

RES. 581/2020

RESOLUCION ADOPTADA POR EL

TRIBUNAL DE CUENTAS

EN SESION DE FECHA 04 DE MARZO DE 2020

(E. E. N° 2019-17-1-0005024, Ent. N°715/2020)

VISTO: las actuaciones remitidas por la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP), relacionadas con el gasto derivado del cumplimiento del Laudo Arbitral dictado con fecha 9/9/19 a favor de AXION Comercialización de Combustibles y Lubricantes S.A., por el Tribunal Arbitral pertinente;

RESULTANDO: 1) que la firma AXION Comercialización de Combustibles y Lubricantes S.A. promovió proceso arbitral contra ANCAP por responsabilidad contractual derivada del Contrato de Distribución de combustible suscrito entre las partes oportunamente;

2) que el Tribunal Arbitral compuesto por los Dres. Beatriz Bugallo, Jonás Bergstein y Carlos De Cores dictó el Laudo con fecha 9/9/19, en los siguientes términos:

2.1) Declara que el Tribunal Arbitral es competente para resolver el conflicto instaurado.

2.2) Declara vencido el contrato de distribución a que dan lugar las presentes actuaciones.

2.3) Declara que ANCAP debe ser considerado incumplidor exclusivamente de la obligación de negociar de buena fe la modificación de las condiciones del contrato extinguido, en función del mantenimiento posterior de la relación, sin plazo determinado.

2.4) En virtud del incumplimiento referido, se condena a ANCAP a pagar la sumatoria de las diferencias entre: **i)** la suma correspondiente al margen de comercialización efectivamente reconocido por ANCAP (\$ 1.030,96 por metro cúbico de producto blanco: gasolina, queroseno y/o gasoil), y, **ii)** la que hubiera correspondido de aplicarse el ajuste por el Índice de Precios del Consumo, aplicada al volumen comercializado en el mes correspondiente, desde el 9/12/16 hasta el 9/9/19, sumas que deberán actualizarse conforme lo establecido por el Decreto Ley N° 14.500 más el interés legal;

3) que el Directorio de ANCAP, por Resolución N° 694/9/2019 del 12/9/19 acordó:

3.1) Tomar conocimiento de lo actuado.

3.2) Disponer que la Gerencia Servicios Jurídicos, en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 401.7 del Código General del Proceso, inicie un procedimiento administrativo a los efectos de determinar si los términos del Laudo Arbitral determinan la necesidad de iniciar investigación administrativa.

3.3) Encomendar a la Gerencia General el estudio de una paramétrica de ajuste aplicable al Margen de Comercialización de los combustibles blancos, a los efectos de negociar con las Distribuidoras una nueva paramétrica aplicable a partir del 10/9/19;

4) que el Directorio de ANCAP, por Resolución N° 752/10/2019 del 3/10/19 dispuso sustituir la parte expositiva del acto administrativo anteriormente dictado, para plasmar que el Laudo Arbitral, en lo relativo al incumplimiento, fue dictado por decisión de la mayoría del Tribunal y no por unanimidad;

5) que este Tribunal, por Resolución N° 2571/19 dictada en Sesión de fecha 23/10/19, acordó no formular observaciones al Laudo Arbitral dictado, y cometer al Contador Delegado la intervención de los gastos que de él se

deriven, una vez determinado el monto a abonar y previo control de su imputación con cargo a Grupo adecuado con disponibilidad suficiente. Asimismo, este Tribunal señaló a la Administración actuante que al amparo de lo dispuesto por el Artículo 140 del T.O.C.A.F. se debe remitir la totalidad de las actuaciones relacionadas con la investigación administrativa dispuesta por el Organismo, siendo que por otra parte, el Ordenador deberá dar cumplimiento con lo dispuesto por el Artículo 2 de la Ordenanza N° 85 de este Tribunal, comunicando lo resuelto respecto de la acción de repetición;

6) que en la oportunidad, se remite informe realizado con fecha 28/1/20 por los servicios jurídicos de ANCAP en el ámbito de la investigación administrativa dispuesta, por el que se procura determinar si corresponde o no promover acción de repetición contra los funcionarios responsables del daño por el cual se efectuó el pago. Al respecto, se esgrimen las siguientes consideraciones:

6.1) Conforme al fallo emitido por mayoría del Tribunal Arbitral, se condena a ANCAP por ser incumplidor exclusivamente de la obligación de negociar de buena fe la modificación de las condiciones del contrato extinguido, en función del mantenimiento posterior de la relación sin plazo determinado.

6.2) El hecho que el Tribunal Arbitral señaló como ilícito o irregular de los funcionarios intervinientes en la toma de decisiones en el marco de las negociaciones es en definitiva el hecho que opera como detonador de la responsabilidad del Estado.

6.3) Considerando que únicamente el Organismo podría promover acción de regreso en caso de poder probarse fehacientemente que la actuación de los funcionarios haya sido efectuada con dolo o culpa grave, no cabe la acción referida ante faltas o negligencia leves.

6.4) De esta forma, se entiende que el Laudo Arbitral señala la existencia de un obrar culposo (que denota falta de proactividad, perentoriedad, en aras de promover un espacio de negociación lo más extendido posible en el tiempo), pero que dicha conducta no se enmarca en un obrar con culpa grave, inexcusable, patente, grosera, sino leve, siendo el error de conducta al cual todo individuo está expuesto y es paradigmáticamente la negligencia (defecto de atención) o imprudencia.

6.5) El árbitro Dr. Bergstein en su discordia, atenúa la transgresión perpetrada por ANCAP al imperativo de buena fe, al mismo tiempo que resalta que en el presente caso, no se realizaron “maniobras arteras u orquestadas”, lo que atenúa la gravedad de la culpa en el accionar de los funcionarios intervinientes en las negociaciones llevadas a cabo con AXION.

6.6) Por lo expuesto, se entiende que no surge que la culpa en el accionar de los funcionarios pueda ser catalogada como grave, sino como una culpa de carácter leve, y en consecuencia no se configurarían en el caso uno de los presupuestos subjetivos necesarios para poder inclinarse el procedimiento administrativo previsto en el Artículo 401.7 del Código General del Proceso.

6.7) No obstante, se explicita que el presente informe se centra en determinar si en la especie se configuran los presupuestos necesarios para que opere la responsabilidad de los funcionarios en el marco de lo establecido en los Artículos 24 y 25 de la Constitución, no analizándose en relación a otro tipo de responsabilidad que eventualmente pudiera existir en el presente caso;

7) que el Directorio, por Resolución N° 63/2/2020 del 5/2/20, dispuso tomar conocimiento del informe elevado por la Gerencia de Servicios Jurídicos y oficiar a este Tribunal;

CONSIDERANDO: 1) que el Artículo 401.7 del Código General del Proceso, en redacción conferida por el Artículo 1° de la Ley N° 19.090 de 14/6/13 dispone que: *“El Organismo condenado una vez notificado de la fecha de pago iniciará un procedimiento administrativo tendiente a determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o los funcionarios responsables del daño causado, de acuerdo a lo establecido por el Artículo 25 de la Constitución de la República”;*

2) que al amparo de la disposición citada precedentemente, el Directorio dispuso el inicio de un procedimiento administrativo tendiente a determinar si los términos del Laudo Arbitral implican la necesidad de iniciar una investigación administrativa (Resultando 3.2), habiéndose efectuado posteriormente un informe por parte de los servicios jurídicos en el que se concluyó que no correspondería efectuar la acción de repetición prevista en el ordenamiento jurídico (Artículo 25 de la Constitución de la República);

3) que sin perjuicio de ello, el Directorio no se pronunció mediante el dictado de un acto administrativo respecto a la procedencia de la acción de repetición ni respecto de la pertinencia de iniciar procedimientos disciplinarios, sino que únicamente se limitó a tomar conocimiento de lo actuado y oficiar a este Tribunal (Resultando 7);

4) que en consecuencia, se deberá dar cumplimiento a lo preceptuado por el Artículo 2 de la Ordenanza N° 85 de este Tribunal, comunicando lo resuelto respecto de la acción de repetición;

5) que por otra parte, surge de las actuaciones remitidas que los propios servicios técnicos del Organismo reconocen que el obrar de los funcionarios intervinientes en el caso, podría configurar un accionar culposos, negligente o imprudente, tratándose de extremos que deberán ser

dilucidados en el procedimiento disciplinario pertinente, en tanto dicha conducta determinó la responsabilidad del Estado, de acuerdo a lo dispuesto en el Laudo Arbitral dictado;

6) que el Artículo 140 Inciso 1° del T.O.C.A.F. establece que *“Cuando exista conocimiento o presunción de irregularidades en la administración y manejo de fondos públicos, la autoridad competente mandará practicar investigación administrativa o sumario con las garantías del debido proceso, a fin de determinar o comprobar la responsabilidad de los funcionarios intervinientes, la individualización de los infractores, la entidad de la falta, el esclarecimiento total de los hechos y la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios eventualmente ocasionados al erario”*;

7) que en consecuencia, corresponde que al amparo de lo dispuesto por el Artículo 140 del T.O.C.A.F., se efectúen los procedimientos disciplinarios pertinentes y se remita a este Tribunal la totalidad de las actuaciones que se lleven a cabo, una vez sustanciados los mismos. Al respecto, es menester tener presente que la investigación administrativa deberá tener como objeto la determinación de la comisión de falta administrativa, así como la identificación de los presuntos responsables;

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

EL TRIBUNAL ACUERDA

- 1)** Tener presente lo actuado.
- 2)** Una vez dictado el acto administrativo pertinente referido a la procedencia de la acción de repetición, deberá darse cumplimiento al Artículo 2 de la Ordenanza N° 85 de este Tribunal, de conformidad con lo expresado en los Considerandos 3 y 4.

3) Una vez sustanciados los procedimientos disciplinarios que se desarrollen a efectos de determinar responsabilidades, deberán ser remitidos los obrados pertinentes a este Tribunal, de acuerdo a lo expresado en los Considerandos 5 y 7.

4) Devolver las actuaciones.

CLC