



TRIBUNAL DE CUENTAS

RES. 997/2021

RESOLUCION ADOPTADA POR EL

TRIBUNAL DE CUENTAS

EN SESION DE FECHA 19 DE MAYO DE 2021

(E. E. N° 2021-17-1-0001519, Ent. N°1211 /2021)

VISTO: las nuevas actuaciones remitidas por la Administración Nacional de Puertos (ANP), relacionadas con la rescisión del Contrato de Concesión N° 2002 suscrito entre dicha Administración y la empresa Varlix S.A., en el marco de la Contratación Directa N° D1/17, para la cesión de uso y explotación de espacio/s comercial/es, con destino a la instalación de una casa cambiaria en la Terminal de Pasajeros del Puerto de Colonia;

RESULTANDO: 1) que por Resolución de la Gerencia General de la ANP N° 251/2017 de fecha 04/07/17, se declaró frustrada la Licitación Abreviada N° 102/16 convocada a tales efectos, y se dispuso efectuar una contratación directa al amparo del Art. 33 literal C) Numeral 2) del TOCAF, con bases y especificaciones idénticas a las del procedimiento frustrado;

2) que por Resolución N° 57/3.910 de fecha 24/01/18, el Directorio del Ente dispuso adjudicar la Contratación Directa N° D1/17 -supeditado a la intervención preventiva de este Tribunal- a Varlix S.A., otorgando la cesión de uso del local 004, por un canon mensual de U\$S 32.500, por el plazo de 5 años, contados a partir de la firma del contrato, renovable automáticamente por períodos de un año y hasta un máximo de tres;

3) que este Tribunal, por Resolución N° 1167/18 adoptada en Sesión de fecha 04/04/18, acordó observar el procedimiento en razón de que:



TRIBUNAL DE CUENTAS

3.1) la causal invocada por la Administración para proceder a la contratación directa no encuadraba en la causal de excepción prevista por el artículo 33, literal C) numeral 2) del TOCAF), en razón de que ninguna de las hipótesis establecidas en la disposición se configuraban en este caso;

3.2) asimismo, el procedimiento de contratación directa no se realizó sobre bases y especificaciones idénticas a las del procedimiento frustrado;

3.3) que al efectuar el análisis de las ofertas, respecto al canon ofertado, se tomó en consideración no solo el mayor canon mensual por la explotación del local 004, sino también el correspondiente a la cabina ubicada en el estacionamiento, extremo no contemplado en las bases del llamado; y

3.4) si bien Cambio Varlix S.A. ofreció el mayor canon para utilizar el local 004, el canon mensual ofrecido por la utilización de la cabina durante los meses de diciembre a abril (U\$S 800), de cotización opcional según el Pliego, es menor al canon mínimo mensual establecido por el Pliego de Condiciones, contraviniéndose con ello lo preceptuado por el artículo 63 del TOCAF;

4) que por Resolución N° 449/3.934 de fecha 11/07/18, el Directorio de la ANP tomó conocimiento de las observaciones formuladas y dispuso la insistencia en el procedimiento; y este Tribunal, por Resolución N° 2643/18, adoptada en Sesión de fecha 15/08/18, acordó estar a lo dispuesto en Sesión de fecha 04/04/18;

5) que con fecha 17/10/18, las partes suscribieron el Contrato No. 2002 cuyo objeto es la concesión del espacio de marras;

6) que por nota de fecha 21/03/20, Varlix SA solicitó a la Administración: a) dejar de operar en Colonia a partir del 21/3/20 y hasta tanto se rehabilitaran y registraran frecuencias de viajes usuales para las distintas épocas del año en dicho puerto; b) la suspensión del pago del canon por estar impedido de cumplir su obligación y; c) modificar el contrato en cuanto al canon para el resto del plazo pendiente, fijándolo en U\$ 16.250 mensuales,



TRIBUNAL DE CUENTAS

es decir una rebaja del 50%, todo ello en virtud de las medidas adoptadas a causa de la emergencia sanitaria;

7) que por Resolución No. 418/4.048 de fecha 12/8/2020, rectificada por Resolución N° 613/4.056 de fecha 7/10/2020, el Directorio de la Administración actuante dispuso en forma genérica, para todos sus concesionarios y permisarios, lo siguiente: a) exoneración del 100% de la facturación del canon por los meses de abril, mayo junio, julio y agosto de 2020 y emitir las notas de crédito correspondientes; b) exonerar el 50% de la facturación del canon de los meses de setiembre y octubre de 2020; y c) diferir el 50% de la facturación del canon de los meses de setiembre y octubre a partir del 1°/11/2020, descontando el importe total de esta facturación en cuotas iguales y consecutivas, lo cual se adicionará al canon de los meses respectivos. Con fecha 13/10/20 se notificó a Varlix S.A. el referido acto administrativo;

8) que en la oportunidad, se remiten actuaciones relacionadas con la rescisión del contrato de referencia, de las que surge que, por Nota de fecha 28/01/21, Varlix S.A. solicitó a la ANP la rescisión de común acuerdo y sin responsabilidad para las partes, respecto de la mencionada concesión, expresando que:

8.1) la nota presentada con fecha 23/03/20 por la empresa no ha tenido respuestas por la Administración, siendo de particular interés contar con una decisión oficial que permita a las partes encauzar la situación que afecta los intereses económicos de ambas;

8.2) la empresa actualmente se encuentra inactiva, en tanto desde la declaración de la emergencia sanitaria, no ha podido operar, siendo que las perspectivas futuras no permiten vislumbrar actividad, al menos durante el año 2021 y, eventualmente durante el año 2022;



TRIBUNAL DE CUENTAS

8.3) desde el comienzo de la pandemia, existiría una interrupción del contrato derivada de causa mayor, a lo que se suma la decisión oficial de la suspensión de actividades del Puerto;

8.4) asimismo, el contrato no se cumplió en virtud de la inactividad del puerto y de las resoluciones adoptadas tanto por el Gobierno uruguayo como por el Gobierno argentino, con la consecuencia directa de la paralización del puerto y todas sus actividades, lo que deterioró de manera definitiva la ecuación económica contractual;

8.5) no se trata de palear situaciones, ni de que la Administración efectúe exoneraciones parciales (Resoluciones 418/4.048 de fecha 12/08/20 y 613/4.056 de fecha 07/10/20), ya que la concesión - en la actual situación - es imposible de cumplir también para la Administración, en virtud de lo cual no se aceptan ni se reconocen deudas, ni intereses derivados de las mismas;

8.6) en definitiva, se solicita se haga lugar a la presente solicitud de rescisión de contrato de común acuerdo, sin responsabilidad para las partes y se deje sin efecto cualquier facturación formalizada a su cargo;

9) que con fecha 17/02/21, la División Desarrollo Comercial informó que, a partir de la promulgación del Decreto N° 94/2020 del Poder Ejecutivo de fecha 16/03/2020, la Terminal Portuaria ha dejado de recibir buques de pasajeros, por lo que la casa cambiaria del asunto de marras no ha podido desempeñarse como tal, manteniendo sus puertas cerradas hasta el día de la fecha;

10) que con fecha 22/02/21, el Área Jurídico Notarial informó respecto de la aplicación de la cláusula de fuerza mayor en los contratos de cesión de uso, expresando que, en el caso, *"se dan las circunstancias de fuerza mayor establecidas en las cláusulas de los distintos contratos de cesión de uso. Al ser un eximente de responsabilidad, la Administración podrá reducir o eximir a las empresas del canon"*



TRIBUNAL DE CUENTAS

correspondiente por el período que las oficinas técnicas competentes entiendan corresponder";

11) que del referido informe surge, además, lo siguiente:

11.1) por nota presentada el 23/3/2020 Varlix S.A. solicitó una serie de medidas que brindaran nuevo equilibrio a la ecuación económica del contrato, solicitando el reconocimiento de hechos que alegó constitutivos de "fuerza mayor" y "hecho del príncipe", invocando la aplicación de la cláusula Octava del Contrato No. 2002 oportunamente suscrito;

11.2) el referido contrato se otorgó con fecha 17/10/18 y su plazo está fijado en 5 años a contar desde su otorgamiento, venciendo el mismo el 16/10/2023; asimismo, de la cláusula Décima del mismo, surge que el concesionario hizo un depósito en la Unidad Tesorería por U\$S 97.500, como garantía de fiel cumplimiento de contrato;

11.3) la cláusula Octava del citado contrato en el numeral I) "Canon y forma de pago", establece: "Excepto por razones de fuerza mayor debidamente acreditadas y aceptadas por la ANP, el cesionario no podrá reclamar ninguna reducción sobre el canon establecido, alegando cualquier inconveniente, interrupción, cese o pérdida de negocios y otras pérdidas causadas, directa o indirectamente por cualquier causal que le sea imputable. El cesionario o la ANP según quien sea que reclame la causa de fuerza mayor, deberá cargar con la prueba de que las causas no fueron por negligencia, dolo o culpa imputable a su parte...";

11.4) la empresa argumentó como referencias del acaecimiento de la fuerza mayor los siguientes hechos: la resolución de las autoridades de la República Argentina que resolvieron imponer un tributo al consumo mediante tarjetas de crédito del orden del 30% en la temporada 2020, lo que limitó la llegada de



TRIBUNAL DE CUENTAS

turistas y el uso de esos medios de crédito, así como la declaración de la emergencia sanitaria en nuestro país, entre otros aspectos;

11.5) la aparición del COVID -19 puede calificarse de fuerza mayor y, por tratarse de un hecho de público conocimiento, no es necesario probar la causa del incumplimiento, por lo que la Administración podría reducir o eximir a las empresas del pago por el período que las oficinas técnicas competentes entiendan que corresponda;

11.6) la petición formulada por Varlix S.A. debe ser resuelta por la Administración atendiendo al principio de buena fe que rige la contratación;

11.7) de la información aportada surge que la Terminal Colonia no ha tenido tráfico de pasajeros desde la promulgación del Decreto N° 94/20 del Poder Ejecutivo del 16 de marzo de 2020. Dicho aspecto impacta directamente en la ejecución del contrato celebrado con Varlix S.A., imposibilitando su ejecución, dado que sus clientes naturales son los pasajeros que transitan por la Terminal;

11.8) por lo expuesto, se concluye que desde el punto de vista jurídico, existe fundamento para que el Directorio considere el petitorio de rescindir el contrato sin responsabilidad para ambas partes contratantes, y determine cómo se procede con respecto a las deudas de cualquier naturaleza que correspondan al cesionario y a la devolución de la garantía de cumplimiento de contrato;

11.9) de acuerdo al informe del Departamento Financiero Contable, la deuda que mantiene la firma con la Administración asciende a la suma de U\$S 33.168, más IVA y los intereses por mora que se generen hasta su cancelación;

12) que por Resolución N° 180/4.078 de fecha 13/04/21, el Directorio de la ANP hizo suyos los informes relacionados, y dispuso:



TRIBUNAL DE CUENTAS

12.1) rescindir, previa intervención del Tribunal de Cuentas, el Contrato N° 2002 por la Cesión de uso del local 004 del Puerto de Colonia, entre la firma Varlix S.A. y la ANP;

12.2) establecer que la rescisión contractual estará sujeta a la cancelación de los adeudos mantenidos por la firma con la Administración en el término de 10 días, a partir del siguiente a la notificación de la presente Resolución;

CONSIDERANDO: 1) que la presente contratación en régimen de concesión, deriva de un procedimiento regido por el TOCAF, el que fue observado por este Tribunal por razones insubsanables (Resultando 3);

2) que no surge de los antecedentes que obran en el Organismo ni de las actuaciones remitidas en la oportunidad, que las modificaciones respecto de las concesiones otorgadas por la Administración, dispuestas por Resolución No. 418/4.048 de fecha 12/8/2020 y rectificadas por Resolución N° 613/4.056 de fecha 7/10/2020, se hayan sometido al contralor de este Tribunal, conforme con lo establecido por la Ordenanza N° 91 de fecha 28/11/2018;

3) que en cuanto a la rescisión de contrato dispuesta en la oportunidad, corresponde expresar que se ha configurado la causal de fuerza mayor que la fundamenta, en tanto la situación de emergencia sanitaria que atraviesa el país constituye una circunstancia irresistible, ajena a la voluntad de las partes contratantes e imprevisible al momento de la suscripción del contrato, extremo que por tratarse de un hecho notorio y de público conocimiento, exime a quien lo invoca de probarlo;

4) que asimismo, resulta acreditada la ausencia de tráfico de pasajeros en la Terminal del Puerto de Colonia desde que se dictó el Decreto del Poder Ejecutivo N° 94/2020 de fecha 16/3/20, extremo que impacta directamente sobre la ejecución del contrato y la ecuación económica



TRIBUNAL DE CUENTAS

originalmente sopesada por las partes, dado que los clientes naturales de la concesionaria son los pasajeros que transitan por la referida Terminal;

5) que la Administración actuante manifiesta que desde el punto de vista comercial se mantiene la incertidumbre por no disponer de un cronograma que permita vislumbrar el retorno a un funcionamiento normal de la Terminal, ni el nivel de actividad que podría tener la concesionaria, en lo que resta por cumplir del plazo contractual;

6) que en esta ocasión se dio cumplimiento a lo dispuesto por la Ordenanza N° 91 de fecha 28/11/2018 de este Tribunal, en razón de que el acto administrativo se condicionó a su previo contralor de legalidad, y se dispuso la notificación a la concesionaria una vez obtenido el pronunciamiento de este Órgano de control;

ATENTO a lo expuesto y a lo dispuesto por el artículo 211 literal E) de la Constitución de la República;

EL TRIBUNAL ACUERDA

- 1) No formular observaciones a la Rescisión contractual dispuesta.
- 2) Una vez obtenida la conformidad de la firma concesionaria y acreditada que sea la cancelación de su deuda con la Administración, cométese al Contador Delegado el control de la efectiva versión de lo recaudado por tal concepto;
- 3) Comunicar al Contador Delegado.
- 4) Téngase presente lo expresado en el Considerando 2) de la presente Resolución.
- 5) Devolver las actuaciones.

aov

Col. In. Gen. Conf. Terminal
Secretaría General