

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 20 de setiembre de 2018.

No. 383

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “BASSAGODA, MARTÍN Y OTROS con ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE USINAS Y TRANSMISIONES ELÉCTRICAS. Acción de nulidad”. (Ficha No. 719/2015).

RESULTANDO:

I) El 25 de noviembre de 2015 comparecieron Martín BASSAGODA, Daniel HIRIGOYEN y Leonardo PAULERCI, a demandar la nulidad de la Resolución RD 15-1342 dictada el 2 de julio de 2015 por el Directorio de la Administración Nacional de Usinas y Transmisiones Eléctricas (en adelante: UTE) que dispuso aplicar una sanción de 180 días de suspensión sin goce de sueldo a los actores, con descuento de la preventiva cumplida, luego de la instrucción sumarial realizada (fs. 1495 - 1498 Pieza 5 de los A.A.).

II) Como fundamento de su pretensión anulatoria alegaron que son funcionarios de UTE desde hace más de 20 años habiendo trabajado siempre a entera satisfacción de sus jefarcas con excelentes evaluaciones de desempeño y careciendo de antecedentes sancionatorios.

Indicaron que a solicitud del Directorio del Ente se dispuso que se practicara una investigación administrativa sobre su actuación en relación a procedimientos de contratación del Organismo. La misma tuvo carácter secreto y reservado y obtuvo como resultado que se les imputaran una serie

de fraudes gravísimos en perjuicio de la Administración. Afirmaron que no se estableció con claridad cuáles fueron los hechos que habían cometido lo que disminuyó seriamente sus garantías de defensa.

Señalaron que desde antes de que se les notificara la resolución que ordenaba la instrucción del sumario, sus nombres y las imputaciones que se les realizaron se “filtraron” a la prensa, ocasionándoles un grave perjuicio moral.

Relataron que, posteriormente, se le encargó la instrucción de un sumario administrativo a un abogado externo a la UTE quien lo encaminó con la impronta de que los actores -ocupando posiciones intermedias- eran los “cerebros” de una red de corrupción montada en torno a la contratación de la UTE, mediante maniobras que implicaron que toda la red de gerentes superiores y el Directorio había despachado sendos expedientes licitatorios que involucraban varias decenas de millones de dólares. Todo ello tuvo lugar sin que se llamara a testificar a ninguno de los funcionarios superiores que intervinieron en dichos trámites y sin haber entablado acciones judiciales contra la o las empresas presuntamente favorecidas.

Señalaron haber solicitado al instructor sumariante que les permitiese presenciar y controlar la producción de la prueba de cargo, así como examinar la investigación administrativa instruida antes del sumario, lo cual, les fue negado, en virtud de la naturaleza reservada que tienen los sumarios y, por añadidura, los actuados que corren adjuntos a ellos.

En la ampliación sumarial, solicitaron y obtuvieron que declarasen todos los superiores, además del ex presidente del Directorio de UTE, Ing. Beno RUCHANSKI y el ex integrante del Directorio de la UTE, Gerardo REY, quienes afirmaron que los actores son muy buenos funcionarios,

siendo que en los procedimientos licitatorios en los que actuaron se dio cumplimiento a todas las instancias y controles de rutina. También se obtuvo la declaración de los técnicos y la línea de gerentes de Gerencia Abastecimientos quienes afirmaron que no había irregularidad alguna en las licitaciones cuestionadas.

Recalaron que al haberse debatido permanentemente la cantidad de ensayos no destructivos (END) llevados a cabo en la Central Térmica Batlle y Ordóñez se presentó un estudio del Ing. ZABALZA quien concluyó que la cantidad de END realizada no lucía como excesiva.

Destacaron que demandaron civilmente al Dr. Daniel LARROSA por llevar adelante una pesquisa secreta, siendo que en dicha oportunidad UTE asumió los costos de la defensa forense del Dr. LARROSA, habiendo indicado la sentencia que la conducta del instructor sumariante fue irregular.

Adujeron que la Asesoría Jurídica del Tribunal de Cuentas se pronunció señalando que no existían razones para responsabilizarlos, dictamen que fue extraído del expediente y cambiado por otro que establecía su responsabilidad.

Recalcó como vicio formal invalidante del acto la negación del derecho a controlar la prueba, a presenciar la actividad instructoria, a acceder a documentos del sumario para una mejor defensa, la imprecisión de las ilegalidades atribuidas, parcialidad de los funcionarios intervinientes, la amplia difusión en la prensa de detalles falsos del asunto y la pesquisa secreta llevada adelante.

Puntualizó que sustancialmente el acto debe ser anulado por la imputación insólita a funcionarios intermedios en actos en los que

intervinieron las más empujadas autoridades del organismo, la imputación asentada en conclusiones antojadizas carente de respaldo técnico, y la determinación de la CNSC indicando a UTE que si quiere inculpar a los actores debe instruir una pericia, por ejemplo, en la Facultad de Ingeniería, cosa que no hizo.

En definitiva, solicitó el amparo de su demanda.

III) Conferido traslado, la Administración demandada defendió la validez del acto, argumentando que el mismo ha sido dictado conforme a Derecho.

En primer lugar, adujo que lo que pretende la parte actora -la revalorización de la probanza analizada en el sumario seguido a los comparecientes- excede los límites de competencia de este Tribunal.

Controvirtió que los procedimientos llevados a cabo hayan tenido el carácter de pesquisa secreta. Por el contrario, afirmó que los actores contaron con todas las garantías y oportunidades de defensa.

Destacó que durante la investigación administrativa llevada a cabo los actores no tuvieron injerencia, en tanto no les correspondía (art. 7 del Reglamento de Procesos Disciplinarios que califica de actuaciones reservadas las previas a la puesta de manifiesto sumarial). En tal sentido, especificó que ante las denuncias recibidas el Ente promovió una investigación administrativa que no refirió específicamente a funcionario alguno, sino que fue genérica, objetiva, sin dar por hecho la culpabilidad o no de los funcionarios nombrados por los denunciados. Justamente, se aguardó a las resultancias de las investigaciones para verificar si existían o no funcionarios específicamente relacionados en forma irregular, con el objeto de la investigación. De hecho, de la investigación surgieron otros

sumarios ajenos a los actores de autos, que tuvieron lugar, a partir de las múltiples irregularidades (enumeradas en la Resolución 13-169 del 7 de febrero de 2013- que quedaron al descubierto a partir de la investigación realizada.

Afirmó que los actores fueron convocados cuando reglamentariamente correspondía, teniendo la posibilidad de acceder a las actuaciones, evacuar vista y esgrimir su defensa en todo momento.

Sostuvo que la etapa sumarial se llevó a cabo siguiendo las reglamentaciones vigentes, surgiendo del mismo una serie de hechos probados que no admiten su re análisis dado que las imputaciones a los actores resultaron probadas.

Adujo que en oportunidad de evacuar la vista, los sumariados ofrecieron prueba, la que fue recibida y valorada por el Instructor. Señaló que algunas de tales probanzas fueron calificadas como inconducentes o impertinentes, como el informe del Ing. ZABALZA, el cual, resultaba inocuo en esa instancia -debiendo haber sido considerado por los propios sumariantes en oportunidad de implementar la licitación-, además de genérico -siendo imposible encastrar sus resultados con los hechos acaecidos- y carecer de reconocimiento de firma, habiendo sido realizado por un tercero.

En cuanto a los testimonios ofrecidos, destacó que a pesar de que fueron presentados con falta de organización y criterio respecto al objeto del proceso, igualmente fueron valorados por parte del instructor sumariante.

Recalcó que la mayoría de las respuestas de los sumariados fueron evasivas o directamente silenciosas, señalando en muchos casos que aportarían documentación probatoria, la que nunca se agregó.

A pesar de ello, se pudo recolectar vasta prueba que permitió al instructor tener sobrada ilustración sobre lo ocurrido, confeccionando un informe en el que se detalla con exquisita rigurosidad todos los elementos de prueba que surgieron de las actuaciones ponderando cada una de ellas.

Destacó que, una vez sustanciado el procedimiento disciplinario quedaron en evidencia, varias irregularidades, como ser la cantidad de END (Ensayos no destructivos) realizados sin justificación y sin considerarse el pago que se hizo por ellos.

A su vez, surgió probado que no se exigió el certificado VECA, el cual es esencial para la ejecución de las obligaciones emergentes de la licitación. Además, como irregularidades constatadas esgrimió: i) fallas en la elaboración de pliegos; ii) irregularidades en la evaluación de los antecedentes de los oferentes; iii) pliegos con detalles inexactos en su redacción; iv) irregularidad en la selección de ofertas, en particular la que resultó elegida; v) incumplimiento de la normativa en Pliego de P.-35.052; vi) falta de claridad en la consulta de precios; vii) asesoramiento en la adjudicación en función exclusivamente del factor precio; viii) irregularidades en la ejecución de la P. -35.052; ix) omisiones en la facturación de CSI, planillas que surgen del correo del Ing. HIRIGOYEN donde lucen columnas con dos precios por el mismo trabajo identificados como “precio real” y “precio UTE”, siendo el primero mucho más bajo que el que se terminó pagando, o sea el que corresponde a UTE, sin obtener explicación alguna de tal planilla y menos aún a qué correspondía la

diferencia de precios establecidos; x) ampliaciones respecto al objeto primitivo de la licitación, con costos mayores a los previstos; xi) incumplimientos verificados que fueron desatendidos por los sumariados; xii) desproporción del costo total de la contratación con lo que efectivamente se pagó por subcontrataciones, a modo de resumen.

Además el instructor sumariante informó cada una de las imputaciones en relación con la probanza que la sostiene y se pronunció respecto de las defensas esgrimidas que no lograron modificar las convicciones sobre las irregularidades constatadas.

Concluyó que cada paso dado en la instrucción sumarial respetó cabalmente el procedimiento disciplinario, siendo que cada conclusión del instructor posee una fundamentación exhaustiva que la sostiene, la que podrá o no ser compartida, pero no por ello resulta ilegítima. Por su parte, el procedimiento disciplinario se cumplió cabalmente ofreciendo a los sumariados las garantías y oportunidades de defensa.

Puntualizó que las faltas fueron tipificadas como graves y gravísimas, aplicándose un atenuante respecto de la máxima sanción que era la destitución, habiendo el jerarca del organismo presentado denuncia penal en la Justicia del Crimen Organizado, el que está en proceso. Especificó que, la Administración decidió que no esperaría tal decisión dado que pondría en riesgo la posibilidad de dictar resolución en tiempo hábil.

Finalmente, concluyó que las conductas que llevaron a cabo los sumariados ameritaron la sanción impuesta por haber transgredido lo preceptuado en la Ley No. 17.060 y Decreto 30/003 en su art. 9 relacionado con el interés público.

En definitiva, bregó por la confirmación de la encausada.

IV) Por Decreto No. 2087/2015 (fs. 31) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 93, agregándose por cuerda separada los antecedentes administrativos (carpeta de tapas verdes, en 1.552 fojas).

V) Las partes alegaron por su orden (fs. 97 - 103 y fs. 106 - 109 vto., respectivamente).

VI) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció sobre el fondo del asunto mediante dictamen No. 429/2017 y aconsejó la confirmación del acto impugnado (fs. 112 de *infolios*).

VII) Puestos los autos para sentencia, previo pase a estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, se acordó en legal y oportuna forma (fs. 115 de *infolios*).

CONSIDERANDO:

I) En el aspecto formal, se han cumplido las exigencias que, según la normativa vigente habilitan el examen de la pretensión anulatoria. (Constitución arts. 317 y 319 y Ley No. 15.869 de 22.6.87 arts. 4 y 9).

El acto impugnado fue notificado el 15 de julio de 2015 a Martín BASSAGODA y Daniel HIRIGOYEN (fs. 1501 -1502, respectivamente) y el 16 de julio de 2015 a Leonardo PAULERCI (fs. 1503 de los A.A.) quienes lo resistieron el 27 de julio de 2015 mediante la interposición del recurso de revocación (fs. 1.520 de los A.A., pieza 5).

El 8 de octubre de 2015, el Directorio de UTE dictó la Resolución No. 15-2194 mediante la cual desestimó el recurso interpuesto (fs. 1.531 de

los A.A.), siendo notificada la parte actora el 19 de octubre de 2015 (fs. 1.535 de los A.A.).

La demanda anulatoria fue deducida el 25 de noviembre de 2015 (nota de cargo fs. 8 *infolios*).

II) Como se ha señalado, el objeto de este proceso es resolver sobre la pretensión anulatoria deducida contra la Resolución RD 15-1342 dictada el 2 de julio de 2015 por el Directorio de UTE que dispuso aplicar una sanción de 180 días de suspensión sin goce de sueldo a los actores, con descuento de la preventiva cumplida, luego de la instrucción sumarial realizada (fs. 1495 - 1498 de los A.A. Pieza 5).

III) **Sobre los antecedentes administrativos.**

A fin de efectuar un correcto análisis de la situación sometida a decisión del Tribunal, conviene realizar una reseña de las actuaciones que precedieron el dictado del acto enjuiciado.

Conforme emerge de los antecedentes agregados al proceso el 10 de setiembre de 2012 el Directorio de UTE dictó la Resolución No. 12-1409 mediante la cual dispuso la realización de una investigación administrativa a fin de profundizar en diversas denuncias recibidas (fs. 398 y ss. de los A.A. Pieza 2), en las que se alertaba sobre presuntas irregularidades que habrían ocurrido en procesos licitatorios del Sector Generación Térmica, para la adquisición de materiales y/o el requerimiento de servicios. (fs. 400 - 400 vto. de los A.A. Pieza 2).

Con fecha 11 de setiembre de 2012 fueron incorporadas las copias de los informes efectuados por el Ec. Daniel LARROSA y dirigidos al Presidente de UTE, Ing. Gonzalo CASARAVILLA, donde detalla las

denuncias y las presuntas irregularidades que se venían dando en los procesos licitatorios (fs. 402 - 414 de los A.A.).

Con fecha 20 de diciembre de 2012 se expidió el Dr. Álvaro RICCHINO -a quien se había encomendado la realización de la investigación administrativa- mediante un completo y detallado informe, en el que concluye -entre otras cosas- que: a) la forma de participación de la unidad usuario en los procedimientos competitivos de contratación, así como en la supervisión de la ejecución de los contratos y la habilitación de pagos, impide una adecuada “oposición de intereses”, esto es, compromete la objetividad de las tareas que cada uno desarrolla; b) no se verifica en la totalidad de las contrataciones el respaldo documental correspondiente, que comprueba las cantidades y precios estipulados; c) no existen controles eficaces por parte de otras reparticiones de la Administración con relación a los gastos que la unidad usuaria solicita ejecutar; d) existencia de errores de procedimiento así como de criterio por parte de algunos funcionarios de la Gerencia de Abastecimientos, particularmente de la Gerencia de Sector Compras y Contratos; y, f) que la operativa usual en los procedimientos analizados no impide la posible colusión entre funcionarios del organismo y terceros; sugiriendo al Directorio de UTE la instrucción de sumarios administrativos a los ahora actores (fs. 677 a 706 vto. de los A.A. Pieza 3).

El 7 de febrero de 2013, el Directorio de UTE mediante el dictado de la Resolución 13-169 dispuso la instrucción de un sumario administrativo con separación del cargo y retención de medios sueldos a los funcionarios Daniel HIRIGOYEN, Leonardo PAULERCI y Martín BASSAGODA (actores en la presente acción anulatoria) *“a efectos de esclarecer y eventualmente determinar la responsabilidad que les cupiere por la*

inexistencia de elementos ciertos que permitan relacionar los gastos incurridos en la ejecución del contrato de 'Estudio e integridad y de vida residual de las unidades de generación térmica 5ª y 6ª de la Central José Batlle y Ordóñez y las recomendaciones de acciones a futuro' - Licitación Pública P35052 con los costos reales de los trabajos (informes y estudios) que conformaron las tres Etapas de la ejecución de ese contrato, teniendo presente que el gasto se incrementó en un 137.57% sobre el precio básico cotizado por la firma adjudicataria” (Considerando a) y “b) profundizar en la investigación cursada al MIEM, en respuesta al pedido de informe de un legislador sobre determinados aspectos relacionados con la ejecución del contrato para el ‘Estudio de integridad y de vida residual de las unidades de generación térmica 5ª y 6ª de la Central José Batlle y Ordóñez y las recomendaciones de acciones a futuro”, pudiéndose estar en frente a un ilícito penal”. (fs. 279 - 281 vto. de los A.A., pieza 2).

El 11 de marzo de 2013 los accionantes presentaron un escrito por el cual solicitaron que *“toda diligencia probatoria que se instruya y que nos concierna o interese, nos sea notificada con razonable antelación a efectos de practicar a su respecto el derecho a controlar y fiscalizar la producción de la prueba de cargo...”* (fs. 321 - 322 de los A.A. pieza 2).

Con fecha 13 de marzo de 2013 se hizo lugar a la solicitud planteada por los actores, con la salvedad del *“pedido de vista de los antecedentes que desembocaron en la instrucción del sumario. Dicha negativa encuentra su fundamento en que las actuaciones cumplidas en sede de investigación administrativa han quedado incorporadas a las actuaciones sumariales (...), las que tienen -por principio- carácter secreto, hasta que se pongan de manifiesto oportunamente.”* (fs. 324 de los A.A.).

Se dispuso una prórroga de 90 días para culminar la instrucción del sumario, atento a la complejidad del asunto y a que el proceso involucraba a tres funcionarios (fs. 368 y 370 de los A.A. Pieza 2).

Se tomó declaración a los funcionarios sumariados en los términos lucientes a fs. 371 a 375, 385 a 388 y 391 a 392 de los A.A. Pieza 2. Así como también a los integrantes de las distintas Comisiones Asesoras de las Licitaciones implicadas, a los Directores de las empresas participantes en las mismas y a otros funcionarios de UTE (fs. 416 - 600 Pieza 2, 632 - 637, 739 - 742, 775-776, 783-790, 833-835, 957-958 Pieza 3 y 1026 - 1032 Pieza 4 de los A.A.).

Los actores presentaron un escrito solicitando la recusación respecto del instructor sumariante, Dr. Enrique Machado, agraviándose de que no se les exhibió la investigación administrativa que diera lugar al sumario; que se habría producido prueba sin darles noticia previa; y que discrepaban con el tono de algunas de las preguntas formuladas durante la toma de las declaraciones o con la forma en que se recogieran ciertas respuestas, que a su entender, constituyen circunstancias que velan lo que debe ser una actuación imparcial del sumariante. (fs. 155 - 159 de los A.A., Pieza 1)

A continuación luce el informe del Instructor Sumariante MACHADO, fechado 16 de abril de 2013, donde responde el escrito presentado por los funcionarios sumariados y ratifica su postura en cuanto a que los mismos carecen del derecho a controlar la prueba sino hasta luego de vista y ofrecer descargos. (Art. 72 del Reglamento de Actuación Administrativa de U.T.E. - Resol. 04.129). (fs. 160-163 de los A.A.).

La recusación fue desestimada por la Res. 13-599 de fecha 9 de mayo de 2013, reiterándose en dicha oportunidad que los sumariados no

tienen derecho a controlar la prueba antes del otorgamiento de vista, salvo sus propias declaraciones con abogado. (fs. 166 de los A.A. Pieza 1). La mentada resolución fue notificada a los interesados el 27 de mayo de 2013 conforme luce a fojas 170-171 de los A.A. no surgiendo de los antecedentes agregados que la misma haya sido recurrida por los comparecientes.

El 14 de junio de 2013 se confirió vista a la parte interesada (fs. 1200 Pieza 4 de los A.A.), la que fue evacuada en forma oportuna con el escrito luciente a fojas 1202 y siguientes, oportunidad en la que se ofreció prueba, siendo que de las declaraciones de los testigos objeto de agravio sólo piden se reitere el testimonio de CABRERA, quien declara a fs. 1229 Pieza 5 de los antecedentes.

Diligenciada la probanza de descargo ofrecida por los imputados, éstos volvieron a presentarse mediante el escrito de fs. 1372 y ss. de los A.A. solicitando que se clausure el sumario administrativo, declarándose que no procede adoptar penalidad alguna en contra de los sumariados.

Seguidamente, con fecha 13 de noviembre de 2013 el Instructor sumariante se expidió mediante un completísimo informe luciente a fs. 1388 - 1430 de los A.A., en el que concluyó: *“En efecto, es posible señalar la existencia de incumplimientos a la obligación de ‘la correcta ejecución de las tareas que le son confiadas’ de cuya ocurrencia, en muchos de los casos existe plena prueba y en otros, indicios que por su cantidad, contenido y convergencia, pueden considerarse prueba suficiente de la existencia de responsabilidad a título de falta grave y aún gravísima”*. (...)

*“Se trata de tres funcionarios de jerarquía, con larga experiencia laboral, con sólidos conocimientos técnicos, respecto de los cuales **resulta***

***inexcusable** que se hayan verificado los extremos que surgen de la investigación administrativa y el sumario posterior. En especial, la recopilación de hechos directa o presuntamente irregulares que se señala en el capítulo IV del presente informe, abonan la posición que permite sostener la calificación de faltas graves y gravísimas, para los tres funcionarios, con independencia de las tareas que les correspondió desempeñar”.*

Finalmente, señaló que a su entender, la sanción a recaer es la máxima, esto es, la destitución.

De conformidad con lo previsto en el artículo 146 del TOCAF se escuchó al Tribunal de Cuentas quien mediante informe fechado el 14 de abril de 2014, señaló que: “(...) *la conducta de los sumariados es configurativa de falta administrativa grave, por lo que la sanción de destitución propuesta se ajusta razonablemente a los presupuestos de hecho fehacientemente probados*” (fs. 1436 - 1445 de los A.A.).

También emitió dictamen la Junta de Transparencia y Ética Pública quien concluye que: “(...) *se trata de conductas que implican faltas graves y algunas de ellas gravísimas teniendo en cuenta que pueden implicar la comisión de delitos (extremo que corresponde a la justicia dilucidar). Del análisis de cada una surgen incumplidos todos los principios de ética en la función pública vinculados a la buena administración...*” (fs. 1450 - 1458 vto.).

Con fecha 26 de marzo de 2015 se expidió la Comisión Nacional de Servicio Civil resolviendo aconsejar, como medida para mejor proveer, que se disponga la ampliación del procedimiento sumarial a fin de efectuar un

peritaje por ingeniero especializado en centrales térmicas o por la Universidad de la República (fs. 1467 - 1467 vto.).

Finalmente, el 2 de julio de 2015 se dictó la resolución que se impugna en estos obrados (fs. 1495 - 1498 de los A.A., pieza 5).

IV) Tras el análisis de los hechos del caso y de la normativa vigente, el Tribunal, compartiendo lo dictaminado por el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, se pronunciará por el rechazo de la pretensión anulatoria y, en consecuencia, confirmará el acto impugnado, por los fundamentos que se explicitan a continuación.

V) **Sobre los alegados vicios de procedimiento: imposibilidad de controlar la prueba diligenciada durante la investigación administrativa.**

V.1.- El primero de los agravios que esgrime la parte actora, refiere a que la investigación administrativa que precedió el sumario que se les instruyera, tuvo carácter de secreta y reservada, habiéndosele negado el acceso a la documentación recolectada y a la prueba diligenciada durante la misma.

A su entender, ello cercenó su derecho de defensa y contradice frontalmente normas de índole constitucional y legal.

A juicio del Tribunal, no le asiste razón a la parte actora en su planteo.

Liminarmente, ha de señalarse que el concepto de “investigación administrativa” se encuentra dispuesto en el artículo 182 del Decreto 500/1991 el cual establece que: *“La investigación administrativa es el procedimiento tendiente a determinar o comprobar la existencia de actos y hechos irregulares o ilícitos dentro del servicio o que lo afecten*

directamente aun siendo extraños a él, y a la individualización de los responsables”.

En función de dicha norma, la Corporación siguiendo a la doctrina más recibida, ha interpretado que -de principio- en la etapa denominada “investigación administrativa” no se encuentra individualizado funcionario alguno al que se le impute la comisión de una falta administrativa. Por el contrario, el objeto de la misma será el de individualizar las presuntas irregularidades y los presuntos responsables.

En consecuencia, corresponde anotar que esta etapa es un procedimiento instruido por la Administración en forma unilateral, en el que no existe ningún funcionario en calidad de indagado, por lo que no corresponde su participación, pues hasta ese momento no se ha individualizado al presunto responsable de una falta administrativa. (Cfme. Sentencia No. 1035/2017).

Es recién al finalizar esta etapa que se identifica a los presuntos responsables, y entonces se inicia la fase del sumario administrativo, en la cual el funcionario sumariado, a quien se le atribuye la comisión de una falta administrativa, podrá controlar el diligenciamiento de los medios de prueba y ejercer las demás facultades integrantes del derecho al debido proceso.

Ahora bien; lo dicho anteriormente, no resulta aplicable y deviene ilegítimo en los casos en que no se cumplan los extremos antes señalados y en su lugar, la investigación administrativa se encuentre dirigida claramente contra una persona individualizada y sospechada. En efecto, en virtud de los principios constitucionales, el Pacto de San José de Costa Rica y demás Tratados ratificados por nuestro país, el sujeto contra quien se

inicie una investigación administrativa podrá participar desde el inicio del procedimiento administrativo, controlando la prueba que se diligencie por el instructor, asistir a todas las medidas no reservadas o cautelares (justamente para que no se frustren) y luego de cumplidas, que las mismas le sean notificadas. Asimismo, podrá ofrecer prueba, lo que no implica que deban necesariamente ser acogidas por no resultar imprescindibles para el informe que emitirá el instructor, salvo que se consideren conducentes y útiles y no puedan desplazarse para la etapa del eventual sumario.

De no cumplirse con lo antes señalado, habrá una notoria indefensión y, consecuentemente, el acto administrativo que se dicte a la postre de dicho procedimiento viciado, será nulo.

En adición a lo anterior, ha de señalarse que, en los casos en que la investigación administrativa esté dirigida para indagar a alguien en particular, dicho sujeto deberá constituir domicilio real y electrónico; se le deberá intimar la designación de Defensor, se le deberá notificar la iniciación del procedimiento y de cada una de las medidas instructorias que se lleven a cabo a fin de poder participar de ellas; así como también deberá ser notificado del informe que se eleve al jerarca, frente al cual podrá producir sus descargos.

El fundamento de lo señalado, se encuentra en que del acto instructorio podrían surgir conclusiones potencialmente perjudiciales -si bien no vinculantes para el Órgano decisor- que si fuera elevado al jerarca sin que, previamente, fuera oído el funcionario indagado desde un inicio, podría resultar violatorio del mínimo derecho de defensa.

A juicio del Tribunal, en el caso señalado, no permitirle participar de la instrucción bajo el pretexto de tratarse de una medida cautelar no resiste

el menor análisis (salvo, naturalmente, que suponga un riesgo de frustración en cuyo caso deberá expresarse o **surja como en el presente caso que ese riesgo es notorio y manifiesto**) se lo inserta en un proceso inquisitivo, transgresor de los derechos más elementales, desterrado desde el Pacto de San José de Costa Rica, consagrado en el derecho nacional en el año 2004 por el artículo 113 del Código del Proceso Penal y del actual artículo 259 del Código del Proceso Penal por lo que el procedimiento administrativo quedaría como testimonio impávido.

Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: CIDH) ha expresado -siguiendo la corriente jurisprudencial del TEDH-: En su decisión sobre este caso, la CIDH reconoció la necesidad de fijar estándares en materia de procedimientos administrativos. Al efecto, decidió recurrir a los desarrollos que en la materia, ya habían sido proporcionados por la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos, por tribunales constitucionales y por la doctrina especializada. Así, la CIDH resaltó:

“Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha establecido en términos generales que los derechos al debido proceso y a la defensa en juicio son aplicables a los procedimientos e investigaciones administrativas (...) Respecto a la amplitud de las garantías del debido proceso que deben observarse en el procedimiento administrativo, la Comisión ha notado coincidencia en la jurisprudencia de varios países. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en tal sentido que "toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho,

con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen (...)
No menos interesante es la perspectiva del jurista Agustín Gordillo sobre el particular: El principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar, no solamente es un principio de Justicia, es también un principio de eficacia, porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto lo ayuda a una mejor administración, además de una más justa decisión...”.
(<http://www.cidh.org/countryrep/AccesoDESC07sp/Accessodesciii.sp.htm>).

Sin perjuicio de todo lo dicho, en el presente caso lo actuado notoriamente ha sido una investigación administrativa sin persona sospechada, al punto que resultaron varios los extremos así como los funcionarios investigados, a partir de denuncias escritas como la del Sr. NAVARRO (ex trabajador de la empresa TECNOCYL, contratada desde el año 2004 para el mantenimiento mecánico de la Central Battle y Ordóñez) y el Sr. Pablo LEITA (presidente de TECNOCYL, que presuntamente habría sido perjudicada en la Licitación P41568) (fs. 404 y 408 de los A.A.), -a quien la Defensa pudo y decidió no citar a declarar- y otras varias denuncias orales.

Conforme surge de los recaudos adjuntos, en el caso a estudio, una vez finalizada la investigación administrativa de la cual salieron a la luz presuntas irregularidades en algunos procesos licitatorios llevados adelante por el Sector Generación Térmica y Subgerencia, así como también sus presuntos responsables, se inició la etapa de sumario, habiéndose notificado a los accionantes a fin de que ejercieran su derecho de defensa según lo entendieran conveniente.

Como se dijo anteriormente, es verdaderamente inadmisibles, que una investigación administrativa con presunto responsable a la vista, y menos sumario alguno, pueda ser “secreto” (porque obviamente rige la publicidad interna). Jamás puede invocarse para un sospechado y menos para un sumariado semejante reserva porque de sostenerse semejante criterio decimonónico se estaría haciendo una lectura inversa a la que corresponde al sistema jurídico.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el actuar de la Administración, tanto en lo que refiere a la etapa de investigación administrativa, como una vez decretado el sumario, fue razonable y ajustada a Derecho, no siendo reprochable en ningún aspecto. Por su parte, no se advierte que los actores hayan visto disminuido su derecho de defensa, sino que, por el contrario, pudieron ejercerlo válidamente; a saber: la Defensa realizó recusaciones, accionó en vía civil por daños y perjuicios, y el día 14 de junio de 2013 (fojas 1200 de los A.A.) fotocopió íntegramente los expedientes de la investigación administrativa y el sumario así como los anexos de los principales, y a fs. 1202 evacuó el traslado, solicitando el diligenciamiento de medios probatorios.

V.2.- Por otra parte, y sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, ha de consignarse que, aun si se entendiera como desacertada la negativa de la Administración de permitir presenciar y controlar la producción de la prueba de cargo y examinar todo lo concerniente a la investigación administrativa -especialmente, mientras se desarrollaba-, no puede soslayarse el hecho que la accionante tuvo la oportunidad de impugnar tal decisión y, sin embargo, no lo hizo, por lo que la misma quedó convalidada.

En el mismo sentido, se advierte la inercia de la parte actora en cuanto a solicitar el diligenciamiento de aquellos medios probatorios cuyo contralor le fue negado durante la investigación administrativa en las oportunidades posteriores que tuvo para hacerlo. En otras palabras, durante el transcurso del sumario, la parte actora tuvo la posibilidad de solicitar el diligenciamiento de todas las probanzas que entendiera pertinentes (más precisamente el 14 de junio de 2013, en oportunidad que se le confiriera vista -fs. 1200 de los A.A.-); por lo que pudo haber solicitado la declaración de aquéllos testigos que no pudo controlar durante la investigación administrativa, esto es: la llevada a cabo el 9 de abril de 2013 correspondiente a Tacuabé CABRERA (fs. 389-390 los A.A.); la del 30 de abril de ese mismo año del Sr. Gustavo CALVO (fs. 957-958 de los A.A.); la de fecha 9 de mayo de 2013 del Sr. MARZOA (fs. 976 de los A.A.), la del 13 de mayo de 2013 del Sr. PRELIASCO (fs. 998-1000 de los A.A.) y la de fecha 21 de mayo de 2013 del Sr. CALVO (fs. 1101-1103 de los A.A.).

A pesar de tener la posibilidad de solicitar la prueba y remediar la indefensión alegada, optó por no pedir el diligenciamiento de prueba testimonial de ninguno de los testigos de los que se agravia no haber podido controlar. Dicha actitud omisa fue observada por los actores, tanto en la vista que le fuera concedida (fs. 1200), al evacuar la nueva vista que se le otorgó en la ampliación sumarial (fs. 1372 de los A.A.), en oportunidad de interponer el recurso administrativo, así como también en la presente acción anulatoria, salvo en lo que refiere al Sr. CABRERA cuyo testimonio fuera solicitado en la vista, a lo que la Administración le hizo

lugar (fs. 1229 de los A.A.). (En el mismo sentido Sentencia No. 941/2010).

Es de toda evidencia que la postura adoptada por la Administración fue convalidada por la parte actora, por lo que mal puede invocarse la nulidad absoluta de lo actuado.

Resultan trasladables a la especie, lo sostenido por el Tribunal en la Sentencia No. 206/2016, en la que dijo: *“Es valor entendido que los vicios procedimentales deben juzgarse a la luz del principio de trascendencia o finalismo, puesto que el rito procedimental no es un fin en sí mismo, sino un medio para asegurar las garantías. En el caso de la vista previa, es un medio para asegurar que los interesados en el procedimiento administrativo puedan realizar sus descargos y presentar los medios probatorios que estimen oportunos antes del dictado de cualquiera acto con potencialidad lesiva de su esfera jurídica.*

Como señala CAJARVILLE, en materia de procedimiento administrativo corresponde tener en cuenta el principio de trascendencia, propio de la teoría de las nulidades: el incumplimiento de forma no se aprecia en sí mismo, sino en el agravio que produce. El vicio formal provocará la nulidad del propio acto que lo padece, si impide que cumpla con el fin propio de ese acto o si provoca disminución de las garantías del procedimiento o -caso extremo- indefensión (Cf. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Procedimiento Administrativo”, Idea, Montevideo, 1997, pág. 58; también del mismo autor: “Sobre actos administrativos en “Sobre Derecho Administrativo”, FCU, Montevideo, 2012, págs. 33 a 39; en la jurisprudencia del TCA, véanse -entre otras- las Sentencias 215/2012, 246/2012, 256/2013, 297/2013 y 140/2014).

En el caso, la secuencia procedimental muestra que la actora gozó de múltiples oportunidades de ejercitar sus defensas y de proponer sus medios probatorios, lo que disipa cualquier supuesto de disminución de las garantías o indefensión”.

V.3.- En adición a lo anterior, ha de señalarse que, a juicio de la Sala, la indefensión con trascendencia jurídico-constitucional se produce sólo cuando el interesado se ve, de forma injustificada, imposibilitado para impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos o cuando la vulneración de las normas procesales o procedimentales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado al quedar privado de su derecho a alegar, probar y, en su caso, para replicar las argumentaciones contrarias .

En el caso que nos ocupa, es posible advertir que a fojas 1205 Pieza 4 de los A.A., la Defensa solicitó prórroga de diez (10) días para evacuar la vista concedida, la que se le concedió a fojas 1207; posteriormente, a fojas 1209-1212 el sumariante se pronunció sobre la solicitud de diligenciamiento probatorio realizado, haciéndole lugar.

La parte actora pudo ser oída, proponer medios de prueba para que se diligenciaran, controlar la prueba de cargo y ante el Máximo Órgano Administrativo de la Nación se le diligenciaron los medios probatorios reclamados (fs. 39 y ss. de *infolios*), dando cima a un auténtico debido proceso. Cuando solicitó la declaración presencial, como la del Ingeniero CASARAVILLA (fs. 1368) y se le denegó (fs. 1370 de los A.A.) teniéndosele por desistido del interrogatorio (fs. 1372 de los A.A.) la defensa consistió y no impugnó dicha decisión.

En definitiva, puede afirmarse que si existió alguna irregularidad procedimental, la misma no alcanzó -en función del principio de trascendencia- una relevancia tal que provocara la nulidad del proceso; se ha dado cumplimiento al principio de finalismo del acto, no habiéndose provocado ninguna disminución de las garantías que justifiquen la nulidad de estas actuaciones.

Es jurisprudencia de la Sede que no toda irregularidad vicia el acto sino solamente aquellas que influyen de manera decisiva en el contenido del procedimiento de la Administración o que haya existido una lesión grave al derecho de defensa, nada de lo cual se advierte en el presente caso. (Cfme. Sentencia No. 237/2011).

VI) Sobre el fondo del asunto: constatación de las irregularidades denunciadas.

En cuanto al fondo del asunto, la parte actora se agravió por entender que la sanción aplicada se fundó en una imputación “insólita” y “antojadiza”, carente de cualquier tipo de respaldo técnico. Adujo que siendo todos ellos funcionarios pertenecientes a mandos medios, se los responsabilizó por su participación en determinados procedimientos licitatorios, cuando en esas mismas actuaciones también intervinieron las más empujadas autoridades del organismo, a las que no se les imputó responsabilidad alguna.

A juicio del Tribunal, el agravio esgrimido no es de recibo.

Conforme surge de los antecedentes agregados a la causa, fueron múltiples las irregularidades que se constataron en los procedimientos licitatorios analizados que justifican calificar la conducta de los actores como faltas disciplinarias graves y gravísimas y que constituyen el

fundamento de la sanción aplicada y que se cuestiona en los presentes obrados.

Tales irregularidades fueron plasmadas en el informe circunstanciado elaborado por el sumariante Dr. Enrique MACHADO y resumidas en el informe a su vez confeccionado por el Tribunal de Cuentas, el cual por su claridad, conviene reproducir a continuación:

“a) respecto al Ing. Daniel HIRIGOYEN ha quedado probada la responsabilidad múltiple que le cabe en la redacción del pliego, calificación de oferentes y ejecución de la Licitación Pública P. 35.052, la forma de pagos, la inadecuación de los fundamentos para las sucesivas ampliaciones y las que tuvieron por objeto el pago de mayores costos, con información que indujo en error al Directorio a la hora de adoptar la decisión. Su condición de Sub Gerente le coloca en una posición de superioridad funcional respecto de sus subordinados PAULERCI y BASSAGODA lo que se puede catalogar de agravante específico.

A ello debe agregarse la responsabilidad que se le adjudica en la Licitación P. 412.568 en su condición de miembro técnico de la Comisión Asesora de Adjudicaciones.

b) En cuanto al Ing. Leonardo PAULERCI, siendo Jefe de Departamento, le corresponde la responsabilidad directa en los mismos aspectos señalados precedentemente respecto de la licitación pública 35.052, además de la que puede configurarse por su intervención (aún indirecta en la licitación P.41.568); y,

c) en cuanto al Ing. Martín BASSAGODA, comparte con el Ing. PAULERCI su condición de Jefe de Departamento y en ese plano, aún con alguna salvedad, debe ser responsabilizado por su participación en todas

las etapas (al igual que sus colegas) de la Licitación Pública P. 35.052. (...) Finalmente, la misma falta de control documental sobre los trabajos efectuados en su área que le es imputable al Ing. PAULERCI, deben ser adjudicados al Ing. BASSAGODA”. (Fs. 1440 – 1441 de los A.A.).

Conforme al artículo 31 del Estatuto del Funcionario de UTE: *“Todo funcionario, cualquiera sea su jerarquía, es responsable de la correcta ejecución de las tareas que le son confiadas. El funcionario que tiene a su cargo un servicio no queda exonerado de responsabilidad por la que pueda caberle a sus subordinados”.*

A continuación se analizarán cada una de las imputaciones realizadas a los actores y los medios probatorios en los cuales se fundó la Administración para hacerlas a fin de comprobar que el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración fue ejercida conforme a Derecho.

Veamos:

a) La falta de claridad en los pliegos y otras irregularidades cometidas en relación a los mismos.

En oportunidad de ser interrogados en el procedimiento sumarial, los tres accionantes admitieron haber intervenido en la elaboración de los pliegos del acto licitatorio (fs. 371, 385 y 391 de los A.A., Pieza 2).

La falta de claridad en los pliegos, así como el hecho de que no se haya considerado el antecedente de un Llamado previo realizado en 1994 - que se podría haber tomado como referencia y así evitar sendos errores cometidos en la redacción- resulta imputable a los accionantes.

A su vez, tal como fuera relevado en el informe realizado por el instructor sumariante, la redacción de los pliegos se extendió en demasía en

el tiempo. *“La redacción se extendió desde marzo a julio de 2006. Ello surge de la propia prueba aportada por los sumariados (documento p) Carpeta No. 9): en agosto de 2006 el Ing. Borgno seguía poniendo materiales para ‘mejorar’ el pliego, que a esa altura estaba siendo considerado por os oferentes y que verificó varias prórrogas en la fecha de apertura de ofertas”.*

Y, más adelante, en ese mismo informe, relacionado con la extensión de los plazos y el cumplimiento del pliego, se afirma que: *“En los antecedentes y en la cita de la Vista de Descargos, queda de manifiesto que la C.A.A. de la P. 35.052, reconoce una demora del 19.10.2006 al 27.04.2007 imputable a sucesivos plazos que se le dan a la firma ulteriormente adjudicataria para demostrar el cumplimiento de las exigencias del Pliego. Este hecho, además de demostrar el exceso en la discrecionalidad (...), es una de las pruebas de que la extensión en el tiempo entre el llamado, la adjudicación y la ejecución -que no es imputable sino a los sumariados- operó luego como razón para las ampliaciones y pago de mayores costos, dado que se verificaron más horas de servicio de las que tenían los equipos al tiempo del llamado a licitación.”.* (Fs. 1411 de los A.A.) (El destacado se encuentra en el texto original).

Como acertadamente lo apunta la Junta de Transparencia y Ética Pública el actuar de los funcionarios sumariados vulneró el principio de Interés Público (art. 9 del Decreto 30/003), según el cual: *“En el ejercicio de sus funciones, el funcionario público debe actuar en todo momento en consideración del interés público conforme con las normas dictadas por los órganos competentes, de acuerdo con las normas expresadas en la*

Constitución (art. 82 incisos 1º y 2º de la Carta Política. (...)), así como también el principio de eficacia y Eficiencia (art. 19 del Decreto 30/003), y el de Eficiencia en la contratación (art. 20 del Decreto 30/003). (Fs. 1453-1454 de los A.A.).

b) Irregularidades en la evaluación de los antecedentes.

Otra de las inconductas que se le imputan a los accionantes guarda relación con las irregularidades cometidas a la hora de evaluar los antecedentes de los oferentes (fs. 1413 Pieza 5 de los A.A.).

En efecto: en el punto 4.4 (Pliego Licitatorio P. 35.052) se expresa que los antecedentes del oferente deberán incluir *“al menos 3 estudios de integridad y vida residual de unidades de generación térmica de más de 40 MW, en los últimos 5 años”* y más adelante, establece que: *“La firma que realice los trabajos de montaje y desmontaje de los equipos a estudiar tendrá experiencia comprobable en estas tareas, como mínimo habrá realizado el montaje de un turbogrupa a vapor de por lo menos 50 MW en los últimos años”*. (Fs. 1413 de los A.A.).

La empresa que resultara ser la adjudicataria de la licitación P. 35052 -CONSORCIO CSI SOLUCIONA- no acreditó antecedentes como los señalados precedentemente. Frente a lo cual, la CAA concedió no uno, sino tres plazos lo que sumó un total de 180 días para la presentación del complemento de información. Finalmente, emerge que la empresa presentó el respaldo de Unión Fenosa, lo que claramente constituye un apartamiento de las disposiciones contenidas en el Pliego, en tanto, los antecedentes deberían ser del sub contratista y no sustituirse por un respaldo a dicho sub contratista. (fs. 1413 de los A.A.).

La consecuencia de este incumplimiento fue negativa para UTE, ya que la adjudicataria verificó errores que obligaron a encargar la tarea deficientemente hecha a otra empresa. Ello resulta probado -entre otros- por el testimonio del Ing. PAULERCI (fs. 1021 de los A.A., pieza 4). En el mismo sentido el Ing. HIRIGOYEN (fs. 1029 de los A.A., pieza 4).

No surge de los recaudos adjuntos ningún elemento de prueba presentado por parte de los funcionarios sumariados que logre rebatir lo señalado precedentemente.

El proceder seguido por los funcionarios vulneró el principio de imparcialidad (art. 21 de la Ley No. 17.060) y el de tratamiento igualitario de los oferentes.

c) Irregularidades a la hora de evaluar la oferta elegida.

Los mismos principios se vieron vulnerados a la hora de la evaluación de la oferta seleccionada, en tanto, no se fundamentó el modo en que se llegó a la conclusión de que la misma era “técnicamente” aceptable.

En tal sentido, el instructor sumariante se fundó -entre otros elementos probatorios- en un correo electrónico enviado el 1° de agosto de 2007 por el Ing. HIRIGOYEN en el que señala: *“Estudiadas las ofertas técnicas, de la licitación P. 35.052 se verifica que la licitación (sic) CSI - Soluziona (es la de menor monto), presenta fortalezas y debilidades. En relación a éstas últimas cabe mencionar:*

- En la tabla de ensayos no queda claro la unidad en que está expresada la columna de cantidades de ensayos a realizar.

- No quedaban claros los criterios que propone emplear según lo solicitado, en el pliego en el punto 1.2. Alcance de la Parte.

- *Faltaba detalle de horas - hombre y costo por categoría de las mismas según el punto 4.6.2. de la Parte I (tareas de montaje - desmontaje).*

- *Se solicitó ampliación de los antecedentes del consorcio de acuerdo a lo pedido en el punto 3 de la circular No. 5.*

Se decide continuar con los estudios de los tres primeros temas dejando la definición formal del cuarto para el final. Se continúa con los estudios de los primeros 3 puntos a través de consultas con el oferente, llegándose a la conclusión de que cumple técnicamente con lo solicitado".
(fs. 1177 - 1178 de los A.A. pieza 4).

Con posterioridad a este mensaje, la oferta de CSI SOLUZIONA, fue aceptada y el contrato adjudicado.

El análisis acrítico a favor del Consorcio adjudicatario resulta claro e irrefutable y genera responsabilidad administrativa. (fs. 1414 Pieza 5 de los A.A.).

La transcripción del correo electrónico referido deja en evidencia que las "debilidades que contenía la oferta" no fueron aclaradas, ya que no se puede determinar cómo se llega a la conclusión de que es "técnicamente" aceptable.

Tampoco en este aspecto los actores lograron rebatir las conclusiones a las que arribó la Administración.

Se suman otras anomalías como ser el apartamiento de las bases del Pliego, en tanto, se abonaron sumas extraordinarias por trabajos de corrección de errores o reparación de daños en la Central Batlle causados por la empresa contratada u ocasionados como consecuencias de esos

trabajos, que deberían haber sido asumidos por la empresa contratada y no por UTE. (Este punto es desarrollado más adelante, en el literal e).

d) Asesoramiento defectuoso brindado a los jerarcas.

En adición a lo anterior, se les reprocha a los promotores el asesoramiento defectuoso brindado a los superiores en la adjudicación en función exclusivamente del factor precio. En efecto: si bien es cierto que los precios de la empresa adjudicataria fueron los más bajos, no es menos cierto que los propios sumariados admiten que los mismos eran extremadamente bajos.

Sobre el punto, la Sala comparte lo consignado por el Inspector Sumariante en cuanto a que: *“Resulta del todo inadmisibile que un funcionario con casi tres décadas de dedicación a las Centrales Térmicas, que es Jefe de Departamento, referente en su materia dentro del CBO, interlocutor de hecho en las autoridades nacionales, en el tema de la habilitación de las Calderas, pueda sostener que si los precios ofertados eran bajos, el riesgo era para la empresa oferente y no para UTE como destinatario del servicio. Los hechos posteriores, e incluso su versión sobre ellos, afirman completamente lo contrario. Los ensayos adicionales se hicieron, y el riesgo de los precios (con su aval) corrió completamente por parte de UTE”*. (fs. 1416 de los A.A.).

De este modo, se explica el desenlace penoso que tuvo esta licitación para la Administración, en tanto, habiéndose adjudicado la licitación por un total de USD 1.223.944,99; al finalizar los trabajos UTE abonó a la empresa adjudicataria -CSI SOLUZIONA- un total de US\$ 2.834.372,57, es decir, un 137,57% por encima del costo inicial.

e) Irregularidades en la gestión de pago y omisión en la aplicación de sanciones ante incumplimientos constatados.

Como si lo dicho hasta aquí no fuera suficiente, otra de las irregularidades que se les reprocha a los actores guarda relación con la gestión del pago de las ampliaciones (y los mayores costos de la Licitación P. 35052) así como la no aplicación de sanciones por incumplimiento. (fs. 1420 de los A.A.). Todo esto, como se dijo, redundó en un costo mucho más elevado respecto del cual la UTE tuvo que hacerse cargo.

En lo que a la gestión de pagos refiere, de todo el procedimiento sumarial se desprende que existió una ausencia de los controles mínimos en el seguimiento de la Licitación No. 35.052 o la laxitud de los mismos, con respecto al cumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas contratadas por UTE.

Al respecto, cabe señalar que de la información aportada por la Gerencia Económico Financiera surgen pagos a terceras empresas por END (ensayos no destructivos) en los equipos involucrados, en el período de ejecución de la licitación en cuestión.

En este sentido, se les imputa a los funcionarios sumariados haber realizado diversos trabajos en diferentes licitaciones que llevaron a que fuera imposible discriminar las etapas del contrato y sus pagos. De la misma manera, se increpa a los actores haber permitido la actuación de empresas como sub contratistas (como es el caso de TECNOCYL S.A. y TANGARI S.A.) -que venían trabajando para UTE directamente-, cuando estaban ejecutando otros contratos con UTE. Ello, de por sí, constituye una violación al Pliego de Condiciones redactado por ellos mismos. Así, el punto 1 *in fine* del mentado Pliego, dispone: “*El Contratista no podrá*

tener entre su personal propio o subcontratado a personas que estén trabajando simultáneamente para UTE en otros contratos de Mantenimiento de Centrales Térmicas” (Anexo XI del Pliego).

La falta de precisión en la facturación de CSI conjuntamente con la contemporaneidad de los trabajos de estas terceras empresas, constituye un indicio muy fuerte respecto de la duplicación de pagos para una misma tarea, que se facturaba por las etapas cumplidas y no por el detalle de los trabajos adicionales realizados.

Ello resulta reforzado por la reticencia en las declaraciones de los sumariados, a saber: Leonardo PAULERCI respondió evasivamente (fs. 833 - 835 Pieza 3 de los A.A.), al igual que Daniel HIRIGOYEN (fs. 1029 - 1032 Pieza 4 de los A.A.) y Martín BASSAGODA (fs. 1026 - 1028 Pieza 4 de los A.A.).

Por su parte, surge probado en forma fehaciente que la empresa que resultara adjudicataria no cumplió en forma exitosa con las tareas que le fueron encomendadas. A pesar de ello, no recibió sanción alguna. En este sentido, el Ing. PAULERCI admite que la empresa BELMORE S.R.L. (sub contratista declarada en la oferta el Consorcio SOLUZIONA SCI - adjudicataria-) no tuvo un buen desempeño (fs. 1022 de los A.A.). A su vez, sostuvo que los trabajos encargados y no realizados, no fueron abonados y que las tareas realizadas en forma deficiente fueron cumplidas por UTE o por la empresa TECNOCYL S.A. De hecho admite que las sanciones al adjudicatario no fueron aplicadas (fs. 833 - 835 de los A.A., especialmente, fs. 835 de los A.A., pieza 3).

Si bien aseveró que -a su entender- los errores en los que incurrió BELMORE no constituyeron una hipótesis de incumplimiento, a

continuación señaló que presentaría prueba para probar sus dichos, las cuales nunca fueron agregadas ni durante el procedimiento administrativo, ni durante la presente acción. A su vez, cuando se le preguntó cómo se había documentado el descuento efectuado a la adjudicataria por las tareas no cumplidas, de un modo evasivo, respondió: *“Tengo entendido que lo tiene documentado el Ing. Hirigoyen.”* (fs. 1022 de los A.A.)

El mencionado incumplimiento y su falta de castigo surgen también de la declaración del propio Ing. HIRIGOYEN aunque éste le resta importancia. En tal sentido, declaró: *“Se consideró que las carencias eran puntuales y los futuros trabajos debían ser realizaos por la misma empresa”*. (fs. 606 - 609, especialmente, fs. 609 de los A.A., pieza 3). (Ver también declaración luciente a fs. 1029 - 1032 de los A.A.).

Al respecto, cabe señalar que el Tribunal comparte el razonamiento que realiza el instructor sumariante al indicar que tal afirmación no resulta lógica: *“Si el trabajo se hizo mal y se encargó a otra empresa en la 6ta. Unidad y en la 5ta. directamente lo hizo UTE con otra empresa, no puede considerarse un incumplimiento como ‘puntual’”*. (Fs. 1421 de los A.A.).

También se desprenden de esta declaración respuestas evasivas, como se aprecia de la contestación brindada respecto a la forma en que se documentaron los descuentos a la adjudicataria por las tareas no cumplidas. En ese caso, respondió: *“Hay correos y cuando mostremos los números esos descuentos están indicados por correo y van a quedar reflejados. En mi contestación a la línea se habla de descuentos, no de multas”*. (fs. 1031 de los A.A.) Huelga señalar que tal documentación no fue agregada.

A juicio del Tribunal, de las declaraciones tomadas a los funcionarios se desprende que a lo largo del proceso licitatorio los

sumariados observaron un actuar que, lejos de velar por los intereses de la Administración (como era su deber funcional), buscó beneficiar y “proteger” los intereses de la empresa que a la postre resultó la adjudicataria y que, ante la comisión de errores o incumplimientos, no tuvo que responder de modo alguno, sino que de todos los gastos adicionales se hizo cargo UTE. Esto es, se advierte que existió por parte de los actores la intención de flexibilizar las exigencias hacia el consorcio adjudicatario, lo que explica también que se admitieran trabajos “adicionales”, se realizaran tres ampliaciones y se intentara una “compra directa” que devino en “mayores costos” para solventar un resultado que era -indudablemente- riesgo de la empresa y no podía ser trasladado -como se trasladó- a UTE.

De lo dicho, no cabe más que concluir que la conducta observada por los funcionarios constituye un falta administrativa grave (o gravísima), violatoria de los deberes funcionales y, por tanto, merecedora de la sanción que les fue impuesta a través de la volición enjuiciada.

VII) Mención aparte merece la cantidad de “ensayos no destructivos” (END) llevados a cabo y la carencia de documentación que explicita la necesidad de efectuar cuatro ampliaciones del contrato.

En efecto: la imputación principal no es el número de END sino la falta de parámetros para justificar su realización, su costo y la forma en que finalmente fueron pagados. (fs. 1407 de los A.A., pieza 5).

Por su parte, los funcionarios sumariados plantearon que la necesidad de realizar más END que los previstos en el pliego, así como reparaciones de distinta índole es lo que justifica las ampliaciones que tuvieron lugar y el pago de mayores costos.

Respecto de los END, concretamente referidos a: Endoscopía, ensayo de dureza, toma de muestras y control dimensional, los precios de los mismos no fueron incluidos en la oferta que finalmente resultó ser la adjudicataria. Sin embargo, según fue dispuesto en el informe del inspector sumariante, *“la tabla proporcionada por el sumariado, indica que se realizaron 49 endoscopías, 24 ensayos de dureza, 7 toma de muestras y 68 de control dimensional”*. (fs. 1388 y ss. de los A.A.).

Al respecto, cabe darle la razón a la Administración, en cuanto a que no surge de los antecedentes, ni fue probado por la parte actora que los mencionados ensayos hayan sido efectivamente realizados, ni qué precios se abonaron por dichas tareas.

A juicio del Tribunal, el deplorable análisis de los precios resulta ser responsabilidad de los tres funcionarios sumariados en virtud de los cargos técnicos que ocupaban y, por su activa intervención en la licitación en estudio.

Por otra parte, conforme a la información que surge de la Gerencia de Abastecimientos las sumas abonadas al “Consortio Soluziona CSI” por la ejecución de la Licitación P. 35052 ascendieron a los USD2.834.369.39 IVA incluido (fs. 1424 de los A.A.).

Sin embargo, resultó imposible asociar el monto abonado, con el costo de los trabajos efectivamente realizados en cada una de las etapas de la ejecución contractual, dejando al descubierto -una vez más- la falta de control y pésima administración que caracterizaron la licitación en cuestión.

VIII) Tampoco resulta de recibo el intento que realizan los actores al pretender deslindarse de toda responsabilidad, señalando que jerarcas de mayor rango aprobaron sus decisiones.

Como se dijo, el cargo que ocupan los actores, tomando en cuenta la preparación técnica y la trayectoria en los mismos, permite señalar que la responsabilidad que les ocupa, no se ve eximida por el hecho de que existan sujetos ocupando cargos de mayor jerarquía. En estos casos, suele ocurrir que quienes ocupan los cargos jerárquicos más elevados, confían en las decisiones y el asesoramiento de los técnicos idóneos a cargo.

Igual suerte corre la defensa planteada por los actores, respecto al buen concepto personal y profesional que de ellos pudieran tener sus superiores como ex integrantes del Directorio de UTE. Así como también el número de licitaciones en que hayan podido participar, sin que en ellas se haya verificado reclamo alguno de parte de los oferentes.

El Tribunal, comparte lo señalado por la demandada en cuanto a que *“los buenos antecedentes no pueden ser jamás fundamento de exculpación para conductas posteriores a dichos antecedentes”* (fs. 1399 de los A.A. pieza 5). Los mismos pueden operar como atenuantes genéricos, como aconteció en la especie.

IX) En lo que a la prueba producida por los sumariados refiere, la misma puede calificarse como sumamente débil, que buscó en todo momento introducir elementos ajenos a los temas de análisis, intentando diluir la responsabilidad disciplinaria con preguntas impertinentes e inconducentes. (En el caso de la prueba testimonial aportada).

En cada oportunidad en que los actores fueron interrogados, sus declaraciones fueron confusas y evasivas. En este sentido, las negativas a responder o frases como “no recuerdo”, “debería chequearlo”, “pasaron muchos años”, “se aportará prueba documental más adelante” -la que nunca se agregó- fueron una constante a lo largo de todo el procedimiento sumarial. (fs. 416 - 600 y 632 - 637, 739 - 742, 775-776, 783-790, 833-835, 957-958 y 1026 - 1032 de los A.A. Ver también fojas: 1399 a 1401 de los recaudos adjuntos, donde -en el informe confeccionado por el instructor sumariante- aparecen detalladas las respuestas reticentes o confusas de los funcionarios inculcados).

En ese sentido, se advierte cómo los accionantes, en lugar de probar sus dichos, se concentraron en cuestionar y acusar el modo de actuar del instructor sumariante, de intentar evadir su responsabilidad, trasladándola a los superiores jerárquicos, dando respuestas imprecisas a las preguntas formuladas o trayendo temas y cuestiones impertinentes que no guardaban relación con el objeto del sumario a fin de generar más confusión.

En definitiva, puede concluirse que los sumariados tuvieron múltiples oportunidades de producir prueba, no logrando rebatir los extremos recolectados y probados por la Administración.

X) Sobre la pericia sugerida por la Comisión Nacional de Servicio Civil.

Conforme fuera relevado en el *racconto* de los antecedentes administrativos, en oportunidad de expedirse la CNSC ésta sugirió, como medida para mejor proveer, que se dispusiera la ampliación del procedimiento sumarial a fin de que se efectuara un peritaje por ingeniero

especializado en centrales térmicas o por la Universidad de la República (fs. 1467 - 1467 vto.).

Tal sugerencia no fue atendida por la demandada, quien derechamente, dictó el acto impugnado.

A juicio del Tribunal, lo acontecido, no importa vulneración alguna del debido proceso y menos aún, vicia de nulidad el acto impugnado.

En efecto; por un lado, debe tenerse presente que la medida para mejor proveer tiene por finalidad despejar extremos que al sumariante le generen dudas o aclarar cuestiones que puedan presentarse como contradictorias. Por lo que, si tales dudas, interrogantes o contradicciones no se le presentan al instructor sumariante, de ninguna manera se le puede hacer reproche jurídico alguno por no acogerlas o impulsarlas.

Y, por otro lado, se impone recordar que la opinión de la mentada Oficina, no solo no es obligatoria ni vinculante para el Órgano decisor, sino que *“toda vez que la Administración se niegue a admitir una pericia, se soluciona haciéndola privadamente, aportando luego como prueba documental el informe del perito y ofreciendo su testimonio para que la Administración lo llame y le haga cuantas preguntas, repreguntas, ampliaciones, aclaraciones, o incluso si quiere, volver a hacer la prueba pericial con control y participación de la Administración.”* (GORDILLO, citado por la Dra. Graciela RUOCCO en el Seminario Ética, Derechos Humanos y Administración Tributaria. El Principio del "Debido Proceso" en el Procedimiento Disciplinario, con Énfasis en la Prueba, página 33).

XI) Sobre la potestad disciplinaria que asiste a la Administración y el *quátum* de la sanción aplicada.

Siguiendo lo señalado por CORREA FREITAS y VÁZQUEZ la potestad disciplinaria puede definirse como *“la facultad de aplicar medidas disciplinarias (sanciones) mediante un procedimiento especialmente establecido a ese efecto, con el fin de tutelar el orden jurídico administrativo. “(...) se trata de un poder de principio, cuyo fundamento radica en la necesidad que tiene la Administración, de asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo. La potestad disciplinaria constituye una especie del género potestad sancionatoria”*. (CORREA FREITAS, Rubén y VÁZQUEZ, Cristina. Manual de Derecho de la Función Pública. FCU, segunda edición, p. 288).

Por su parte, el Prof. SAYAGUÉS LASO hace décadas atrás, sostuvo que *“La Administración tiene la obligación de asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo. Para lograrlo es menester que pueda exigir a los funcionarios el cumplimiento estricto de sus deberes y eventualmente sancionar a quienes cometan faltas. Dentro del régimen estatutario que regula la función pública ese poder jurídico es de principio. Tal es el fundamento y la finalidad de las potestades disciplinarias de la Administración. Con este punto de partida, la consecuencia lógica es la discrecionalidad en el ejercicio de los poderes disciplinarios”* (SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, T. I, 8ta. Edición, FCU 2002, p. 323).

En el caso sometido a decisión del Tribunal, puede aseverarse sin hesitación alguna que la Administración cumplió cabalmente con las normas que rigen el debido proceso, investigando las irregularidades que fueron denunciadas, otorgando a los funcionarios sumariados todas las garantías pertinentes a fin de que pudieran ejercer su derecho de defensa en

forma plena y explicitando las razones que la llevaron a aplicar la sanción aplicada: 180 días de suspensión con retención de los haberes (art. 52 del Título V del Reglamento de Procedimiento Disciplinario de la UTE, fs. 1539 y ss. de los A.A.) (fs. 1516 - 1519 de los A.A.). Es decir, una sanción menos gravosa que la aconsejada por el instructor sumariante (fs. 1430 de los A.A.) y que resultara luego refrendada por el Tribunal de Cuentas (fs. 1436 - 1445 de los A.A.) y la Junta de Transparencia y Ética Pública, la que indicó que surgen incumplidos todos los principios de la ética en la función pública vinculados a la buena administración (fs. 1450 a 1457).

Por último, en cuanto a la medida de la sanción, cabe reiterar lo sostenido por el Tribunal en anteriores pronunciamientos, en el sentido que ella es cuestión normalmente ajena a su jurisdicción y corresponde al criterio discrecional del jerarca administrativo, salvo cuando se aprecie una evidente discordancia de la falta con la pena o, una desproporción susceptible de configurar una desviación o exceso de poder; lo que, ciertamente, en el *casus* no se da (Conf. Sent. 470/87, 99/89, 282/89, 667/90, 720/91, 212/92, 400/92, 253/93, 607/93, 1039/93, 224/94, 474/94, 1041/94, etc.).

De todo lo dicho, no cabe más que arribar a la conclusión de que la Administración actuó conforme a Derecho, quedando plenamente probada la responsabilidad de los justiciables en los procedimientos licitatorios en los que se autorizaron pruebas y gastos que no fueron documentados y se tradujeron en perjuicios para la Administración y un claro incumplimiento de sus deberes funcionales.

En definitiva, por las razones expuestas, lo establecido en el artículo 309 de la Constitución de la República, el Tribunal,

FALLA:

Desestímase la pretensión anulatoria y, en su mérito, confirmase el acto administrativo impugnado.

Sin especial condena procesal.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora y demandada en la suma de \$30.000 (pesos uruguayos treinta mil) cada una.

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Vázquez Cruz, Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Echeveste, Dr. Corujo (r.),

Dra. Gómez.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado)