

RES. 153/2021

**RESOLUCION ADOPTADA POR EL
TRIBUNAL DE CUENTAS**

EN SESION DE FECHA 27 DE ENERO DE 2021

(E. E. N° 2021-17-1-0000407, Ent. N° 314/2021)

VISTO: el Proyecto de Resolución remitido por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTOP), relacionado con el “Contrato de Participación Público Privada-Proyecto Ferrocarril Central”;

RESULTANDO: 1) que dicho contrato fue suscrito entre el MTOP y Grupo Vía Central S.A. el 10 de mayo de 2019;

2) que se señala que a la fecha existen obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, relativas, en caso del Estado, la puesta a disposición de la totalidad de la zona de obras y, de parte de parte de Grupo Vía Central S.A., levantar las observaciones al Proyecto Ejecutivo realizadas por el Comité de Dirección Ferrocarril Central del MTOP y cumplir con el cronograma de obras contractualmente previsto;

3) que asimismo se señala que, de acuerdo a lo establecido en la cláusula 8.1 del Contrato, la ejecución efectiva del adelanto de financiación por parte de la Administración contratante está condicionada al cumplimiento del cronograma de obra acordado y por la obtención del Cierre Financiero Definitivo;

4) que Grupo Vía Central S.A. manifestó que no se encontraba en condiciones de consentir la modificación bilateral del contrato al que alude los expedientes del MTOP 2020-10-1-0005141 y 2021-10-1-0000226, pero, que , no obstante mantenía si voluntad de seguir adelante con la ejecución del contrato, así como de cumplir con sus obligaciones y las obras correspondientes y abrir un ámbito de negociación a efectos de subsanar las observaciones técnicas efectuadas por las oficinas de supervisión del MTOP;

5) que se señala asimismo en el Proyecto remitido que es de sumo interés y conveniencia para el Estado la ejecución del contrato de referencia, en tanto la interrupción de las obras objeto de este proyecto, no solo impactan en el mismo, sino en otros proyectos y contrataciones de las que la República Oriental del Uruguay es parte obligada;

6) que se expresa que existe una serie de observaciones realizadas al Proyecto Ejecutivo pendientes de subsanar por parte de Grupo Vía Central S.A. y, a su vez, los plazos previstos para cumplir con las expropiaciones y el movimiento de tierras fueron insuficientes;

7) que, por tanto, estima que procede efectuar un adelanto parcial, proporcional al porcentaje de cumplimiento del cronograma de obra acordado, por la suma de U\$S 18:000:000 a Grupo Vía Central S.A. por concepto de adelanto financiero a cuenta del pago por disponibilidad (PPD) previsto en la cláusula 8.1 del Contrato y evitar, de esta forma, una eventual suspensión de las obras o interrupción del proyecto;

8) que se fundamenta la resolución en el principio general de Derecho de la buena fe, reconocido en la Constitución de la República y en el artículo 1291 del Código Civil, aplicable a la contratación administrativa;

CONSIDERANDO: que, teniendo en cuenta que, según lo ha expresado el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, existen razones de interés general y que hubo incumplimientos por ambas partes (Resultando 6), y conforme a los principios generales del derecho y en especial los que rigen la contratación administrativa, el de adelanto financiero proyectado no merece observaciones del punto de vista legal;

ATENTO: a lo expresado y a lo dispuesto en el literal B de la Constitución de la República;

EL TRIBUNAL ACUERDA

- 1) Dictada Resolución definitiva por el Ordenador competente, cométese al Contador Auditor en el Ministerio de Transporte y Obras Públicas la intervención del gasto de U\$S 18.000.000, previo control de su imputación a grupo adecuado con disponibilidad suficiente y de que la resolución definitiva concuerde con lo sometido a consideración de este Tribunal;
- 2) Comunicar al Contador Auditor; y
- 3) Devolver los antecedentes.

aa

CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DEL MINISTRO ING. MIGUEL AUMENTO:

He votado en discordia la resolución de este expediente, en tanto no comparto lo esgrimido por la mayoría del Tribunal de Cuentas en su Considerando único, que derivó en dictamen sin observación. En adelante, debe tenerse presente mi fundamento de voto disorde en ocasión de la Resolución de este Tribunal de Sesión del 13 de enero de 2021. En efecto, el pago por adelanto financiero proyectado no tiene asidero contractual ni legal. Debe recordarse el principio de eficacia vinculante de los contratos, según el cual los acuerdos de voluntades gozan de la misma imperatividad que la ley, extremo reflejado también en el artículo 1291 del Código Civil, que preceptúa que *“los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma”*.

Aquí la buena fe de las partes (Contratante y Contratista) no está siendo cuestionada, por supuesto. Pero lo que entiendo que no se puede sostener es basarse en el principio de buena fe para -en los hechos- proceder a una modificación/renegociación contractual que no permite ni el Contrato vigente, ni

la Ley 18.786 ni su Decreto Reglamentario. En la discordia de la Sesión del 13 de enero de 2021, ya se ha sostenido que las Cláusulas 20.4 y 20.3 no resultan aplicables a la cuestión que nos ocupa. En esta oportunidad, implícitamente se hace uso de lo estipulado en la Cláusula 20.2 (“Modificación del contrato por la Administración”) dado que de forma alguna la previsión de la Cláusula 8.1 habilita este pago. Dicha Cláusula 20.2 no ha determinado aspectos concretos del contrato susceptibles de la modificación pretendida. Por otro lado, se entiende que no se puede volver a una interpretación extensiva y forzada (ahora del artículo 47 de la Ley 18.786) para sostener una modificación contractual basada en razón de interés público y que no afecte condiciones sustanciales del Contrato. Sobre esto, ya nos hemos referido en la discordia del 13 de enero de 2021.

Por otra parte, no se puede soslayar que ahora el Contratante acepta parte de responsabilidad, cuando en el tratamiento del mismo asunto, dos semanas atrás, no lo explicitó. Más aún, dicha parte de responsabilidad atribuible al Contratante que se esgrime en esta oportunidad, contradice a los informes técnicos del propio MTOP y de distintas unidades del MEF que, en la primera ocasión, dejaron en claro que la gestión de las expropiaciones no era causa de las demoras ni del Proyecto Ejecutivo ni del avance de obra logrado contando al mes decimoséptimo.

Hay que detenerse en lo expresado en la Cláusula 8.1 del Contrato vigente. Allí, sin margen a duda, se estipuló la suspensión del pago por adelanto en caso de verificarse demoras atribuibles al Contratista. A su vez, se previó el pago en tramos proporcionales al avance real de obra en caso de demoras atribuibles al Contratante. Lo que no surge de esta previsión contractual es el pago proporcional al avance de obra real, para luego abrir un ámbito de negociación a efectos de subsanar las observaciones técnicas relevadas por los técnicos del MTOP sobre el Proyecto Ejecutivo y el avance de obra, dejando de lado, entre otros, cómo se procederá a los demás pagos parciales hasta la fecha en que se alcance el avance de obra previsto originalmente.

Ahora bien, el Tribunal va más allá de todo esto a juzgar por lo expresado en su Considerando único, “...teniendo en cuenta que, según lo ha expresado el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, existen razones de interés general y que hubo incumplimientos por ambas partes (Resultando 6), y conforme a los principios generales del derecho y en especial los que rigen la contratación administrativa, el de adelanto financiero proyectado no merece observaciones del punto de vista legal”.

Consigna que el adelanto financiero aplica por lo expresado por el Contratante y 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 nuevamente aquí la vasta jurisprudencia del propio Tribunal en lo que hace a la materia, la cual sostiene que la modificación/renegociación de un contrato público (dado que esto es lo que está realmente aconteciendo) 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 la debida fundamentación.

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

En primer término, insisto que aquí se configurará una modificación contractual por parte de la Administración. Y por tanto, resulta preceptivo el informe previo tanto del MEF como de la OPP, extremos que el Tribunal no ha cometido verificar. No se puede sostener que esta nueva acción ya fue avalada por ambas Instituciones, ante la no objeción de la aplicación de la Cláusula 20.3 de hace un par de semanas.

En segundo término, nuevamente no se ha analizado que en realidad la “modificación contractual” retrotrae sus efectos a un acontecimiento puntual (mes 18-9 de noviembre de 2020) que resultará anterior a la fecha de la autorización que nos ocupa y también a la remisión de los antecedentes a este Tribunal.-

CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DE LA MINISTRA CRA. DIANA MARCOS: Comparto en todos sus términos el fundamento de voto disorde del Ministro Ing. Miguel Aumento.

CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DEL MINISTRO CR. ENRIQUE CABRERA: He votado en discordia la resolución de este expediente, en tanto no comparto lo esgrimido por la mayoría del Tribunal de Cuentas en su Considerando único, que derivó en dictamen sin observación. En ese sentido comparto los fundamentos para este asunto del Ministro Miguel Aumento. Deberá tenerse presente los fundamentos del voto disorde para este expediente tratado en la Resolución de este Tribunal de Sesión del 13 de enero de 2021.