destinarse a aumentar el gasto comprometido del Anexo I 2015, en la suma de U\$S 58:414.873, correspondiente a un 97,847%, de acuerdo con lo previsto en la Cláusula Quinta del Convenio;

15) que se establece que todos los egresos que deban realizarse para ejecutar las obras del Programa, forman parte del gasto comprometido estipulado en el Anexo I 2015, y por lo tanto serán objeto de reconocimiento como gasto realizado a todos los efectos, rindiéndose cuentas en la forma estipulada en el citado acuerdo específico. De acuerdo a lo estipulado en la Cláusula Sexta, el MTOP declara y acepta que en caso de producirse pagos a cargo de CVU en concepto de reclamos civiles o laborales generados por la

contratación de las obras encomendadas, se reconocerá ese gasto como parte de compromiso de inversión previsto;

16) que el objeto de este acuerdo específico se ejecutará con cargo a los ingresos que CVU reciba como complemento al subsidio, de acuerdo al siguiente cronograma: a) la suma de U\$S 10:700.000 pagaderos al día 20/1/20 o dentro del plazo de 20 días hábiles a contar desde la fecha de inscripción definitiva del Contrato de Fideicomiso al que se refiere en la Cláusula XVI de los antecedentes del acuerdo en el Registro de Actos Personales, lo que ocurra último, siempre que se hayan cumplido las condiciones previstas en el Anexo c), b) la suma de U\$S 11:000.000 que se abonarán en el plazo de 1 año a contar de la fecha del pago inicial, siempre que se haya cumplido la condición establecida en el Anexo c), y, c), el saldo de U\$S 38:000.000 se abonará en 8 cuotas mensuales, iguales y consecutivas de U\$S 4:750.000, la primera de las cuales se hará exigible a los 2 años a contar de la fecha del pago inicial y las siguientes en la misma fecha de los años siguientes correspondientes. Los pagos de las 8 cuotas referidas se efectuarán siempre y cuando se hayan cumplido las condiciones establecidas en el Anexo c);

17) que asimismo, en la Cláusula Séptima establece que, en caso de que para el cumplimiento de las obras se requiera una inversión superior a lo aportado por UPM, o los aportes no se realizaran en tiempo y forma por parte de UPM, las erogaciones a realizar en cumplimiento del presente acuerdo específico, se podrán ejecutar presupuestalmente tanto en el Inciso 10 (MTOP), como en el Inciso 24 (diversos créditos, Unidad Ejecutora 010 MTOP);

18) que las partes acordaron que CVU pueda obtener o proporcionar financiamiento para cumplir con el objeto del presente acuerdo específico, para lo cual deberá contar previamente con la no objeción del MTOP,

siendo que éste se obliga a reconocer como gasto realizado las sumas que resulten de la aplicación del mismo tipo de cambio establecido por el Organismo o entidad que concediera el financiamiento;

19) que por la Cláusula Décima, las partes acuerdan que para los estudios de las obras incluidas en el Programa y su fiscalización, el MTOP elaborará las especificaciones técnicas de las obras y contrataciones así como los pliegos de condiciones. Se prevé que la Dirección Nacional de Vialidad (DNV) del MTOP tendrá a su cargo la dirección de obra y la responsabilidad técnica y de contralor de la ejecución de cada obra, previéndose las obligaciones que tendrá a su cargo la dirección de obra referida;

20) que de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Décimo Séptima, el presente Convenio entrará en vigencia en la fecha de su aprobación por el Poder Ejecutivo, previa intervención del Tribunal de Cuentas, previéndose que sólo podrá comenzar a ejecutarse una vez que el Poder Ejecutivo extienda al mismo los beneficios fiscales vigentes para el resto del Convenio y Contratación Directa;

21) que la CVU prestó su conformidad y aceptó la ejecución del Programa en los términos acordados, asumiendo todos los derechos, obligaciones y responsabilidades que se le confieren en su carácter de concesionaria de CND en la concesión y en el presente acuerdo específico, mientras que el MTOP en su carácter de concedente otorga su no objeción al contenido del documento, y designa a la DNV para cumplir los cometidos técnicos, administrativos y de contralor legal y contractual reservados al concedente, la que a partir de la suscripción de acuerdo asumirá todos los derechos, obligaciones y responsabilidades al respecto;

22) que conjuntamente con el Convenio específico suscrito, fue remitido a este Tribunal el Proyecto de Resolución del Poder Ejecutivo (Presidente de la República en acuerdo con los Ministros de Transporte y Obras Públicas, y de Economía y Finanzas), donde se prevé aprobar el acuerdo referido;

23) que se solicitó información complementaria que fue remitida a este Tribunal por Entrada N° 0512/2020 del 18/2/20, especificando lo siguiente:

23.1) En cuanto a la operativa del acuerdo, se señala que el objeto del Acuerdo Específico Anexo I 10) es ejecutar dentro de la concesión de obra pública suscrita por el Convenio y Contratación Directa de 5/10/01, el Programa de “Corredores del Litoral y mejoramiento de puentes ubicados en la Ruta 5”. Como consecuencia de dicho Programa, los tramos no comprendidos en las Cláusulas 3.1 y 3.2 del Anexo I 2015, quedan incorporados transitoriamente al área de la concesión durante el período que va desde la fecha de la firma del acta de tenencia e inicio de obra por parte de la primera empresa contratada por CVU para realizar obras en cada una de ellas.

23.2) El acuerdo a estudio es un nuevo Anexo al contrato original suscrito entre MTOP y CND, por el que se encargan nuevas obras viales al ejecutor CVU, y la diferencia respecto de los otros Anexos ya sometidos a consideración del Tribunal de Cuentas, podría estar en el financiamiento de las obras viales a realizar.

23.3) En este sentido, el financiamiento se compone por subsidios del MTOP y además, por un aporte de U\$S 60:000.000 a cargo de la empresa UPM. El aporte de la empresa es producto del compromiso asumido con el Estado uruguayo, el cual será plasmado en una enmienda al Contrato de Inversión suscrito entre UPM Pulp Oy y la República Oriental del Uruguay con fecha 7/11/17, que se suscribirá.

23.4) Se señala que prevé la suscripción de cuatro documentos, a saber:

- Anexo X que vincula al MTOP, a CND y CVU.
- Una segunda enmienda al contrato de inversión, a efectos de incorporar las cláusulas vinculadas a las obras viales del litoral y modificar el Anexo 4 del mismo, incorporando además, un nuevo Anexo. En esta enmienda, ambas partes convienen que las estipulaciones de la Cláusula 3.4.1 del Contrato de inversión por las que la República Oriental del Uruguay se obliga a llevar adelante obras que comprenden la renovación de rutas aptas para la circulación de camiones que se especifican, serán aplicables asimismo a los “Corredores del Litoral”.
- Contrato de fideicomiso entre Forestal Oriental S.A. (compañía afiliada a UPM) y EF ASSET Management Administradora de Fondos de Inversión S.A. El objeto de dicho contrato es transparentar la transferencia del monto acordado así como facilitar un control externo de su utilización para el objeto previsto (financiamiento de las obras incluidas en el Anexo al Contrato de Inversión 4.2 “Corredores del Litoral”). Forestal Oriental S.A. actuando como fideicomitente constituirá un fideicomiso de administración con el objeto de aplicar el monto antedicho al pago de las obras del Anexo 4.2 referido, como también a obras de refuerzo de puentes en Ruta 5. La fiduciaria es libremente designada por UPM y tendrá la tarea de administrar el patrimonio fiduciario con la finalidad de financiar las obras que se ejecutarán a través de CVU.
- Contrato a suscribir por CVU con EF ASSET Management Administradora de Fondos de Inversión S.A., cuyo objeto es establecer los términos, condiciones y requerimientos aplicables y exigibles para la efectivización de los desembolsos como otras condiciones diversas para el desarrollo y concesión de las obras.

23.5) Se adjuntan borradores de enmienda y contrato de fideicomiso.

23.6) En cuanto a los procedimientos que serán utilizados para seleccionar a las empresas contratistas para la ejecución del programa a las que se alude en la Cláusula Tercera del presente acuerdo, se indica que son los mismos que utiliza la CVU para la ejecución de todas las obras.

23.7) En caso de que para el cumplimiento de las obras se requiera una inversión superior a lo aportado por UPM, o los aportes no se realizaran en tiempo y forma por la misma, las erogaciones a realizar en cumplimiento del Acuerdo Específico se podrán ejecutar presupuestalmente tanto en el Inciso 10 como en el Inciso 24. Lo dicho es sin perjuicio de que el aporte de UPM constituirá – cuando sea incorporado al Contrato de Inversión mediante la Enmienda – una obligación contractual de la empresa, por lo cual se aplicará la normativa vigente y los principios generales de derecho, así como las cláusulas contractuales pertinentes;

CONSIDERANDO: 1) que este Tribunal con fecha 31/10/01, no formuló observaciones al convenio y contratación directa de fecha 5/10/01 (concesión de obra pública) y señaló que los gastos que tuviera que afrontar el Ministerio de Transporte y Obras Públicas debían ser sometidos a consideración del Tribunal de Cuentas a efectos de su intervención;

2) que dicho convenio incluye expresamente el apoyo a la organización y a la ejecución de proyectos de infraestructura complementarios que se realicen (cláusula cuarta, Literal D) y la celebración de todos los activos civiles o contratos, con arreglo a lo que establezcan los acuerdos específicos, o cualquier otra modalidad que sea de interés para las partes comparecientes (cláusula cuarta, Literal H);

3) que asimismo, contempla la posibilidad de realizar convenios o acuerdos específicos para ejecutar las obras y proyectos objeto de la

concesión de obra pública (cláusula sexta numeral 1) Literal A) y Numeral 2, Literal A) y su incorporación en los anexos;

4) que la cláusula 6 (subsidio) del Acuerdo modificativo al Anexo I celebrado el 23/10/15, establece que el concesionario recibirá como parte de los ingresos por el cumplimiento de sus obligaciones, los pagos mensuales en dólares que efectúe el concedente por concepto de subsidio, de acuerdo con los criterios y procedimientos determinados en el contrato;

5) que, a su vez, la cláusula 7 de dicho Acuerdo (otros ingresos del concesionario) establece que serán recursos para la ejecución del Proyecto: los subsidios extraordinarios, que efectúe el concedente (MTOP), que aumentarán el gasto comprometido en el año en que dichos subsidios fueren percibidos por el concesionario;

6) que el artículo 28 de la Ley N° 17.555 de 18/9/01 autorizó a la CND a ceder totalmente el contrato de concesión (Convenio de fecha 5/10/01 y sus modificativos) a una Sociedad Anónima creada a esos efectos;

7) que, en base a la autorización legalmente conferida, el artículo 4 del Decreto N° 383/002, de 02/10/02, habilitó a la CND ceder a la CVU todos los derechos y obligaciones emergentes del Convenio, por lo que dicha Sociedad Anónima percibe directamente del MTOP el pago de los subsidios en cumplimiento del contrato;

8) que el acuerdo específico remitido en la oportunidad, constituye un Anexo del Convenio celebrado el 5/10/01, celebrados al amparo de la causal de excepción prevista en el Artículo 33 Numeral 3 Literal A) del T.O.C.A.F. vigente al momento de la contratación (actualmente Artículo 33 Literal C) Numeral 1) del T.O.C.A.F.), norma que permite acudir a la contratación directa o

al procedimiento que el Ordenador determine por razones de buena administración, en los casos en que la contratación se efectúe entre Organismos o dependencias del Estado, o con personas públicas no estatales;

9) que dicha norma al momento de la contratación, encontraba su fuente en lo dispuesto por los Artículos 653 de la Ley N° 16.170 de 28/12/90 y 738 de la Ley N° 16.736 de 5/1/96. Esta última disposición (vigente hasta la actualidad), preceptúa: *“Las contrataciones referidas en el Literal A), no podrán incluir la participación, directa o indirecta de empresas privadas”* texto que se mantiene en el artículo actualmente vigente;

10) que el Anexo I 10 remitido en la oportunidad, a diferencia de los restantes Anexos que se suscribieron en forma precedente, incluye la participación de la empresa UPM (Cláusula Séptima) en el financiamiento de las obras previstas, que se compondría por subsidios del MTOP y por un aporte de U\$S 60:000.000 a cargo de la empresa privada UPM;

11) que en virtud de lo expuesto precedentemente, la operativa que surge del Anexo a estudio, implica la participación de empresas privadas, extremo que desvirtúa la procedencia de la causal de excepción al amparo de la cual se realizó la contratación originaria (Artículo 33 Numeral 3 Literal A) del T.O.C.A.F. vigente al momento de la contratación, actualmente Artículo 33 Literal C) Numeral 1 del T.O.C.A.F.) y sus modificativos;

12) que por otra parte, para la financiación de las obras se prevé la suscripción de tres documentos (enmienda al Contrato de Inversión suscrito entre UPM Pulp Oy y la República Oriental del Uruguay, Contrato de Fideicomiso y Contrato para determinar las condiciones de los desembolsos), de los que el Ministerio remitió a este Tribunal meros borradores

preliminares, lo que inhibe se emita un pronunciamiento formal sobre los mismos en esta instancia;

13) que en consecuencia, el mecanismo de financiación de las obras previstas en el Anexo I 10 no se encuentra vigente, y por lo tanto no existe certeza de que efectivamente la empresa privada UPM resulte obligada al respecto;

14) que asimismo, la Cláusula Séptima del Anexo I 10 remitido, prevé que en caso de que para el cumplimiento de las obras se requiera una inversión superior a lo aportado por UPM, o los aportes no se realizaran en tiempo y forma por parte de UPM, las erogaciones se podrán ejecutar presupuestalmente tanto en el Inciso 10 (MTOP), como en el Inciso 24 (diversos créditos, Unidad Ejecutora 010 MTOP), y ni se acredita la existencia de disponibilidad suficiente en el rubro de imputación al respecto, ni la existencia de previsiones sobre las acciones de reintegro que el MTOP implementará para la restitución de los aportes que efectúe eventualmente;

15) que por último, la enmienda al contrato de inversión entre UPM Pulp Oy y la República Oriental del Uruguay a suscribir, deberá ser oportunamente remitida a este Tribunal, a efectos del control preventivo que constitucionalmente le compete;

ATENCIÓN: a lo expuesto precedentemente y a lo dispuesto en el Artículo 211 Literal B) de la Constitución de la República;

EL TRIBUNAL ACUERDA

- 1)** Observar el Anexo I 10, y todos los gastos que de él se deriven, por lo expuesto en los Considerandos 11, 13 y 14;
- 2)** Téngase presente lo expresado en el Considerando 15);

- 3) Comunicar a esos efectos la presente Resolución a la Presidencia de la República;
- 4) Comunicar a la Contadora Auditora destacada ante el Ministerio de Transporte y Obras Públicas;
- 5) Devolver las actuaciones.

ag

CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DEL MINISTRO ING. MIGUEL AUMENTO: “He votado en forma discordo la Resolución recaída en este expediente, en tanto no estoy de acuerdo con la observación formulada por la mayoría del Tribunal.

En primer término, en la operativa que surge del Convenio, no existe contravención a lo estipulado por la causal de excepción que nos ocupa, en tanto no hay participación directa ni indirecta de empresas privadas en el sentido previsto por la norma, interpretación que fuera aceptada por el Tribunal en toda otra oportunidad en lo que hace a la relación entre MTOP y CND-CVU.

Las empresas privadas a las cuales se hace referencia no son PARTES del acuerdo (participación directa). A su vez, tampoco aquí se verifica que las obligaciones de las Partes se hayan cometido total o parcialmente a una “empresa privada” (participación indirecta). Es de dominio público que CVU S.A. no fue ni es una empresa constructora, sino un concesionario que ejecuta

Programas en el marco del sistema de concesión de obra pública. No se puede soslayar además que el propio Tribunal de Cuentas, desde el convenio originario entre el MTOP y la CND del 5 de octubre de 2001, modificativos y concordantes, no lo ha objetado en ninguna de las oportunidades en las cuales ha tomado la intervención que le compete. Y fueron muchas desde el año 2001 hasta la fecha. Por supuesto que la suscripción de contratos con empresas privadas ya estaba previsto en el acuerdo originario y lo sigue estando. A su vez, la disposición a la que se alude respecto a la restricción del Artículo 33 Literal C) Numeral 1) del TOCAF es anterior al contrato originario MTOP-CND.

Cabe agregar además que el Anexo I 10 que nos ocupa en el caso concreto, no posee diferencia en ese sentido con los Anexos que se suscribieron en forma precedente. La particularidad de este caso es que el financiamiento que se prevé se compone por subsidios del MTOP y especialmente por un aporte sustancial de cargo de UPM.

En segundo término, no comparto el hecho de expresar que no existe certeza de que efectivamente la empresa privada UPM resulte obligada por el mecanismo de financiación previsto. Ello no puede convertirse en una causal de observación, en tanto refiere a un supuesto. Lo que debió resolverse es que se remita a consideración de este Tribunal, la enmienda al contrato de inversión ROU-UPM a los efectos del control correspondiente. Es decir, exactamente lo que se dispuso por la mayoría del Tribunal de Cuentas en el Acuerdo 2) remitiéndose al Considerando 15).

Por último, tampoco comparto la causa de observación que hace a la falta de acreditación de la existencia de disponibilidad suficiente en el rubro de

imputación, ante situaciones tales como que se requiera una inversión superior a lo que aportará UPM o que dichos aportes no se realicen en tiempo y forma. Se exige acreditar disponibilidad ante nuevos supuestos, cuando la verificación debe hacerse en otra instancia”.

CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DEL MINISTRO CR. ENRIQUE CABRERA: “Comparto los argumentos de fundamento de voto disorde expresados por el Ministro Miguel Aumento sobre el expediente remitido por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas , relacionado con el Convenio suscrito con la Corporación Nacional para el Desarrollo para la ejecución de obras y puentes por el sistema de Concesión de Obra Pública”.-

CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DE LA MINISTRA DRA. FLORA DE SANTIS SANJURJO: “Hago mío el fundamento de voto disorde del Ministro Ing. Miguel Aumento con respecto al convenio suscrito con la Corporación Nacional para el Desarrollo para la ejecución de obras y puentes por el sistema de Concesión de Obra Pública”.