

Montevideo, 14 de diciembre de 2016

Asunto: 2016-17-1-0007804 (M.D.N.)

Dictamen N° 425-16

Sr. Ministro:

Como consecuencia de las actuaciones cumplidas en el presente expediente referente a la Licitación Pública de la Fuerza Aérea Uruguaya N° 020/2015, para la adquisición de una aeronave multipropósito, como medida para mejor proveer, se nos pide opinión acerca de las observaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas y las opciones constitucionales y legales que tiene la Administración al respecto.

Siguiendo las enseñanzas de Manrique, Eguren (*El Tribunal de Cuentas*, pág. 23), el literal B del artículo 211 de la Constitución expresa que compete al Tribunal de Cuentas “*intervenir preventivamente en los gastos y los pagos, conforme a las normas reguladoras que establecerá la ley y al solo efecto de certificar su legalidad...*” (subrayado nuestro).

La intervención preventiva alcanza sólo a los organismos estatales, a diferencia del control de gestión, que puede abarcar también a los no estatales que manejan fondos públicos o administren bienes del estado.

El concepto de intervención preventiva se integra con dos elementos: uno finalístico, ya que su objeto es prevenir, en el sentido de advertir, evitar o corregir, una ilegalidad; y otro temporal, pues debe ser previa a la ejecución del gasto o pago, ya que de otro modo la prevención no tendría sentido.

Merece especial consideración la postura del citado autor, cuando establece

que *“la intervención preventiva, se efectúa al sólo efecto de certificar la legalidad del gasto o del pago, sin entrar a considerar otros aspectos que sólo pueden aquilatarse debidamente al controlar posteriormente la gestión del organismo o jerarca respectivo, tales como eficiencia, economía y eficacia; y tampoco procede -ni aún en forma posterior- que el Tribunal analice si la erogación es conveniente u oportuna”* (subrayado nuestro).

La reseñada postura, no es una simple posición teórica sino que la expresión jurídica inmersa en la estructura del Estado de Derecho. Estado de Derecho significa un Estado limitado por el Derecho, en el cual el poder se ejerce mediante formas jurídicas preestablecidas de lo que se deriva para el individuo, también de manera preestablecida ciertas garantías jurídicas y derechos públicos subjetivos que le aseguran una esfera determinada de libertad frente al Estado; o el Estado sometido a la ley con una determinada finalidad, el reconocimiento y la tutela de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, mediante técnicas jurídicas precisas, primacía de la ley formal, jerarquía de las normas, sujeción de los actos singulares al reglamento aún proveniente de un órgano inferior al que dicta aquellos, y persecución del interés público (R. Entrena Cuesta. Notas sobre el Concepto y Clases de Estado de Derecho-Revista de Administración Pública. Págs. 35, 36, y 41,42 - Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1960); o el Estado en que el ordenamiento jurídico constituye una estructura jerárquica en cuyo vértice se halla la ley, afirmación de los derechos humanos fundamentales y sistema de responsabilidad pública con recursos contencioso-administrativos y eventualmente control jurisdiccional de la Administración (Legaz y Lecambra. El Estado de Derecho en Revista de Administración citada, págs. 28 y ss); o el Estado cuyo gobierno se ejerce por pluralidad de órganos entre los que se distribuyen las funciones estatales de modo de asegurar la legitimidad de la acción del Estado y la equitativa protección de los derechos de los ciudadanos (Biscaretti. Nuovo Digesto. Pág. 827. Edición 1940); o más brevemente, el Estado fundado sobre el derecho, sometido al Derecho que realiza el Derecho (Bataglia. Estato ético e

Estatu di Diritto. Rivista Internazionale, Anno XVII. Págs. 242 y 253. Roma 1937).

En cualquiera de estas acepciones encontramos a la ley ejerciendo su imperio, a la separación de poderes; a la legalidad, a la que debe atarse cualquier manifestación de la Administración; todo conectado a las garantías jurídico formal en la que se afirma el Estado de Derecho.

000

El Tribunal de Cuentas es un órgano de creación constitucional que actúa con autonomía funcional y como órgano de la persona jurídica Estado, encabeza el sistema orgánico de contralor externo de la gestión financiera estatal en sentido lato (Delpiazzo. Tribunal de Cuentas. Pág. 45).

Por tanto, su actuación debe desplegarse con apego estricto al derecho objetivo; y nuestra Constitución dispone que sus miembros son responsables cuando no actúan conforme a derecho, debiendo responder ante la Asamblea General por el fiel y exacto cumplimiento de sus funciones (Casinelli Muñoz. Derecho Público. Pág. 280). Y hasta los miembros del Tribunal de Cuentas están sujetos al juicio político, al procedimiento de acusación por la Cámara de Representantes y separación del cargo por la Cámara de Senadores en caso de violación de la Constitución u otros delitos graves (Arts. 92, 102 y 103 de la Constitución).

Cuanto acaba de exponerse solo intenta afirmar que los miembros del Tribunal no pueden actuar con irresponsabilidad, ni otra motivación que no sea la jurídica enmarcada en el Estado de Derecho que disfruta nuestra República.

Bien dice Delpiazzo (ob.cit. Pág. 42) que sus miembros no serán irresponsables.

Con el fin de asegurar la responsabilidad y transparencia de los actos cumplidos por los integrantes de este organismo, la Ley 19.149 en su artículo 34 dispuso que los Ministros del Tribunal de Cuentas, cuando emiten dictamen, deben suscribir la decisión en los puntos de acuerdo, haciendo constar en su caso y seguidamente el texto íntegro del fundamento de la discordia que hubiere.

Por alguna razón, que no se entiende, el Tribunal se sintió agraviado por esta norma, a pesar que la misma lo único que intentaba hacer era honrar la transparencia de la gestión.

Sin embargo y pese al buen fin perseguido, se optó por pedir la inconstitucionalidad del mencionado precepto.

La Suprema Corte de Justicia, el 18 de noviembre de 2015, dictó la Sentencia N° 300/2015, desestimando la declaración de inconstitucionalidad.

La Suprema Corte de Justicia entendió que *“ya sea por tratarse de un aspecto íntimamente relacionado a Derechos Humanos o inherentes a la personalidad humana, ya sea por ser una consecuencia directa de la efectiva vigencia del Estado de Derecho, cabe concluir que existe obligación de la Administración de motivar los actos administrativos y que ello constituye un principio general de Derecho Administrativo. Y de acuerdo a lo expuesto, este principio no solo obliga al administrador, sino que impide que el legislador y hasta el propio constituyente eximan a la Administración de la obligación de motivar sus decisiones”*. *“Esta base conceptual fue recogida en la exposición de motivos que inspiró la sanción de la norma impugnada, de la que surge una preocupación expresa del legislador de hacer efectivos los principios de buena administración y transparencia del órgano.”*

El Tribunal de Cuentas no pudo escapar al régimen de transparencia, al haberse rechazado la inconstitucionalidad que curiosamente interpuso.

Como sostiene Alberto Sayagués, el Tribunal de Cuentas es (*debería ser*) un socio del sistema de administración financiera del Estado (Alberto Sayagués. Reformas al Sistema de Compras Estatales. Pág. 71). Obviamente la sociedad no es sólo con el sistema de administración, sino que abarca a la conexión ineludible, con el derecho vigente.

Por eso, también dice Sayagués que el Tribunal, no es un enemigo (ob.cit. pag. 71).

Obviamente lo sería, dentro de un respetuoso entendido del término, si sus integrantes se apartaran del principio de legalidad, tan caro a nuestro sistema republicano de gobierno y al Estado de Derecho que lo abriga.

000

Señor Ministro, entrando al punto focal de la consulta, observa esta Fiscalía que en sesión de fecha 30 de noviembre de 2016, el Tribunal de Cuentas analizó la Licitación Pública N° 020/2015 convocada para la adquisición de una aeronave multipropósito de tamaño mediano, su mantenimiento, servicios de apoyo técnico y capacitación profesional.

La resolución adoptada efectúa una reseña de los antecedentes del llamado, estampando en el Resultado I, que cumplidas las formalidades previas, con fecha 30 de marzo de 2016, se procedió a efectuar la apertura del llamado, surgiendo del Acta respectiva que se presentó **un oferente** (el énfasis es nuestro).

Surge, además de autos, aun cuando no se refleja en los antecedentes enumerados por la decisión del Tribunal, que se dio cumplimiento a las especificaciones del TOCAF en las distintas etapas del proceso competitivo de

contratación, donde el Pliego no fue cuestionado, habiéndose valorado la única oferta conforme a los parámetros discrecionales que posee la Administración en la materia, para seleccionar la oferta presentada, habida cuenta de su conveniencia.

Recordamos que la adjudicación de una licitación consiste precisamente en seleccionar la oferta que a juicio de la Administración mejor contempla los intereses confiados a su custodia, labor que se manifiesta en una libre apreciación de los datos ponderables y en la cual no puede ser sustituida por nadie. Porque para que la licitud de la decisión a favor de una determinada oferta se viera comprometida desde el punto de vista de su legalidad, se hace necesario invocar la violación de las formas legalmente impuestas, o que los motivos no correspondan a los datos del caso, o que móviles espurios determinen el pronunciamiento, afectando el fin debido del acto (TCA Sentencia 39/2004 de 11 /11/04).

Es de ver que el Pliego particular que rigió el llamado ponderó el Certificado de aeronavegabilidad otorgado por la DINACIA, y en función de ello el Tribunal de Cuentas entendió que -en razón del plazo existente entre la publicación del llamado y su apertura- “podría” existir un eventual oferente, que se “hubiera” enterado del llamado, pero que no contaba con el tiempo suficiente para tramitar un Certificado que le “permitiría” puntuar en igualdad de condiciones con oferentes que contarán con dicho documento. Y fue más lejos, entiende que existió una imposibilidad material de competir en el procedimiento en igualdad de condiciones para aquellos “eventuales” oferentes que no contaran con el Certificado de aeronavegabilidad expedido por DINACIA, “lo que contraviene principios como el de igualdad de los oferentes y el de concurrencia (art. 149 del TOCAF)”.

Respecto de este punto la Fiscalía observa dos cuestiones francamente irracionales:

a) En primer término, el Tribunal de Cuentas trabaja sobre una hipótesis tan

eventual como compleja, porque se imagina varias cosas, en cadena, a saber, un oferente que deduce se habría enterado del llamado y obviamente del Pliego; que en lugar de impugnarlo por no contar con el tiempo suficiente para tramitar su Certificado opta por no presentarse al procedimiento competitivo; y que invoca la imposibilidad material de competir. La imaginación es tan frondosa como ilegal, porque no existe evidencia alguna acerca de la existencia del oferente imaginario; y allí donde la prueba está ausente, no puede manejarse una hipótesis como motivo del pronunciamiento.

- b) En segundo lugar, cuando el artículo 149 del TOCAF disciplina el principio de igualdad de los oferentes y el de concurrencia, la norma actúa frente a la existencia de oferentes reales, más no imaginarios. Cuando la Administración en un proceso competitivo de contratación trata a un oferente de forma distinta a los demás, favoreciendo o inclinándose por uno de ellos en base al tratamiento diferencial, allí opera la norma (TCA Sentencia 742/2002 de 13/11/02). Porque la Licitación Pública se funda en la premisa de que todos los participantes en el procedimiento de selección están en una posición de igualdad, con los mismos derechos y expectativas; principio que se inspira en la necesidad de preservar la transparencia de la gestión contractual administrativa (Escobar Gil. Teoría General de los Contratos. Pág. 157). Pero deben existir, por lo menos dos participantes. Reales, no fruto de la imaginación del administrador.

Señor Ministro, en la hipótesis del Tribunal, si el oferente imaginario fuera real, de haber identificado un vicio en el Pliego, lo hubiera recurrido.

El imaginario no existe, no es persona, no puede incidir en el proceso.

El propio Tribunal dijo al principio que, al proceso competitivo se presentó únicamente una oferta (subrayado nuestro).

Concluyente.

En otro pasaje del dictamen del Tribunal de Cuentas se alude al artículo 11 del Pliego particular y a la vinculación del mismo con el ítem 36 del Anexo C, estimando que la evaluación de la FAU no ofrece garantías a eventuales oferentes, descansando en la discrecionalidad de la Administración su ponderación, lo que violentaría el artículo 48 del TOCAF.

Nuevamente se acude a la figura de la hipótesis del eventual oferente, avasallando la realidad de la única oferta.

Huelga decir que si fuera cierta la posibilidad jurídica que ensaya el Tribunal, hubiera movilizado o aconsejado aplicar el artículo 49 del TOCAF, lo que evidentemente no hizo. Ni el Tribunal (o sus votos coincidentes) lo creía.

ooo

Es difícil comprender la actitud antijurídica de éste pronunciamiento.

Tal vez existían otros motivos, no precisamente jurídicos (ver Semanario Búsqueda de 8 de diciembre de 2016, pág. 6), que orientaron a quienes prefirieron torcer los hechos, en la búsqueda de una observación forzada.

Pero gracias a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley N° 19.149, que el Tribunal pretendió resistir (examinado *supra*), hoy contamos con los elementos de juicio, que echan luz en referencia a la cuestión venida a nuestro dictamen.

En efecto, luce a fs. 385 que el Presidente del Tribunal votó disorde, argumentando que la existencia de un sólo oferente tira por tierra las argumentaciones que sustentan la observación. A fs. 387 la Ministra Marcos estima que el procedimiento licitatorio se enmarcó en las normas vigentes por lo que el gasto no merece objeciones.

El Ministro Lev va más lejos y trae a colación el proyecto elevado por la Dra.

Laura Sica que determina “que el procedimiento licitatorio se enmarcó en las normas vigentes (art. 33 y ss. del TOCAF) por lo que el gasto no merece objeciones legales”. Agregando “que la Fuerza Aérea mediante el informe requerido ut supra ha respondido las interrogantes relacionadas a los aspectos técnicos de la aeronave, oportunidades previstas para comprobar la operatividad integral de la misma, capacitación de pilotos, costos de traslados y servicios ofrecidos por la firma Floridian S.A.”

El voto disorde del Ministro Lev es meridianamente claro, y lo damos por reproducido en este dictamen para evitar repeticiones innecesarias; aunque dicho voto termina por desnudar, no una hipótesis imaginaria, sino que una realidad; la evidencia de una forma de trabajo no bien orientada en el Tribunal de Cuentas, habida cuenta que parecería que existe más de un proyecto de resolución que es elevado al Acuerdo, en base a dictámenes jurídicos no coincidentes, lo que obviamente no está aconsejado -bajo ningún concepto- por el principio de buena administración.

Es decir, el Tribunal habría recibido al parecer dos proyectos, uno que no objeta el gasto y otro que lo observa. Es como si un Tribunal jurisdiccional llevara al Acuerdo dos proyectos de sentencia, uno condenatorio y otro absolutorio. Inimaginable.

La inseguridad jurídica de esta forma de funcionar, es a juicio de la Fiscalía, simplemente grave.

En mérito a este extremo y por vía separada le remitiremos, señor Ministro, una propuesta de anteproyecto de articulado, a fin de que -de estimarlo conveniente-, propicie ante el Poder Ejecutivo una iniciativa tendiente a corregir estas inconsistencias que perturban la transparencia de la función del Tribunal de Cuentas.

En suma Señor Ministro, esta Fiscalía entiende que el órgano de contralor ha ingresado a tópicos que lejos están del control de legalidad, basando su dictamen en hipótesis no comprobadas y entrando a cuestiones de mérito, que terminan erosionando las competencias constitucionales que le fueron acordadas; desconociendo lo que sí es una evidencia: la oferta única.

Esa exorbitancia padecida por el Tribunal, determina nuestro siguiente consejo.

Puede Ud. si así lo entiende del caso, seguir adelante con el proceso licitatorio, insistiendo en el gasto, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 211 literal B) de la Constitución de la República.

Sírvase tener por evacuada la consulta formulada.