

**RES. 0043/2021**

**RESOLUCION ADOPTADA POR EL**

**TRIBUNAL DE CUENTAS**

**EN SESION DE FECHA 13 DE ENERO DE 2021**

**(E. E. N° 2020-17-1-0005839, Ent. N° 4497/2020)**

**VISTO:** las nuevas actuaciones remitidas por el Ministerio de Transportes y Obras Públicas (M.T.O.P.) relacionadas con la “Modificación del Contrato de Participación Público Privada – Proyecto Ferrocarril Central”, en el marco del Proyecto “Ferrocarril Central del Uruguay – Licitación Pública Internacional No. 35/2017”;

**RESULTANDO: 1)** que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, con fecha 4 de diciembre de 2017, convocó la Licitación Pública Internacional No. 35/2017 para el financiamiento, diseño, construcción, Rehabilitación y Mantenimiento de la infraestructura ferroviaria del tramo Puerto de Montevideo-Estación Paso de los Toros;

**2)** que se remitió a este Tribunal Proyecto de Resolución del Poder Ejecutivo, adjudicando en forma provisional al oferente GRUPO VIAL CENTRAL integrado por SACEEM S.A., BERKES CONSTRUCCIÓN MONTAJE S.A., SACYR CONCESIONES S.L. y NGE CONCESSIONS S.A.S.U.;

**3)** que este Tribunal por Resolución No. 3559/2018 de fecha 21 de noviembre de 2018, cometió al Contador Auditor que, una vez dictada la Resolución de Adjudicación Provisional por el Ordenador competente a favor del GRUPO VIAL CENTRAL y abierto los créditos correspondientes, interviniera la suma prevista por el pago por disponibilidad diario (U\$S 385.356 sin IVA) previo control de su imputación en el objeto del gasto con disponibilidad suficiente y el cumplimiento del artículo 3 de la Ley No. 18.244;

**4)** que por Proyecto de Resolución del Poder Ejecutivo, expresando que el Ministerio de Economía y Finanzas emitió el informe preceptivo y favorable en los términos del artículo 34 inciso final del Decreto No. 313/2017 del 6 de noviembre de 2017, adjudica en forma definitiva al GRUPO VIAL CENTRAL S.A. la Licitación Pública Internacional No. 35/2017. Asimismo, se dispuso que la adjudicataria GRUPO VIAL CENTRAL S.A., en un plazo de 10 días a partir de la notificación y en forma previa a la formalización del contrato de Participación Público Privada debiera constituir y acreditar: a) la garantía de cumplimiento de contrato por un monto de U\$S 90:000.000, b) el seguro contra todo riesgo por U\$S 10:000.000, c) constancia de inscripción en el R.U.P.E., d) certificado expedido por el B.S.E. de estar al día con el pago de seguros por accidentes laborales, e) certificado expedido por el Registro Nacional de Empresas de Obra Pública del M.T.O.P. (VECA), f) constancia de haber abonado los costos derivados de servicios externos para la realización de estudios previos y estructuración técnica y g) avance de diseño ejecutivo de rubros y sub-tramos acordados con la Administración contratante que permitan el comienzo de la ejecución de la obra en los plazos estipulados;

**5)** que este Tribunal por Resolución No. 1047/2019, dispuesta en sesión del 30 de abril de 2019 acordó cometer al Contador Auditor en el M.T.O.P. que, una vez dictada la Resolución de adjudicación definitiva por el ordenador competente a favor de la Sociedad GRUPO VIA CENTRAL SOCIEDAD ANÓNIMA, controlara el cumplimiento por parte de la Sociedad adjudicataria de lo señalado en el “Resultando 9.1” de la referida Resolución (constituir y acreditar garantía de cumplimiento de contrato por U\$S 90.000.000; seguro contra todo riesgo por U\$S 10.000.000; inscripción en R.U.P.E.; certificado del B.S.E. y “VECA”, haber abonado los costos derivados de servicios externos, avance de diseño ejecutivo, que permitan el comienzo de la ejecución de la obra en los plazos estipulados);

**6)** que posteriormente se remite a este Tribunal Nota suscripta por la Coordinación del Proyecto de Ferrocarril Central de fecha 12 de agosto de 2019, de la misma surge que, de la adjudicación provisional surgen varios contratos con distintas formas de pago al contratista: Contrato de Participación Público Privada, b) Contrato de Obras Adicionales y c) Contratos de Mantenimiento;

**6.1)** que en ese sentido pone a consideración del Tribunal de Cuentas si el alcance de las Resoluciones ut supra señaladas, se encuentra cometidas a los Contadores Auditores, las intervenciones correspondientes a erogaciones resultantes de los contratos de Obras Adicionales y de Mantenimiento, así como los anticipos de pagos por disponibilidad establecidos en el numeral 1° del acuerdo del Tribunal de fecha 21 de noviembre de 2019;

**7)** que este Tribunal por Resolución No. 2220/19 dispuesta en Sesión de fecha 11 de setiembre de 2019 acordó, una vez dictada la Resolución de Adjudicación definitiva por el Ordenador competente, cometer al Contador Auditor destacado ante el Ministerio de Transporte y Obras Públicas la intervención del gasto de la suma de U\$S 12.000.000, derivado de la ejecución de Obra Adicionales en el presente ejercicio 2019, a favor de la firma PILEMBURG S.A., así como los correspondientes a los ejercicios 2020 a 2022 “(Resultando 8)”, previo control de su imputación en el grupo adecuado con disponibilidad suficiente; considerando lo siguiente:

**7.1)** *“que los pronunciamientos de este Tribunal tanto en las sesiones del 21.11.2018 como la del 30.4.2019, se han sujetado stricto-sensu a los Actos Administrativos emitidos por la Administración y que son reflejados tanto en la Adjudicación Provisional (Pago por disponibilidad diaria) y la Adjudicación Definitiva de conformidad a la ley que rige los contratos de Participación Público Privada, Ley No. 18.786”;*

**7.2)** *“que en ese sentido y como hoy se verifica en la especie, de lo que surge de los presentes obrados del Informe de Disponibilidad Presupuestal, es posible pronunciarse sobre las obras Adicionales, porque existen elementos*

*para ello y dada su estimación para lo que resta del presente Ejercicio, en la ejecución de obras por U\$S 12.000.000”;*

**8)** que posteriormente, atendiendo la iniciativa del B.I.D., el M.T.O.P. en ejercicio de atribuciones delegadas, remite copia de la Resolución de fecha 16 de setiembre de 2019 por la cual *“modifica el numeral 1º de su resolución ministerial de 9 de último, en cuanto al financiamiento, en tanto el gasto de Euros 339.698,97 más IVA, se atenderá en su totalidad con cargo al Inciso 10, Unidad Ejecutora 001, Programa 360, Proyecto 768, Financiación 1.1 Rentas Generales”;*

**9)** que este Tribunal por Resolución No. 2597/19 dispuesta en sesión de fecha 23 de octubre de 2019, acordó tomar conocimiento del cambio de financiamiento informado, considerando:

**9.1)** que la contratación se efectúa al amparo del artículo 33, literal C) numeral 17 del T.O.C.A.F. y del Memorando de Entendimiento suscrito con fecha 26 de abril de 2017, entre el Ministerio de Fomento del Reino de España y el Ministerio de Transporte y Obras Públicas del Uruguay;

**9.2)** que sin perjuicio del cambio de financiamiento, la Administración no ha dado cumplimiento a lo establecido en el literal D) del artículo 13 de la Ordenanza de este Tribunal de 22 de mayo de 1958, en cuanto a que debe agregarse la información contable en el que conste el rubro al que se imputa el gasto y su disponibilidad, al remitir las actuaciones para la intervención previa de este Tribunal;

**10)** que teniendo presente lo acordado en la Resolución de este Tribunal No. 3559/18 de fecha 21 de noviembre de 2018, por la que se cometió al Contador Auditor la intervención de la suma prevista por el Pago por Disponibilidad Diario (PDD) señalado en el Resultando 23 de la misma, el cual incluye dos montos correspondientes a dicho Pago: una oferta de U\$S 406.394 sin IVA y una alternativa de U\$S 395.356 también sin IVA; con fecha 2 de enero de 2020, la Auditoría señala que el monto correcto es el de la oferta original, es decir U\$S 406.394. Asimismo, la Auditoría señala respecto a

dicho pago que, en la Resolución definitiva del Ministerio de Transporte y Obras Públicas se establece el monto, pero, más IVA y solicita se aclaren dichos extremos en la Resolución No. 3559/18 de 21 de noviembre de 2018;

**11)** que asimismo, la Auditoría señaló que, en la Resolución de este Tribunal No. 1047/19 de fecha 30 de abril de 2019, se le había cometido el control de cumplimiento por parte de la sociedad adjudicataria de lo solicitado en el Resultando 9.1 de dicha Resolución (Resultando 4° y 5° de la presente). Al respecto, teniendo en cuenta que el contrato definitivo se suscribió el 10 de mayo de 2019, en el informe de fecha 2 de enero de 2020 la Auditoría señala que, se dio cumplimiento a los puntos “a), b), c), d), e), f), g); aunque la garantía de cumplimiento de contrato y la póliza de seguro contra todo riesgo se hizo con vigencia 10 de mayo de 2019, pero fueron depositadas en fechas posteriores;

**12)** que este Tribunal por Resolución No. 466/2020 dispuesta en sesión de fecha 12 de febrero de 2020, acordó modificar el Numeral 1° de la parte Dispositiva de la Resolución No. 3559/18 de 21 de noviembre de 2018, quedando redactado de la siguiente manera: *“Dictada la Resolución de adjudicación provisional por el Ordenador competente a favor del GRUPO VIA CENTRAL y abiertos los créditos correspondientes, cométese al Contador Auditor la intervención de la suma de U\$S 406.394 más IVA en concepto de Pago por Disponibilidad Diario, debiendo tener presente los adelantos a que refieren los Artículos 5.1 y 8 del Contrato PPP, previo control de su imputación al Grupo adecuado con disponibilidad suficiente y el cumplimiento de la establecido por el artículo 3° de la Ley N° 18.244 (Deudores Alimentarios)”*; acordando además tener presente lo expresado en el considerando 4) de la misma;

**13)** que de los Considerandos de la Resolución señalada anteriormente surge:

**13.1)** *“que si bien el A° 16 del Pliego de Condiciones Administrativas que refiere a la retribución por el Contrato de PPP establece que el oferente indicará el monto máximo diario, expresado en dólares estadounidenses sin decimales, sin incluir IVA, de acuerdo al contrato y al no haber exoneración tributaria en tal sentido, corresponde establecer que el monto por PDD debe incluir el IVA”;*

**13.2)** *“que por lo tanto, a efectos de aclarar el cometido a que refiere el Resultando 1, corresponde establecer que el Pago por Disponibilidad Diaria es de U\$S 406.394 más IVA”;*

**13.3)** *“que asimismo corresponde señalar que al momento de su intervención, la Auditoría deberá tener en cuenta los adelantos a que refiere el Resultando 8 de la presente”;*

**13.4)** *“que de acuerdo a lo señalado en el Resultando 7, la Administración no ha dado estricto cumplimiento a lo previsto en la Resolución de Adjudicación definitiva, en cuanto a exigir la presentación de la constancia de pago en forma previa a la suscripción del contrato”;*

**14)** que en esta oportunidad, la Administración remite actuaciones relacionadas a la modificación de la Cláusula 8.1 del Contrato de Participación Público Privada – Proyecto Ferrocarril Central, suscrito el 10 de mayo de 2019, entre el M.T.O.P. y el GRUPO VÍA CENTRAL S.A, adjuntando la documentación que se hará referencia a renglones siguientes;

**15)** que por nota suscripta por el Gerente General de GRUPO VIA CENTRAL (SACEEM S.A., BERKES CONSTRUCCIÓN MONTAJE S.A., SACYR CONCESIONES S.L. y NGE CONCESSIONS S.A.S.U) con fecha 2 de diciembre de 2020, se hace referencia a la solicitud de *“adelanto a cuenta del PPD establecido en la cláusula 8.1 del Contrato PPP”*, señalando –entre otras consideraciones- que: *“corresponde a la Administración Contratante proceder a realizar el segundo pago en concepto de adelanto a cuenta del PPD por un monto de U\$S 30.000.000 (treinta millones de dólares estadounidense) en el mes 18 del cronograma de obra acordada. El pasado 9*

*de noviembre de 2020 se cumplió el mes 18 desde la suscripción del Contrato PPP<sup>1</sup>, por lo que corresponde a la Administración abonar el segundo adelanto a cuenta de PPD. Como fuera manifestado en la nota GVC-MTOP-346-20, de 5 de mayo de 2020, los plazos establecidos en la cláusula 8 del Contrato PPP se computan desde la suscripción del mismo. En consecuencia, corresponde al MTOP proceder al pago de dicha suma...”:*

**16)** que la Corporación Ferroviaria del Uruguay S.A., con fecha 10 de diciembre de 2020, considerando la nota referida ut-supra, las disposiciones contractuales vigentes, los avances en la subsanación de las observaciones del Proyecto Ejecutivo y el avance validado de las obras del Proyecto “PPP” Ferrocarril Central, señala primeramente que efectivamente el día 9 de noviembre de 2020 se cumplió el mes 18 de la suscripción del contrato “PPP”. Asimismo, en segundo lugar, el Gerente de Supervisión Ferrocarril Central y el Coordinador Técnico del mismo, analizando el avance validado del Proyecto Ejecutivo y las obras correspondientes al cierre del mes décimo séptimo (17)- octubre 2020 por parte del GRUPO VÍA CENTRAL S.A. y diversa documentación detallada; adjuntan respuesta a la nota referida en el Resultando anterior a consideración de la Autoridad Contratante (M.T.O.P.); identificándose la misma como: “Anexo I Informe de Avance de las obras, Hito mes 18 Contrato PPP Ferrocarril Central”;

**17)** que del “Anexo I Informe de Avance de las obras, Hito mes 18 Contrato PPP Ferrocarril Central” que se adjunta, cumple con “...*Informar a la Autoridad Contratante el nivel general de avance las obras correspondientes al contrato PPP... ejecutadas al fin del mes décimo séptimo (17), octubre 2020, por parte del GRUPO VIA CENTRAL S.A.*” entre otras consideraciones surge que:

**17.1)** en fecha 29 de mayo de 2020 el M.T.O.P. mediante Resolución 2020-10-1-0001468 aprueba el Proyecto Ejecutivo y dispone que GRUPO VIA CENTRAL S.A. deberá subsanar las observaciones indicadas en el Considerando II en un plazo de 120 días;

**17.2)** el día 24 de setiembre de 2020, GRUPO VIA CENTRAL S.A. presentó una nueva versión del Proyecto Ejecutivo con el objeto de subsanar las observaciones referidas; informándose por la Supervisión Ferrocarril Central al M.T.O.P., con fecha 13 de octubre de 2020, las observaciones aún pendientes de subsanar, habiendo sido las mismas comunicadas a la Contratista. Se adjunta Cuadro No. 1 detallando las observaciones pendientes a ser subsanadas a la fecha del Informe, referentes a: “Proyecto del trazado de vías, geotecnia, explanación y drenajes”, “Proyecto de Subestructura”, “Proyecto de Subestructura de vía”, “Pasos a Nivel”, “Instalaciones Ferroviarias” y “Estructuras”;

**17.3)** con respecto al cronograma previsto de obras al mes décimo séptimo-octubre 2020, expresa que: a) los cronogramas incluidos en los reportes mensuales que emite GRUPO VIA CENTRAL S.A. regularmente no presentan el nivel de información mínimo requerido que permitan analizar el avance del proyecto, *“se trata de una imagen en PDF que solo indica el comienzo y fin de las tareas englobadas”*, b) en la Memoria de Planificación presentada en 2019 no se publica la información con el nivel de detalle necesaria para determinar el avance mensual con precisión de las actividades indicadas por rubro y partes asimilables a las obras constatables. No obstante, *“esta Supervisión estimó los niveles de avance para el mes decimoséptimo a partir de la interpretación de estas imágenes, el análisis de los reportes mensuales de avance emitidos por GVC y oportunamente respondidos”*, c) se indican en los Cuadros No. 1 y No. 2 que adjuntan, la situación planeada de los avances mensuales para hasta el mes 17 – octubre 2020- y el resumen del avance previsto para cada rubro al mes 17; indicándose los rubros que estaban planeados finalizar al 100% en fecha anterior al mes 17 y los que deberían estar con adelantos parciales;

**17.4)** con respecto al avance validado de las obras al mes décimo séptimo, analizado rubro por rubro a partir de la constatación de los trabajos físicos “in situ”, del cumplimiento de los procesos constructivos vigentes y de la verificación del cumplimiento de los planes de ensayos de calidad previstos; se

concluye que los avances físicos no han podido ser validados en su totalidad por no estar ajustados a los procedimientos constructivos y a la falta de resultados de ensayos de laboratorio que aseguren que los materiales utilizados y trabajos realizados alcancen los niveles mínimos exigidos;

**17.5)** siguiendo la línea de lo anteriormente expresado se señala que *“en un importante número de casos estas inconsistencias han dado lugar a la emisión de no conformidades por parte de esta Supervisión”*. Se adjunta cuadro No. 3 indicando el avance en valor porcentual de los rubros y sub-rubros validados al cierre del mes No.17 – octubre 2020;

**17.6)** con respecto al cumplimiento del plan de las obras al mes décimo séptimo, se adjunta cuadro No. 4 detallando cumplimiento de los avances mensuales para hasta el mes 17 – octubre 2020- y cuadro No. 5 resumen del cumplimiento previsto para cada rubro al mes 17 y Gráficos con las curvas de avance de obra;

**17.7)** con respecto a los rubros y sub rubros afectados por la entrega de la faja de vía y liberación de padrones, tomando en consideración que la entrega de la zona de vía disponible bajo dominio de A.F.E. se efectuó en su totalidad el día 24 de junio de 2019 y la liberación de predios adicionales se demoró por diversos motivos (lo que ha afectado parcialmente el avance de los trabajos programados pero en ningún caso a su interrupción) surge que, del total de 5 tramos (equivalentes a 267,2 Km de Tramo), se encuentran ejecutados o en ejecución el 59,11% (equivaliendo a 157,935 Km.) y no ejecutados con tramos liberados el 31,08% (equivaliendo a 83,805 Km.); según cuadro No. 6 que se adjunta;

**17.8)** Se concluye que, si bien hay atrasos de la entrega de Padrones por parte de la Autoridad Contratante, resulta que *“por lo menos la faja disponible para obras es por lo menos del orden del 90% respecto de la faja fiscal ferroviaria definida para la ejecución del proyecto”*;

**18)** que asimismo se adjunta el Anexo II “Avance de las obras Hito mes 18 – octubre 2020” y el Anexo III “Avance de las obras por Rubro octubre 2020-Contrato CVC/CCFC”, pasándose a informar los rubros más relevantes a los fines de evaluar el avance global del proyecto, a saber:

**18.1)** Rubro 1 “Implantación”: a) Rubro 1A + 1 B “Movilización y Obradores”: avance ejecución planeado 100 %, avance informado por GRUPO VIA CENTRAL S.A. 100 %, avance ejecución validado 100 %. b) Rubro 1D “Demoliciones”: avance ejecución planeado 100,00%, avance informado por GRUPO VIA CENTRAL S.A. 5,93 %, avance ejecución validado 5,93%;

**18.2)** Rubro 2 “Limpieza y Desagüe de Vía Existente”: a) Limpieza y desmalezado de la zona de vía no se han observado modificaciones a lo informado en el mes anterior, avance ejecución planeado 100,00%, avance informado por GRUPO VIA CENTRAL S.A. 100,00%, avance ejecución validado 99,77%. b) “Desarme y Retiro y Transporte de Materiales Existentes”: continúan existiendo pendencias a lo largo de la traza en lo que respecta al desarme, retiro, clasificación y transporte de vías y otros materiales en Pasos a Nivel y vías sobre puentes, puentes metálicos a retirar y su traslado a los sitios de acopio; avance ejecución planeado 100,00%, avance informado por GRUPO VIA CENTRAL S.A. 100,00%, avance ejecución validado 98,81%;

**18.3)** Rubro 3 “Movimiento de suelos”: Rubro 3A+ 3B “Movimiento de suelos por mejora de trazado y ampliación de desvíos”: avance ejecución planeado 72,10%, avance informado por GRUPO VIA CENTRAL S.A. 53,95%, avance ejecución validado 39,64%;

**18.4)** Rubro 5 “Suministros” sin observaciones. Rubro 5A “Suministro de Durmientes de Hormigón c/Sujeción Elástica”: avance ejecución planeado 23,0%, avance informado por GRUPO VIA CENTRAL S.A. 8,27%, avance ejecución validado 8,27%. Rubro 5C “Suministro de Rieles”: avance ejecución planeado 100,00%, avance informado por GRUPO VIA CENTRAL S.A. 100,00%, avance ejecución validado 100,00%;

**18.5)** Rubro 7 “Colocación de Balasto”: *“si bien no existe una apertura para este Ítem, a los efectos de validar avances en el Anexo 5 se entiende adecuado asumir una parte proporcional para el suministro”*. Rubro 7A “Suministro, transporte y colocación de balasto”: avance ejecución planeado 0,00%, avance informado por GRUPO VIA CENTRAL S.A. 10,51%, avance ejecución validado 5,35%;

**18.6)** Rubro 9 “Puentes y Alcantarillas”: *“...solo resulta posible validar a los fines de la medición del avance de las obras aquellos que dispongan de su proyecto ejecutivo y procedimiento constructivo mediante aprobación y sin observaciones, y documentación de calidad completa. A la fecha no hay puentes que reúnan estas condiciones”*. Respecto a las alcantarillas continua la construcción de estas estructuras en todos los tramos, aunque la cantidad relevante de las mismas no cuenta con su ingeniería ejecutiva aprobada. Finalmente, y debido a las consideraciones anteriores, el avance físico constatable resulta ser: avance ejecución planeado 9,15%, avance informado por GRUPO VIA CENTRAL S.A. 6,92%, avance ejecución validado 0.68%;

**18.7)** Rubro 10 “Señalización”: avance ejecución planeado 30,72%, avance informado por GRUPO VIA CENTRAL S.A. 22,61%, avance ejecución validado 0%;

**18.8)** Rubro 11 “Pasos a Nivel”: solo se ha verificado el desarme de algunos pasos a nivel, resultando, avance ejecución planeado 0,19%, avance informado por GRUPO VIA CENTRAL S.A. 7,79%, avance ejecución validado 0,00%;

**18.9)** “Servicios Afectados”, este Ítem *“si bien es informado por la Sociedad Contratista no se encuentra incluidos como rubro discriminado en el Anexo 5- Concepto de Inversión”*, su avance no tiene incidencia en el cronograma contractual de avance, solo se indica a los efectos informativos: avance informado por GRUPO VIA CENTRAL S.A. 28,24%, avance ejecución medido 28,24%;

**19)** que del Anexo IV “Avance de los proyectos ejecutivos de las Estructuras - octubre 2020 – contrato GVC/CCFC” surge que:

**19.1)** el total de los proyectos del contrato “PPP” son 129, 55 sin objeciones y 74 observados;

**19.2)** que las observaciones se resumen en 4 categorías que persisten respecto a los proyectos pendientes: a) incumplimiento del Pliego/Oferta, Documentos Faltantes, b) observaciones estructurales (cargas, combinaciones, modelos, comprobaciones), c) encaje geométrico e incompatibilidades con otras disciplinas (proyectos de trazado e hidráulica) y d) información geotécnica insuficiente;

**19.3)** que de los 74 proyectos observados, 18 se encuentran a estudio de la Supervisión y 56 pendientes de respuesta de GRUPO VIA CENTRAL S.A.;

**20)** que el Comité de Dirección Ferrocarril Central con fecha 10 de diciembre de 2020, analizando el Informe de la Corporación Ferroviaria del Uruguay actuando ésta como Supervisión del Contrato, concluye que la solicitud de la empresa encuadra en la previsión contractual, siendo acorde al avance validado de las obras del Proyecto “PPP” Ferrocarril Central a dicha fecha. En cuanto a las observaciones que se enumeran a subsanar, se concluye que *“importa al avance del proyecto...aquellas que son parte del Proyecto Ejecutivo sean levantadas dentro de los próximos 60 días y las que se corresponden con el avance de obras por rubro en un plazo no mayor a 120 días”*. Asimismo, en atención al interés general de impulsar el avance de la obra y no generar atrasos administrativos se informa que, *“no se encuentran objeciones para cumplir con lo solicitado por GRUPO VIA CENTRAL con respecto al pago de adelanto financiero a cuenta del PPD, siempre y cuando dicha empresa reconozca de forma y previamente, las observaciones formuladas y se comprometa a subsanar las mismas dentro de los plazos señalados”*;

**21)** que la Directora de la Dirección General de Secretaría de la Unidad de Proyectos de Participación Público- Privada, con fecha 18 de diciembre de 2020 informa –entre otros aspectos - que:

**21.1)** en cuando a la solicitud de que se haga efectivo el pago del segundo adelanto a cuenta del Pago por Disponibilidad (PPD), establecido en la Cláusula 8.1 del Contrato de Participación Público-Privada (PPP), señala como consideraciones de hecho y de derecho lo previsto en el artículo 39 de la Ley No. 18.786 (Competencia de Control) y los artículos 66 y 68 del Decreto reglamentario No. 017/012 de fecha 2012;

**21.2)** desde el 10 de diciembre de 2020 se encuentra vencido el plazo para el envío del informe semestral correspondiente al periodo mayo 2020 - octubre 2020; no siendo posible desde el mes de marzo de 2020 mantener reuniones con el equipo de Supervisión de Obra, descontinuándose las reuniones con el Comité de Dirección y/o Órgano de Control del Ministerio de Transporte y Obras Públicas;

**21.3)** durante el transcurso de la etapa de construcción se han identificado elementos que *“provocarían un sobre-plazo de una magnitud de relevancia teniendo en cuenta el plazo total previsto para la ejecución de obras iniciales del proyecto”*. En nota de fecha 7 de agosto de 2020, la Contratista GRUPO VIA CENTRAL S.A expresa que serán necesarios 18 meses adicionales para desarrollar las obras iniciales del proyecto;

**21.4)** debe tenerse presente que desde el mes de julio de 2020, el Fideicomiso Financiero Ferrocarril Central (CAFAM) ha suspendido los desembolsos al proyecto, ello debido al surgimiento de los sobrecostos y a los retrasos en el cumplimiento de los hitos de construcción;

**21.5)** que el pago del adelanto financiero solicitado se encuentra condicionado al cumplimiento de lo establecido en la cláusula 8.1 del Contrato de PPP: *“La ejecución efectiva de este adelanto por parte de la Administración Contratante está condicionada por el cumplimiento del mencionado cronograma de obra acordado y por la obtención del Cierre Financiero Definitivo. En caso que el*

*cumplimiento no se verifique de acuerdo a lo previsto por causas atribuibles a la Sociedad Contratista, el adelanto quedará suspendido hasta tanto no se verifiquen ambos cumplimientos”;*

**21.6)** en el marco de sus competencias, se dictamina: *“sí bien el proyecto muestra relativos avances, existen numerosas dificultades que aún no han sido resueltas o formalizadas, algunas de las cuales podrían generar un fuerte impacto fiscal...”* Asimismo, solicita a la Señora Ministro de Economía y Finanzas que inste al Ministerio de Transporte y Obras Públicas a retomar la periodicidad de las reuniones de seguimiento, remitiendo el informe semestral correspondiente, dando respuesta urgente al referido Informe, *“expresando que en estas condiciones no procede el pago del adelanto financiero solicitado”;*

**22)** que la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Secretaría del Ministerio de Economía y Finanzas con fecha 18 de diciembre de 2020 informa que:

**22.1)** se discrepa con la conclusión arribada por la Corporación Ferroviaria del Uruguay, en donde se desprende que: *“... la solicitud de la empresa encuadra en la previsión contractual...”*; puesto que surge la existencia de observaciones pendientes de subsanar del Proyecto Ejecutivo, así como deficiencias en el cronograma presentado por la Contratista y la imposibilidad de avalar avances físicos, lo que ameritó la emisión de no conformidades, validándose finalmente solo el 24,1% lo que significa un cumplimiento total de 59% de las tareas planificadas;

**22.2)** el tenor de las observaciones aun no resueltas puede tener un *“fuerte impacto fiscal”*, según informa la Unidad de Proyectos de Participación Público Privada, por lo que se concluye que la solicitud de GRUPO VIAL CENTRAL no encuadra en la previsión contractual, ni es acorde al avance de obra:

**22.3)** en definitiva y *“aun cuando se comparte el interés general invocado por el MTOP, debe concluirse que el pago solicitado – dado la situación antes descrita- no encuentra respaldo contractual, salvo que las partes procedan de*

*conformidad con lo acordado por ellas en la Cláusula 20.3 del Contrato, es decir, acuerden una modificación del contrato”;*

**23)** que se adjunta Proyecto de Modificación del Contrato de Participación Público Privada, correspondiente al Proyecto Ferrocarril Central, el que fuere suscripto con fecha 10 de mayo de 2019 entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (parte contratante) y el GRUPO VIA CENTRAL S.A (parte contratista) con el objeto de la Construcción, Rehabilitación y el Mantenimiento de la Infraestructura, Vía y Desvíos del tramo ferroviario Puerto de Montevideo-Estación Paso de los Toros, además de la financiación. Asimismo, se prevé en el numeral III -“Prelación de los Documentos”- de dicho borrador que: *“Las partes declaran que la Modificación de Contrato, tendrá carácter contractual y en caso de existir contradicción en sus términos con cualquier otro documento, la presente Modificación de Contrato tendrá preferencia respecto de ellos...”*

**24)** que conforme al Proyecto que se adjunta, las partes acuerdan hacer uso de la facultad prevista en la Cláusula 20.3 del contrato (modificación de común acuerdo) para modificar el alcance del contenido de la Cláusula 8.1., la que quedará redactada de la siguiente forma: *“8.1 Antes de la Puesta en Servicio de la Infraestructura: En la fase de Construcción y rehabilitación de la Infraestructura, la Administración contratante realizará un adelanto a cuenta del PPD que estará determinado de la siguiente forma:*

*-U\$S 30:000.000 (treinta millones de dólares estadounidenses) en el mes doce del cronograma de obra acordado.*

*- U\$S 30:000.000 (treinta millones de dólares estadounidenses) en el mes dieciocho de cronograma de obra acordado.*

*La ejecución efectiva de este adelanto por parte de la Administración contratante será condicionada por el cumplimiento del mencionado cronograma de obra acordada y por la obtención del Cierre financiero definitivo.*

*En caso que el cumplimiento no se verifique de acuerdo a lo previsto, por causas atribuibles a la Sociedad Contratista, la Administración Contratante podrá suspender el adelanto hasta tanto no se verifiquen ambos cumplimientos o en su caso podrá proceder a abonar el adelanto en forma proporcional al avance de obra real obtenido desde el mes 12 o 18 según correspondiere, y hasta la fecha en que se alcance el avance de obra previsto originalmente.*

*En caso que el cumplimiento no se verifique de acuerdo a lo previsto por demoras atribuibles a la Administración contratante, el adelanto se ejecutará en tramos proporcionales al avance de obra real obtenido desde el mes doce o dieciocho, según correspondiera, y hasta la fecha en que se alcance el avance de obra previsto originalmente.*

*El mencionado adelanto financiero deberá ser restado linealmente a los PPD durante todo el plazo del contrato.*

*La Sociedad Contratista entregará a la Supervisión de Contrato, dentro de los primeros 5 días hábiles de cada mes, una relación de las actividades concluidas en el mes anterior, detallando el nivel de avance físico para cada rubro del Documento 2.1. Anexo 5- Base de la Oferta Económica Adjudicada.*

*El rubro 5 Suministros formará parte del avance físico una vez que los mismos hayan llegado correctamente a la zona de depósito acordada con la Supervisión del Contrato y hayan sido aprobadas por esta. La Supervisión de Contrato, en un plazo de 10 días hábiles, aprobará o solicitará las modificaciones que entienda correspondan en el avance físico de la obra y dejará constancia en un Acta.*

*En el Acta referida se dejará constancia de defectos que se hubieren constatando y que no sean subsanados atribuibles a la Sociedad Contratista, que impliquen una reducción en las prestaciones contratadas, por los cuales se reconocerá un costo en la ejecución de las obras menor al que establecida la Oferta”;*

**25)** que remitida la modificación pretendida a la Unidad de Proyectos de Participación Pública-Privada, su Dirección con fecha 22 de diciembre de 2020 informa que:

**25.1)** deberá tenerse presente lo dictaminado por dicha Unidad (Resultando 23.6) así como lo informado por la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Secretaría del Ministerio de Economía y Finanzas (Resultando 24.3), en ambos casos el 18 de diciembre de 2020;

**25.2)** en mérito de lo expuesto, la Unidad de Participación Público Privada en el marco de sus competencias y de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley No. 18.786 de fecha 19 de julio de 2011, artículo 72 del Decreto No. 17/012 de fecha 26 de enero de 2012 en la redacción dada por el artículo 3° del Decreto No. 251/015 de fecha 14 de setiembre de 2015; no tiene objeciones que formular al Proyecto de Modificación del Contrato de Participación Pública-Privada;

**25.3)** asimismo, sin perjuicio de lo cual sugiere al Ministerio efectuar un ajuste a la redacción especificando en forma más clara, *“la forma y la oportunidad en cómo se procederá a efectuar el pago del saldo restante del adelanto mencionado”*, en lo expuesto en el siguiente párrafo: *“...o en su caso podrá proceder a abonar el adelanto en forma proporcional al avance de obra real obtenido desde el mes 12 o 18 según correspondiere, y hasta la fecha en que se alcance el avance de obra previsto originalmente...”*,

**26)** que el Director de Servicios Jurídicos de la Dirección General de Secretaría del Ministerio de Economía y Finanzas, con fecha 23 de diciembre de 2020, analizada la cláusula objeto de modificación no tiene observaciones de carácter jurídico que realizar, sin perjuicio estima conveniente la sugerencia efectuada en el informe precedente;

**27)** que por Nota No. 107/A/2020 de fecha 23 de diciembre de 2020, el Director de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, en respuesta a la solicitud de modificación del contrato del Proyecto recibida con fecha 23 de diciembre expresa: *“cúpleme adjuntar el informe correspondiente*

*en cumplimiento con lo establecido en el artículo 47 de la Ley No. 18.786 y el artículo 71 del Decreto No. 17/012 y sus modificativos”;*

**CONSIDERANDO: 1)** *que el artículo 47 de la Ley No. 18.796 establece: “Modificaciones del contrato por la Administración. El Contrato de Participación Público-Privada podrá reconocer la potestad de la Administración contratante de modificar el contrato, estipulándose los aspectos concretos del contrato susceptibles de tal modificación, las contraprestaciones que en su caso correspondan, así como el monto máximo de la inversión adicional que las modificaciones podrán requerir y el plazo dentro del cual la potestad podrá ser ejercida. Pactada que sea la potestad referida en el inciso anterior, la Administración Pública contratante -previo informe de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, del Ministerio de Economía y Finanzas e intervención del Tribunal de Cuentas- podrá proceder a la modificación de las características o la cuantía de las obras o de los servicios contratados, para mejorar o incrementar los niveles de servicios o estándares técnicos establecidos en los pliegos de condiciones y en el contrato, o por otras razones de interés público debidamente fundadas, sin afectar con ello las condiciones sustanciales del contrato...” Por su parte el artículo 48 de la Ley citada dispone: “(Modificaciones previstas en el contrato). El Contrato de Participación Público-Privada podrá establecer condiciones, cumplidas las cuales las partes podrán acordar su revisión. Podrán asimismo estipular los aspectos del contrato alcanzados por ella y prever soluciones entre las cuales podrán optar al modificar el contrato, el monto máximo de la inversión adicional que las modificaciones podrán requerir y el plazo dentro del cual la revisión podrá acordarse...”;*

**2)** *que asimismo, el Decreto reglamentario de la Ley anteriormente referida establece: artículo 71 “Modificación del contrato por la Administración Pública”: “El Contrato de Participación Público-Privada podrá reconocer la potestad de la Administración Pública contratante de modificar el contrato, estipulándose los aspectos concretos del contrato susceptible de tal*

*modificación, las contraprestaciones que en su caso correspondan, así como el monto máximo de la inversión adicional que las modificaciones podrán requerir y el plazo dentro del cual la potestad podrá ser ejercida... La modificación del contrato no podrá realizarse sin el pronunciamiento previo de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas...” y artículo 72: “Modificación bilateral del contrato”: “El Contrato de Participación Público-Privada podrá establecer condiciones, cumplidas las cuales las partes podrán, de común acuerdo, acordar su revisión... Pactada que fuera la posibilidad de modificar el contrato podrán, asimismo, estipularse los aspectos del contrato que podrán ser objeto de modificación e, incluso, las soluciones entre las cuales podrán optar las partes al modificar el contrato, el monto máximo de la inversión adicional que las modificaciones podrán requerir y el plazo dentro del cual la revisión podrá acordarse.”;*

**3)** que a su vez la Cláusula 20.3 del Contrato suscrito, al hacer referencia a las “Modificaciones de Común Acuerdo” - entre otras consideraciones- preceptúa: *“Transcurridos doce (12) meses desde la celebración del presente contrato la Sociedad Contratista y la Administración Contratante podrán acordar la modificación de las características o la cuantía de las obras o de los servicios objeto del contrato. La modificación del contrato no podrá realizarse sin el pronunciamiento previo de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas. Se define como obra o servicio nuevo o extraordinario aquella obra o aquel servicio que no fue posible prever en el contrato inicial, y por lo tanto no figura en forma explícita, ni puede desprenderse implícitamente de los documentos contractuales, pero que posteriormente se considera indispensable y complementaria de la obra o del servicio que se contrató inicialmente. También comprende la obra o servicio que la Administración Contratante solicite y esté relacionada con la materia del contrato, y que afecte a un sector de vía distinto al originalmente contratado... Los plazos para las obras o servicios nuevos serán acordados por las partes en base a las características propias de los*

*nuevos proyectos. En cualquier caso, cualquier aumento o disminución de los costos del precio del contrato deberá materializarse en una modificación contractual suscripta por las partes. La compensación económica que corresponda otorgar a la Sociedad Contratista por los costos incurridos como consecuencia de la modificación contractual acordada por las partes, será en base a un aumento del Pago por Disponibilidad (PPD) en aquellas modificaciones producidas con anterioridad a la puesta en servicio de la infraestructura. Asimismo, podrá acordarse un aumento del plazo contractual para la etapa de rehabilitación y su correspondiente aumento al plazo total del contrato...”;*

**4)** *que la Cláusula 8.1 que se proyecta modificar expresa: “En la fase de Construcción y rehabilitación de la Infraestructura, la Administración contratante realizará un adelanto a cuenta del PPD que estará determinado de la siguiente forma: -U\$S 30:000.000 (treinta millones de dólares estadounidenses) en el mes 12 del cronograma de obra acordado. - U\$S 30:000.000 (treinta millones de dólares estadounidenses) en el mes 18 de cronograma de obra acordado. La ejecución efectiva de este adelanto por parte de la Administración contratante será condicionada por el cumplimiento del mencionado cronograma de obra acordado y por la obtención del Cierre financiero definitivo. En caso que el cumplimiento no se verifique de acuerdo a lo previsto el adelanto quedará suspendido hasta tanto no se verifique ambos cumplimientos. El mencionado adelanto financiero deberá ser restado linealmente a los PPD durante todo el plazo del contrato. La Sociedad Contratista entregará a la Supervisión de Contrato, dentro de los primeros 5 días hábiles de cada mes, una relación de las actividades concluidas en el mes anterior, detallando el nivel de avance físico para cada rubro. La Supervisión de Contrato, en un plazo de 10 días hábiles, aprobará o solicitará las modificaciones que entienda correspondan en el avance físico de la obra y dejará constancia en un Acta. En el Acta referida se dejará constancia de defectos que se hubieren constatando y que no sean subsanados, atribuibles a*

*la Sociedad Contratista, que impliquen una reducción en las prestaciones contratadas, por los cuales se reconocerá un costo en la ejecución de las obras menor al que establecida la Oferta”; quedando redactada con la modificación introducida tal como se transcribe en el Resultando 26);*

**5)** que tanto la Unidad de Participación Público Privada del Ministerio de Economía y Finanzas como la Asesoría Letrada de la Dirección General de Secretaría de dicho Ministerio informaron que no tienen objeciones que formular al proyecto de modificación contractual de referencia (Resultandos 25.2 y 26);

**6)** que consta asimismo que la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, de acuerdo a lo informado por su Unidad de Evaluación y Seguimiento de Contratos PPP, no formuló objeciones a la modificación contractual propuesta;

**7)** que las partes están habilitadas para acordar la modificación contractual proyectada en mérito a que la modificación del contrato de participación público-privada por mutuo acuerdo es una facultad que la Ley N° 18.786 reconoce tienen las partes otorgantes, posibilidad que éstas por otra parte previeron expresamente en el contrato; sin perjuicio de considerar además que la modificación propuesta en tanto conviene al interés general, según lo ha expresado el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, puede hacerse conforme a los principios generales del derecho y en especial los que rigen la contratación administrativa;

**ATENTO:** a lo precedentemente expuesto y a lo establecido en el artículo 211 literal B) de la Constitución de la República;

#### **EL TRIBUNAL ACUERDA**

- 1)** No formular observaciones al proyecto de modificación del contrato de participación público privada remitido;
- 2)** Cometer al Contador Auditor la intervención del gasto emergente, previa verificación de la suscripción por las partes de la modificación contractual

remitida, y de su imputación con cargo a Grupo adecuado con disponibilidad suficiente;

**3)** Comunicar al Contador Auditor; y

**4)** Oficiar al Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

aa

**CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DE LA MINISTRA**

**CRA. DIANA MARCOS:** Adhiero en todos sus términos los argumentos expuestos en el fundamento de voto discordante del Ministro Ing. Miguel Aumento, relacionado con la “Modificación del Contrato de Participación Público Privada – Proyecto Ferrocarril Central”, en el marco del Proyecto “Ferrocarril Central del Uruguay” – Licitación Pública Internacional N° 35/2017.

**CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DEL MINISTRO**

**ING. MIGUEL AUMENTO:** He votado en forma discordante la Resolución recaída en este expediente, en tanto discrepo con la posición de la mayoría del Tribunal de Cuentas, tal como se dirá seguidamente.

En efecto, en lo sustancial, comparto la argumentación de los Servicios Jurídicos de este Tribunal, que han recomendado observar la modificación contractual a suscribirse, dado que la cláusula 8.1 proyectada no encuadra en la casuística prevista en la cláusula 20.3 del Contrato vigente para proceder a una modificación de común acuerdo, afectando condiciones sustanciales del mismo.

En dicha oportunidad, dichos servicios agregaron que no se puede soslayar lo manifestado por la Dirección de la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada del MEF (Resultando 21) y por la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Secretaría de ese mismo Ministerio (Resultando 22). A su vez, no se puede dejar de tener presente las contradicciones entre las diferentes dependencias técnicas del MTOP y del MEF, así como la supuesta ausencia de reuniones que hacen al MEF con el equipo de supervisión de obra desde marzo 2020 y también, en los últimos meses, con el Comité de Dirección en la órbita del MTOP. El propio Tribunal de Cuentas recoge estas cuestiones en los Resultandos 21.2) y 21.6) de su dictamen.

Con la salvedad nada menor que este Tribunal desconoce la argumentación del Contratista sobre las demoras constatadas (dado que la misma no consta en los obrados remitidos), de los mismos sí surge claro las conclusiones de sendos informes técnicos que sostienen la responsabilidad exclusiva del Contratista y no de la Administración Contratante, incluso si se introduce la variable de la gestión de las expropiaciones. En ese sentido, el Contratante pretende no hacer uso de lo estipulado a esos efectos en la cláusula 8.1, suscribiendo una modificación de la misma, obteniendo así la facultad de suspender el pago del adelanto o de abonarlo en forma proporcional al avance de obra real. No cabe duda que dicha cláusula hace al régimen económico financiero del contrato, en lo que hace a la fase anterior a la puesta en servicio de la infraestructura, y por tanto es parte sustancial del mismo.

Hay que consignar que tanto la Ley 18.786 como su Decreto Reglamentario posibilitan la modificación bilateral en tanto el contrato lo haya establecido. El Contrato vigente así lo previó (Cláusula 20.3) pero a los efectos de acordar modificaciones a las características o cuantía de las obras o servicios. Basta con detenerse en su tenor para concluir, expresa o contextualmente, que ese fue el único propósito de la misma. Cabe agregar que la renegociación contractual no es posible en tanto la cláusula 20.4 prohíbe al Contratante solicitar o aceptar solicitudes de renegociación antes de la fecha de puesta en servicio de la infraestructura (con independencia de que las hipótesis para la renegociación que allí se establecieron se hubieran configurado, lo que no nos consta).

Por tanto, la modificación contractual que nos ocupa solo puede darse desde una interpretación extensiva o forzada de la cláusula 20.3, en donde expresa que, por razones de interés público debidamente fundadas pero sin afectar condiciones sustanciales del contrato, la modificación puede darse. Pero aquí la Administración Contratante no ha cumplido con los aspectos reseñados.

Como se comprenderá, el hecho que el Comité de Dirección del Ferrocarril Central exprese como argumento para proceder con el pago que *“...En atención al interés general de impulsar el avance de la obra y no generar atrasos administrativos en el transcurso de esta etapa del Contrato y considerando las gestiones actuales para la entrega de los padrones que se requieren para la obra...”*; no puede verse en la especie como una fundamentación debidamente fundada por sí o a juzgar por el rigor que en esta materia el Tribunal de Cuentas una y otra vez ha pretendido. Además, dicho Comité -en la misma oportunidad- recomendó que se condicione el pago a un reconocimiento previo y formal del Contratista a subsanar las diversas observaciones en 60 días para las que hacen al proyecto ejecutivo y en 120 días para las de avance de obra.

Ahora bien, el Tribunal va más allá de todo esto a juzgar por lo expresado en su Considerando 7), consignando además que la pretendida modificación puede hacerse atendiendo a los principios generales del derecho y en especial los que rigen la contratación administrativa. Pero no menciona ninguno, salvo el interés general.

Cabe recordar aquí la vasta jurisprudencia del propio Tribunal en lo que hace a la materia, la cual afirma, sin lugar a duda alguna, que la modificación/renegociación de un contrato público puede producirse, sin perjuicio de lo cual resulta necesario para su procedencia, la configuración de los siguientes requisitos que operan como límites a la potestad modificatoria: i) Configuración de circunstancias objetivas; ii) No vulneración de normas y principios imperantes en materia de contratación administrativa y análisis de eventuales terceros afectados (v.gr. principio de concurrencia), y iii) Presencia y tutela del interés público. En mi opinión, la única de ellas que resulta obvia en este caso es la presencia del interés público (la tutela es otra cuestión). Como se ve, la conclusión del Tribunal carece de fundamentación suficiente.

Por último, cabe señalar algunos otros aspectos sobre el asunto que nos ocupa.

En primer término, no parece relevante que no se haya formalmente recogido la aceptación del Contratista a esta modificación contractual con carácter previo a la consideración de este Tribunal. Pero no se puede evitar de señalar que ninguna modificación contractual aplica si no se cuenta con el acuerdo expreso de los acreedores prendarios o cesionarios en garantía (Cláusula 20.3 del Contrato “Modificaciones de Común Acuerdo”, Inciso segundo). No consta que esto se haya configurado, y por tanto, el Tribunal debió necesariamente cometer esta verificación previa.

En segundo término, la cláusula contractual que se pretende modificar no luce clara. Y esto es compartido por la propia Dirección de la Unidad de Proyectos de Participación Pública-Privada y por el Director de los Servicios Jurídicos de la Dirección General de Secretaría del MEF. Dicha recomendación no ha sido recogida aún. Ella no solo es de interés de las partes sino también del Tribunal de Cuentas, en el sentido que no se puede cometer al Contador Auditor la intervención del gasto emergente (Acuerda 2 de la Resolución del Tribunal) sin establecer la forma y oportunidad que se puede proceder al pago del saldo restante del adelanto; máxime cuando el Tribunal ya había cometido la intervención del gasto en los términos dados a la Cláusula 8.1 originaria (Resultando 12 de esta Resolución).

En tercer término, tampoco se ha analizado que en realidad la modificación contractual retrotrae sus efectos a acontecimientos puntuales (mes 12 - 9 de mayo de 2020 o mes 18 - 9 de noviembre de 2020 desde la suscripción del Contrato) que resultan obviamente anteriores a la fecha de la nueva suscripción y también a la remisión de los antecedentes a este Tribunal.-

## **CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DEL MINISTRO**

**EC. HUBERT ARBILDI:** En la sesión acompañe la argumentación y fundamentación del voto dada por el Ministro Miguel Aumento y hago mía la argumentación de su voto discorde, a saber:

He votado en forma discorde la Resolución recaída en este expediente, en tanto discrepo con la posición de la mayoría del Tribunal de Cuentas, tal como se dirá seguidamente.

En efecto, en lo sustancial, comparto la argumentación de los Servicios Jurídicos de este Tribunal, que han recomendado observar la modificación contractual a suscribirse, dado que la cláusula 8.1 proyectada no encuadra en la casuística prevista en la cláusula 20.3 del Contrato vigente para proceder a una modificación de común acuerdo, afectando condiciones sustanciales del mismo.

En dicha oportunidad, dichos servicios agregaron que no se puede soslayar lo manifestado por la Dirección de la Unidad de Proyectos de Participación Público-Privada del MEF (Resultando 21) y por la Asesoría Jurídica de la Dirección General de Secretaría de ese mismo Ministerio (Resultando 22). A su vez, no se puede dejar de tener presente las contradicciones entre las diferentes dependencias técnicas del MTOP y del MEF, así como la supuesta ausencia de reuniones que hacen al MEF con el equipo de supervisión de obra desde marzo 2020 y también, en los últimos meses, con el Comité de Dirección en la órbita del MTOP. El propio Tribunal de Cuentas recoge estas cuestiones en los Resultandos 21.2) y 21.6) de su dictamen.

Con la salvedad nada menor que este Tribunal desconoce la argumentación del Contratista sobre las demoras constatadas (dado que la misma no consta en los obrados remitidos), de los mismos sí surge claro las conclusiones de sendos informes técnicos que sostienen la responsabilidad exclusiva del Contratista y no de la Administración Contratante, incluso si se introduce la variable de la gestión de las expropiaciones. En ese sentido, el Contratante pretende no hacer uso de lo estipulado a esos efectos en la cláusula 8.1,

suscribiendo una modificación de la misma, obteniendo así la facultad de suspender el pago del adelanto o de abonarlo en forma proporcional al avance de obra real. No cabe duda que dicha cláusula hace al régimen económico financiero del contrato, en lo que hace a la fase anterior a la puesta en servicio de la infraestructura, y por tanto es parte sustancial del mismo.

Hay que consignar que tanto la Ley 18.786 como su Decreto Reglamentario posibilitan la modificación bilateral en tanto el contrato lo haya establecido. El Contrato vigente así lo previó (Cláusula 20.3) pero a los efectos de acordar modificaciones a las características o cuantía de las obras o servicios. Basta con detenerse en su tenor para concluir, expresa o contextualmente, que ese fue el único propósito de la misma. Cabe agregar que la renegociación contractual no es posible en tanto la cláusula 20.4 prohíbe al Contratante solicitar o aceptar solicitudes de renegociación antes de la fecha de puesta en servicio de la infraestructura (con independencia de que las hipótesis para la renegociación que allí se establecieron se hubieran configurado, lo que no nos consta).

Por tanto, la modificación contractual que nos ocupa solo puede darse desde una interpretación extensiva o forzada de la cláusula 20.3, en donde expresa que, por razones de interés público debidamente fundadas pero sin afectar condiciones sustanciales del contrato, la modificación puede darse. Pero aquí la Administración Contratante no ha cumplido con los aspectos reseñados.

Como se comprenderá, el hecho que el Comité de Dirección del Ferrocarril Central exprese como argumento para proceder con el pago que “...*En atención al interés general de impulsar el avance de la obra y no generar atrasos administrativos en el transcurso de esta etapa del Contrato y considerando las gestiones actuales para la entrega de los padrones que se requieren para la obra...*”; no puede verse en la especie como una fundamentación debidamente fundada por sí o a juzgar por el rigor que en esta materia el Tribunal de Cuentas una y otra vez ha pretendido. Además, dicho

Comité -en la misma oportunidad- recomendó que se condicione el pago a un reconocimiento previo y formal del Contratista a subsanar las diversas observaciones en 60 días para las que hacen al proyecto ejecutivo y en 120 días para las de avance de obra.

Ahora bien, el Tribunal va más allá de todo esto a juzgar por lo expresado en su Considerando 7), consignando además que la pretendida modificación puede hacerse atendiendo a los principios generales del derecho y en especial los que rigen la contratación administrativa. Pero no menciona ninguno, salvo el interés general.

Cabe recordar aquí la vasta jurisprudencia del propio Tribunal en lo que hace a la materia, la cual afirma, sin lugar a duda alguna, que la modificación/renegociación de un contrato público puede producirse, sin perjuicio de lo cual resulta necesario para su procedencia, la configuración de los siguientes requisitos que operan como límites a la potestad modificatoria: i) Configuración de circunstancias objetivas; ii) No vulneración de normas y principios imperantes en materia de contratación administrativa y análisis de eventuales terceros afectados (v.gr. principio de concurrencia), y iii) Presencia y tutela del interés público. En mi opinión, la única de ellas que resulta obvia en este caso es la presencia del interés público (la tutela es otra cuestión). Como se ve, la conclusión del Tribunal carece de fundamentación suficiente.

Por último, cabe señalar algunos otros aspectos sobre el asunto que nos ocupa.

En primer término, no parece relevante que no se haya formalmente recogido la aceptación del Contratista a esta modificación contractual con carácter previo a la consideración de este Tribunal. Pero no se puede evitar de señalar que ninguna modificación contractual aplica si no se cuenta con el acuerdo expreso de los acreedores prendarios o cesionarios en garantía (Cláusula 20.3 del Contrato “Modificaciones de Común Acuerdo”, Inciso segundo). No consta que esto se haya configurado, y por tanto, el Tribunal debió necesariamente cometer esta verificación previa.

En segundo término, la cláusula contractual que se pretende modificar no luce clara. Y esto es compartido por la propia Dirección de la Unidad de Proyectos de Participación Pública-Privada y por el Director de los Servicios Jurídicos de la Dirección General de Secretaría del MEF. Dicha recomendación no ha sido recogida aún. Ella no solo es de interés de las partes sino también del Tribunal de Cuentas, en el sentido que no se puede cometer al Contador Auditor la intervención del gasto emergente (Acuerda 2 de la Resolución del Tribunal) sin establecer la forma y oportunidad que se puede proceder al pago del saldo restante del adelanto; máxime cuando el Tribunal ya había cometido la intervención del gasto en los términos dados a la Cláusula 8.1 originaria (Resultando 12 de esta Resolución).

En tercer término, tampoco se ha analizado que en realidad la modificación contractual retrotrae sus efectos a acontecimientos puntuales (mes 12 - 9 de mayo de 2020 o mes 18 - 9 de noviembre de 2020 desde la suscripción del Contrato) que resultan obviamente anteriores a la fecha de la nueva suscripción y también a la remisión de los antecedentes a este Tribunal.- “

Por lo expuesto mi voto es disconforme en este asunto.