DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO

INFORME DE EXAMEN ESPECIAL AL DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y SUPERVISIÓN DEL PROYECTO DE AMPLIACIÓN DE LA CARRETERA CA04S, ENTRE KM. 22.36 (SALIDA SUR DE ZARAGOZA) AL KM. 35 (CARRETERA CA02W) DEPARTAMENTO DE LA LIBERTAD, PRÉSTAMO BCIE No. 2120, EJECUTADO POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO (MOPTVDU), POR EL PERÍODO DEL 1 DE SEPTIEMBRE DE 2019 AL 29 DE FEBRERO DE 2020

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO El Salvador, C.A.

SAN SALVADOR, 14 DE DICIEMBRE DE 2020

INDICE

CONTENIDO PÁGINA

1. PÁRRAFO INTRODUCTORIO 1
2. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO 1
2.1 Generalidades 1
2.2 Presupuesto del Proyecto 2
3. OBJETIVOS DEL EXAMEN 3
3.1 Objetivo General 3
3.2 Objetivos Específicos 3
4. ALCANCE DEL EXAMEN 4
5. PROCEDIMIENTOS DE AUDITORIA APLICADOS 5
6. RESULTADOS DEL EXAMEN 6
7. ANALISIS DE INFORMES DE AUDITORÍA INTERNA Y FIRMAS PRIVADAS DE AUDITORIA 21
7.1 Auditoría Interna 21
7.2 Informes de Auditoría Externa 22
8. SEGUIMIENTO A LAS RECOMENDACIONES DE AUDITORIAS ANTERIORES. 22
9. CONCLUSIÓN DE LA AUDITORÍA DE EXAMEN ESPECIAL 22
10. PÁRRAFO ACLARATORIO 23

Señor
Ministro de Obras Públicas y de Transporte
Presente.

1. PÁRRAFO INTRODUCTORIO

Con base a lo establecido en el Art. 195, atribución 4ª de la Constitución de la República y Artículos 5, 30 y 31 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, Plan Anual Operativo y Orden de Trabajo No. 44/2019 de fecha 25 de noviembre de 2019, hemos efectuado Examen Especial al Diseño, Construcción y Supervisión del Proyecto de Ampliación de la Carretera CA04S; entre Km 22.36 (Salida Sur de Zaragoza) al Km 35 (Carretera CA02W), Departamento de La Libertad; Préstamo BCIE N° 2120, ejecutado por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano (MOPTVDU), por el período del 1 de septiembre de 2019 al 29 de febrero de 2020.

2. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

2.1 Generalidades

El proyecto objeto de examen consiste en la revisión y/o actualización del diseño y la construcción de la ampliación de la carretera CA04S existente, que actualmente dispone de un carril por sentido con algunos tramos de carriles adicionales para el ascenso, con una longitud de 5.50 Km, dotándola de 4 carriles de 3.50 m cada uno (dos por cada sentido) con un separador central de concreto tipo New Jersey de 0.60 m de ancho en una longitud de 5,400 m y separador de concreto tipo súper sapo, de 0.30 m de ancho en una longitud de 510 m, para delimitar espacios de bahías de buses, contando la sección transversal con hombros exteriores de 1.80 m e interiores de 0.60 m de ancho, contiguos al separador central.

El Proyecto ha sido clasificado en dos tramos, los cuales se conforman de segmentos, de acuerdo el siguiente detalle:

TRAMO II	
SEGMENTO 1	
REALIZADOR UDP Participación Conjunta de Oferentes Proyectos Civiles ECON- LA CANTERA	CONTRATO No. 92/2016
SUPERVISOR Roberto Salazar y Asociados Ingenieros Consultores, S.A. de C.V.	CONTRATO No.105/2016
SEGMENTO 2	
REALIZADOR: UDP Participación Conjunta de Oferentes Proyectos Civiles ECON- LA CANTERA	CONTRATO No. 91/2017
SUPERVISOR: Roberto Salazar y Asociados Ingenieros Consultores, S.A. de C.V.	CONTRATO No. 106/2017
TRAMO III	
SEGMENTO 1	
REALIZADOR: Constructora MECO, Sociedad Anónima, Sucursal El Salvador	CONTRATO No. 197/2017
SUPERVISOR: INSERIN, S.A. DE C.V.	CONTRATO No. 194/2017

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO
DIRECCIÓN
El Salvador, C.A.

SEGMENTO 2	
REALIZADOR FESSIC, S.A. DE C.V.	CONTRATO No. 193/2017
SUPERVISOR: VIELCA INGENIEROS, S.A., SUCURSAL EL SALVADOR	CONTRATO No. 196/2017

En este examen, únicamente evaluamos los segmentos 1 y 2 de los tramos II y III.

2.2 Presupuesto del Proyecto

El presupuesto que se estimó y los montos contratados para la ejecución del proyecto Diseño, Construcción y Supervisión de Ampliación de la Carretera CA04S; entre Km 22.36 (Salida Sur de Zaragoza) al Km 35 (Carretera CA02W), Departamento de La Libertad, financiado con recursos del Préstamo BCIE N° 2120, para el desarrollo de los tramos II y III, los cuales se detallan a continuación:

DETALLE DE MONTOS DE EJECUCIÓN DEL TRAMO II, SEGMENTOS 1 Y 2

NOMBRE DEL PROYECTO	VALOR PRESUPUESTADO	MONTO DEL CONTRATO	FUENTE DE FINANCIAMIENTO
TRAMO II SEGMENTO 1			
Diseño y Construcción del Proyecto	$21,412,385.04	$20,962,387.60	FONDOS BCIE
Supervisión	$ 822,075.17	$ 413,420.69	FONDOS BCIE
SUB-TOTALES S1	**$22,234,460.21**	**$21,375,808.29**	
TRAMO II SEGMENTO 2			
Diseño y Construcción del Proyecto	$18,812,786,65	$18,797,777.37	FONDOS BCIE
Supervisión	$ 718,904.97	$ 413,420.69	FONDOS BCIE
Incremento Contrato Supervisión		$ 80,225.97	
SUB-TOTALES S2	**$19,531.691.62**	**$ 19,291,424.03**	
TOTALES	**$41,766,151.83**	**$40,667,232.32**	

DETALLE DE MONTOS DE EJECUCIÓN DEL TRAMO III, SEGMENTOS 1 Y 2

NOMBRE DEL PROYECTO	VALOR PRESUPUESTADO	MONTO DEL CONTRATO	FUENTE DE FINANCIAMIENTO
TRAMO III SEGMENTO 1			
Diseño y Construcción del Proyecto	$26,672,185.04	$26,567,786.70	FONDOS BCIE
Supervisión	$ 504,000.00	$ 754,314.70	FONDOS BCIE
SUB-TOTALES S1	**$27,176,185.04**	**$27,322,101.40**	
TRAMO III SEGMENTO 2			
Diseño y Construcción del Proyecto	$17,065,417.65	$15,878,012.26	FONDOS BCIE
Supervisión	$ 504,000.00	$ 625,252.34	FONDOS BCIE
Incremento Contrato Supervisión		$ 110,116.43	
SUB-TOTALES S2	**$17,569,417.65**	**$ 16,613,381.03**	
TOTALES	**$44,745,602.69**	**$43,935,482.43**	

3. OBJETIVOS DEL EXAMEN

3.1 Objetivo General

Realizar Examen Especial al Diseño Construcción y Supervisión del Proyecto de Ampliación de la Carretera CA04S; entre Km 22.36 (salida sur de Zaragoza) al Km 35 (Carretera CA02W), Departamento de La Libertad, Préstamo BCIE No. 2120, ejecutado por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano (MOPTVDU), por el período del 1 de septiembre de 2019 al 29 de febrero de 2020, con el propósito de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la ejecución y supervisión del referido proyecto.

3.2 Objetivos Específicos

1. Comprobar el cumplimiento de las cláusulas de los contratos de construcción y supervisión del proyecto de ampliación de la carretera CA04S; entre Km 22.36 (salida sur de Zaragoza) al Km 35 (carretera CA02W).

2. Verificar el cumplimiento de los plazos establecidos en los contratos de construcción y supervisión del proyecto y en los planes de trabajo presentados por los contratistas.

3. Verificar que se hayan realizado las gestiones de adquisición de los derechos de vía donde se está ejecutando el proyecto.

4. Determinar que los pagos de cada una de las estimaciones e informes del proyecto, relacionados con la construcción y supervisión, estén debidamente autorizados y se hayan presentado los productos conforme lo establecido en los documentos contractuales, previo a la autorización de cada pago y que se hayan registrado de forma oportuna, adecuada y de conformidad a las normas contables aplicables.

5. Verificar la correcta utilización y liquidación del anticipo, por parte del Constructor y por parte del Supervisor, conforme al Plan de Utilización del anticipo presentado.

6. Constatar mediante visitas de campo al proyecto, que éste se ejecute conforme a las especificaciones técnicas correspondientes.

7. Comprobar mediante la evaluación técnica la funcionalidad, razonabilidad del costo y calidad de las obras.

8. Dar seguimiento a informes de auditoría emitidos por la Gerencia de Auditoría Interna Institucional del MOPT y por firmas Privadas de Auditoría relacionados con los Fondos del Préstamo BCIE No. 2120 y dar seguimiento a recomendaciones de auditorías anteriores realizadas por la Corte de Cuentas de la República, relacionadas con dicho proyecto.

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO
DIRECCIÓN
El Salvador, C.A.

4. ALCANCE DEL EXAMEN

Nuestro trabajo consistió en realizar Examen Especial al Diseño Construcción y Supervisión del Proyecto de Ampliación de la Carretera CA04S; entre Km 22.36 (salida sur de Zaragoza) al Km. 35 (carretera CA02W), Departamento de La Libertad, Préstamo BCIE No. 2120, ejecutado por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano (MOPTVDU), por el período del 1 de septiembre de 2019 al 29 de febrero de 2020, mediante la aplicación de técnicas y procedimientos establecidos en las Normas de Auditoría Gubernamental y en el Reglamento de Políticas de Auditoría Gubernamental, emitidas por la Corte de Cuentas de la República.

Para la evaluación del proyecto se examinaron 8 contratos, cuatro de las empresas constructoras y cuatro de los supervisores

El proyecto examinado está conformado por los Tramos II y III, cada uno de ellos se conforma de Segmentos, los cuales se distribuyen de la siguiente forma: El Tramo II cuenta con dos Segmentos (S1 y S2) y el Tramo III está formado por tres Segmentos; sin embargo, en este examen especial se han examinado los Segmentos S1 y S2 de los Tramos II y III, quedando pendiente de examen el Segmento S3 del Tramo III, a continuación se describe la composición de cada Tramo con su Segmento, que han sido sujetos de examen:

Tramo II, Segmento 1
Constructor: UDP Participación Conjunta de Oferentes Proyectos Civiles ECON LA CANTERA, contrato No. 92/2017, de fecha 24 de mayo del 2017, para la ejecución de la obra denominada: "Diseño, Construcción del Proyecto: "Ampliación de la Carretera CA04S, Tramo II entre km. 22.36 (Salida Sur de Zaragoza), Km. 31.86 (Inicio de By Pass de La Libertad), Departamento de La Libertad, estaciones 10+400 a 15+800, los trabajos a realizar se encuentran en una longitud de 5.40 Km., de lo cual se revisó y evaluó de la estimación No. 22 a la No. 24 y liquidación.

Supervisor: Empresa Roberto Salazar y Asociados Ingenieros Constructores, S. A. de C.V., Contrato No. 105/2017 de fecha 9 de junio 2017, Supervisión del Diseño, Construcción del Proyecto: "Ampliación de la Carretera CA04S, TRAMO II ENTRE km. 22.36 (Salida Sur de Zaragoza), Km. 31.86 (Inicio de By Pass de La Libertad), Departamento de La Libertad, estaciones 10+400 a 15+800, de este contrato se revisó y evaluó del informe de supervisión No. 24 al No. 25 y liquidación.

Tramo II, Segmento 2
Constructor: UDP Participación Conjunta de Oferentes de Proyectos Civiles ECON LA CANTERA, Contrato No. 91/2017 de fecha 24 de junio de 2017, "Diseño y Construcción del Proyecto: "Ampliación de la Carretera CA04S, TRAMO II entre km. 22.36 (Salida Sur de Zaragoza), Km. 31.86 (Inicio de By Pass de La Libertad), Departamento de La Libertad, estaciones 15+800 a 21+300, de lo cual se revisó y evaluó la estimación No. 23 correspondiente a la liquidación.

Supervisor: Empresa Roberto Salazar y Asociados Ingenieros Constructores, S. A. de C.V., Contrato No.106/2017 de fecha 09 de junio de 2017, Supervisión del "Diseño y Construcción del Proyecto: "Ampliación de la Carretera CA04S, Tramo II entre km. 22.36 (Salida Sur de Zaragoza), Km. 31.86 (Inicio de By Pass de La Libertad), Departamento de La Libertad, estaciones 15+800 a 21+300, de este contrato se revisó y evaluó del informe de supervisión No. 23 correspondiente a la liquidación.

Tramo III Segmento 1
Constructor: MECO S.A., Sucursal El Salvador, Contrato No. 197/2017, de fecha 20 de diciembre de 2017, Diseño y Construcción del Proyecto Ampliación de Carretera CA04S Tramo III Construcción de By Pass de La Libertad entre Km 31.86 (Carretera CA04S)- Km. 35 (Carretera (CA02W), Departamento de La Libertad, que comprende de las estacones 0+100 a la 2+100, de lo cual se evaluó de la estimación No. 21 a la No. 26.

Supervisión: Servicios e Inversiones Sociedad Anónima de Capital Variable INSERINSA, S.A. de C.V. que se abrevia INSERIN S.A. de C.V. Contrato No.194/2017, de fecha 19 de diciembre 2017 Supervisión del Diseño, Construcción del Proyecto Ampliación de Carretera CA04S Tramo III Construcción de By Pass de La Libertad entre Km 31.86 (Carretera CA04S)- Km. 35 (Carretera (CA02W), Departamento de La Libertad. Estaciones de 0+100 a la 2+100, de lo cual se revisó del informe de supervisión No. 21 al No. 26.

Tramo III Segmento 2
Constructor: FESSIC S.A. DE C.V. Contrato No. 193/2017 de fecha 19 de diciembre de 2017, Diseño, Construcción del Proyecto Ampliación de Carretera CA04S Tramo III Construcción de By Pass de La Libertad entre Km 31.86 (Carretera CA04S)- Km. 35 (Carretera (CA02W), Departamento de La Libertad. Estaciones de la 2+100 a la 2+480, de lo cual se evaluó de la estimación No. 15 a la No. 22.

Supervisor: VIELCA INGENIEROS S.A. Sucursal El Salvador, Contrato No. 196/2017 de fecha 19 de diciembre de 2017, Supervisión al Diseño, Construcción del Proyecto Ampliación de Carretera CA04S Tramo III Construcción de By Pass de La Libertad entre Km 31.86 (Carretera CA04S)-Km. 35 (Carretera (CA02W), Departamento de La Libertad. Estaciones 2+100 a la 2+480, de lo cual se revisó del informe de supervisión No. 21 al No. 26.

5. PROCEDIMIENTOS DE AUDITORIA APLICADOS

Con el propósito de alcanzar los objetivos de auditoría definidos, los principales procedimientos desarrollados durante el examen especial, son:

a) Verificamos el cumplimiento a las Políticas y Normativa emitida por el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE) y la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).

b) Comprobamos el cumplimiento de las diferentes cláusulas contractuales de los contratos de construcción y supervisión del proyecto.

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO
DIRECCIÓN
El Salvador, C.A.

c) Constatamos que los registros de los hechos económicos efectuados por el MOPT relacionados con la ejecución de la Ampliación de la Carretera CA04S; entre Km 22.36 (salida sur de Zaragoza) al Km. 35 (carretera CA02W), Departamento de La Libertad, Préstamo BCIE No. 2120, se realizaron de conformidad a las normas, principios y lineamientos emitidos por la Dirección General de Contabilidad Gubernamental del Ministerio de Hacienda.

d) Realizamos evaluación técnica de la ejecución de las obras, verificamos el cumplimiento de las especificaciones técnicas, pruebas de laboratorio y avances en las actividades programadas.

e) Comprobamos si la Gerencia de Auditoría Interna Institucional del MOPT realizó examen especial a los Fondos del Préstamo BCIE No. 2120 y si fue contratada firmas privadas de auditoría externa, para evaluar el mismo.

6. RESULTADOS DEL EXAMEN

Los resultados de nuestras pruebas de auditoría revelaron la condición que se detalla a continuación:

Hallazgo No. 1

INCUMPLIMIENTOS REPORTADOS POR EL ADMINISTRADOR DE CONTRATO, SIN EJECUTAR EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Constatamos que el Administrador del Contrato de Supervisión No. 194/2017, derivado del Concurso Público Internacional CPINT 001/2017, adjudicado a la Sociedad INSERIN, S.A. de C.V. reportó a la Gerencia de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, incumplimientos de dicha sociedad al aprobar estimaciones con errores, presentadas por Constructora MECO, S.A., Sucursal El Salvador; sin embargo, la Gerencia Legal Institucional devolvió al Administrador de Contrato dichos informes por considerar que no es procedente iniciar el procedimiento administrativo de imposición de penalidad solicitado.

A continuación se presenta el detalle de informes de incumplimientos de INSERIN S.A. de C.V., devueltos por la Gerencia Legal:

No. ESTIMACIÓN	REF. MEMO	FECHA	CONSIDERACIONES DE LA GERENCIA LEGAL INSTITUCIONAL
16	MOP-UCR-LEGAI-ENVI-1890-2019	17/10/19	La Gerencia Legal Institucional, devolvió el informe de incumplimiento al Administrador de Contrato, por considerar que al no cumplirse los escenarios que establece el numeral 8.2 OTRAS PENALIDADES, que señala: "que deben aprobarse estimaciones con errores y/o reflejando obra de producto no conforme, y/o sin los respaldos de control de calidad", mismos que no constan descritos en su informe de incumplimiento; no es procedente iniciar el procedimiento administrativo de imposición de penalidad solicitado.

No. ESTIMACIÓN	REF. MEMO	FECHA	CONSIDERACIONES DE LA GERENCIA LEGAL INSTITUCIONAL
17	MOP-UCR-LEGAL-ENVI-1844-2019	14/10/19	La Gerencia Legal Institucional, devolvió el informe de incumplimiento al Administrador de Contrato, debido a que consideró que legalmente no se podía dar trámite al informe de incumplimiento en mención, mientras que no se contara con la calificación y descripción exacta de los hechos que se adecúen a los supuestos contenidos en la descripción de la penalidad que constituyeran incumplimiento de la supervisión.
18	MOP-UCR-LEGAL-ENVI-1842-2019	10/10/19	La Gerencia Legal Institucional, devolvió el informe de incumplimiento al administrador de contrato, por considerar que legalmente no se podía dar trámite al informe de incumplimiento en mención, mientras no se contara con la calificación y descripción exacta de los hechos que se adecuaran a los supuestos contenidos en la descripción de la penalidad y que constituyeran incumplimientos de la supervisión.

Cálculo de la Penalidad no aplicada a la Empresa Supervisora INSERINSA, de C.V.

No.	CONCEPTO	PENALIDAD
1	Por aprobar estimación No. 16 con errores	$ 200.00
2	Por aprobar estimación No. 17 con errores	$ 200.00
3	Por aprobar estimación No. 18 con errores	$ 200.00
	TOTAL	**$ 600.00**

El Contrato de Obra No. 194/2017 denominado Supervisión del Diseño y Construcción del Proyecto Ampliación de Carretera CA04S, Tramo III; Construcción de By Pass de La Libertad entre Km 31.86 (Carretera CA04S) – KM 35 (Carretera CA02W), Departamento de La Libertad. Estaciones 0+000 A 2+ 100, Cláusula Octava: INCUMPLIMIENTO, establece: "Cuando el Supervisor incurriese en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por causas imputables al mismo, podrá declararse la caducidad del contrato o imponer el pago de una multa, todo de conformidad al artículo 85 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Así también por el incumplimiento a las infracciones y penalidades establecidas en la cláusula CG-08 Condiciones Generales de Contratación, Anexo I de la Sección VII de las Bases de Concurso. El Supervisor autoriza, que se le descuente de los pagos correspondientes, el monto de las multas que le fueren impuestas. El incumplimiento o deficiencia total o parcial en la supervisión del proyecto, durante el plazo fijado en el presente contrato, dará lugar a que el Ministerio, caduque el presente contrato, en tal caso se hará efectiva la Garantía de Cumplimiento de Contrato y de Buena Inversión de Anticipo, en lo que faltare por amortizar."

Las Condiciones Generales de Contratación de las Bases de Concurso Internacional CPINT-001/2017, CG-08 Multas y Penalidades Contractuales. 8.2 Otras Penalidades No. 8., establecen:

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO
DIRECCIÓN
El Salvador, C.A.

DESCRIPCIÓN DE LA PENALIDAD	MONTO
8. Por aprobar estimaciones con errores y/o reflejando obra de producto no conforme y/o sin los respaldos de control de calidad correspondientes y sin los respaldos de aseguramiento de calidad. Por cada estimación (no incluye errores ortográficos)	US $200.00

El Art. 160 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece: "El procedimiento para la aplicación de las sanciones a particulares establecidas en la presente Ley, se realizará de la siguiente manera:

El responsable de la etapa en que se encuentre; remitirá al Titular a través de la UACI de la Institución, los informes o documentos en los cuales se indicará los incumplimientos y el nombre del contratista a quien se le atribuyere.

El titular comisionará a la Unidad Jurídica o quien haga las veces de ésta, para que inicie el proceso de aplicación de las sanciones establecidas..."

La deficiencia se originó debido a que la Gerente Legal Institucional no tramitó el proceso administrativo sancionatorio por los incumplimientos del supervisor reportados por el Administrador de Contrato, por considerar que no se cumplieron los considerandos de la CG- 08, Numeral 8.2 Otras Penalidades ni el principio de tipicidad.

Dicha decisión provocó que no se tramitara la penalidad de $600.00 a la Empresa Supervisora, por presentar estimaciones con errores.

COMENTARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN

La Gerente Legal Institucional a través de nota sin referencia de fecha 7 de septiembre de 2020, presentó los siguientes comentarios:

"Me refiero a su nota REF-DA5-EE-T2-T3 BCIE 2120-MOPT-OT44-No. 49/2020 del 2 de septiembre de 2020 notificada el 3 de septiembre de 2020, en relación al Examen Especial al Diseño, Construcción y Supervisión del Proyecto: "Ampliación de la Carretera CA04S, entre KM 22.36 (Salida Sur de Zaragoza) al KM 35 (Carretera CA02W) Departamento de La Libertad Préstamo BCIE No. 2120.

Que, como resultado del examen, comunica que se ha identificado una condición preliminar relacionada con aspectos de cumplimiento de leyes, normas y otras disposiciones aplicables según se detalla en documento Anexo; que únicamente se limitan a citar la cláusula octava del contrato de obra No. 194/2017; la CG-08 Multas y Penalidades 8.2 Otras Penalidades No. 8; Art. 160 LACAP.

La penalidad que se dejó de aplicar a INSERINSA según anexo dice que suma $600.

Al respecto, se hacen las siguientes consideraciones:

8.2 OTRAS PENALIDADES

La descripción de la penalidad es la siguiente:
"8. Por aprobar estimaciones con errores y/o reflejando obra de producto no conforme y/o sin los respaldos de control de calidad correspondientes y sin los respaldos de aseguramiento de calidad. Por cada estimación (No incluye errores ortográficos)" US $ 200.00"

De acuerdo a la redacción de dicha penalidad, pueden darse los siguientes supuestos normativos

i) Aprobar estimaciones con errores; y/o
ii) Reflejando obra de producto no conforme; y/o
iii) Sin los respaldos de control de calidad correspondientes; y
iv) Sin los respaldos de aseguramiento de calidad.

De la lectura de la descripción de la penalidad, se advierte que la misma no tiene una descripción, clara, precisa e inequívoca, que son los requisitos para cumplir con el principio de tipicidad (Art.139.2 LPA); ya que no está claro si para que se configure la infracción deben darse todos los supuestos establecidos en la CG-8.2 o con un supuesto de los contemplados se tipifica la infracción. Esto debido a que la letra "y" es una conjunción disyuntiva y la "o" es una conjunción copulativa.

CÁLCULO DE LA PENALIDAD

Con relación a lo expresado en el anexo: "Cálculo de la penalidad que se dejó de aplicar a INSERINSA, de C.V.", parte de un supuesto erróneo, en el sentido que sin previo juicio se está afirmando que se dejó de aplicar una penalidad. Es decir que a priori, se concluye que la penalidad debió ser aplicada, sin tomar en cuenta el derecho de audiencia, defensa y sin que el presunto infractor haya presentado la prueba de descargo, en el procedimiento respectivo. Al expresar que una penalidad se dejó de aplicar en esos términos, no toma en consideración y análisis que puede recaer en una nulidad de pleno derecho de conformidad al art. 36 letra b) de la Ley de Procedimientos Administrativos, que establece:

"Los actos administrativos incurren en nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando:"

"b) Se dicten prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido; se utilice uno distinto al fijado por la ley, o se adopten en ausencia de fases esenciales del procedimiento previsto o de aquellas que garantizan el derecho a la defensa de los interesados."

Condición preliminar relacionada con aspectos de cumplimiento de leyes, normas y otras disposiciones aplicables.

Así mismo, cabe agregar que no se ha indicado en su oficio, ni en el anexo (sin firma) el supuesto incumplimiento que se ha identificado preliminarmente; ya que en dicho anexo únicamente se limita a citar la cláusula octava del contrato de obra No. 194/2017; la CG-08 Multas y penalidades 8.2 Otras Penalidades No. 8; Art. 160 LACAP; sin especificar el

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO DIRECCIÓN Salvador, C.A.

supuesto incumplimiento que se ha identificado preliminarmente, lo cual desde ya dificulta mi derecho de defensa, reconocido constitucionalmente.

ESTIMACIÓN 16

En el memorándum referencia MOP-UCR-LEGAL-ENVI-1890-2019 del 17 de octubre de 2019, entre otros puntos se expresó lo siguiente:

"Estimado ingeniero, en su oportunidad esta Gerencia manifestó que: "en su informe, únicamente hizo una descripción del proceso de aprobación de la estimación número 16 juntamente con sus observaciones, e hizo referencia a que la supervisión reportó valores que influían en la suma de estimaciones aprobadas con anterioridad; sin embargo, al verificarse el texto de la penalidad que se pretende imponer es necesario que concurran varias circunstancias como por ejemplo que exista obra no conforme y sin los respaldos de aseguramiento de calidad, en otras palabras es necesario que se cuente con la tipicidad de las infracciones y su posible sanción."

Es decir que en ese momento se consideró que los hechos contenidos en el informe de incumplimiento no se adecúan al supuesto normativo contenido en la descripción de la mencionada penalidad; habiendo expresado lo siguiente:

"Por lo que al no cumplirse los escenarios que establece el numeral 8.2 Otras Penalidades cuando señala: "que deben aprobarse estimaciones con errores y/o reflejando obra de producto no conforme, y/o sin los respaldos de control de calidad correspondiente, y sin los respaldos de aseguramiento de calidad", mismos que no constan descritos en su informe de incumplimiento; no es procedente iniciar el procedimiento administrativo de imposición de penalidad solicitado."

Es decir que los hechos contenidos en el informe de incumplimiento debieron adecuarse al supuesto normativo; el administrador del contrato, si fuere el caso, pudo haber enviado un nuevo informe en el cual se detallaran los hechos que se adecuaban a los tipificados en la normativa contractual, CG8.2.

Quien conoce los hechos es el administrador de contrato, no la Gerencia Legal Institucional; de lo que se trataba era que el administrador del contrato revisara su informe y de ser procedente lo enviara nuevamente expresando los hechos a fin de determinar si se adecuaban a la normativa aplicable.

Adicionalmente, en el informe de incumplimiento el administrador expresa: "En vista de la revisión a la estimación No. 16 realizada por esta Administración y habiéndose emitido nota MOP-VMOP- BCIE2120-050619-03 que contiene diferentes observaciones a dicho estimado, se considera que la Empresa INSERIN, S.A. de C.V., Supervisora del proyecto, aprobó ese documento con errores."

Primero dice que tiene observaciones y luego dice que la supervisión aprobó "ese documento con errores." No está claro si el documento tiene observaciones o tiene errores.

Observaciones y errores son dos palabras que tienen significados diferentes.

PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Es aceptado tanto por la doctrina, como por las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de lo Constitucional, que a las sanciones administrativas se les aplican los principios del derecho penal. Uno de estos principios es el de tipicidad y legalidad.

La tipicidad se fundamenta en el aforismo nullun crimen sine lege, el cual hace referencia a que solo las conductas descritas previa y expresamente en la ley como delitos o infracciones administrativas - en el presente caso "penalidades" - serán sancionadas, ya sea con una pena o con una sanción administrativa.

En el ámbito administrativo sancionador, una de las vertientes materiales del principio de legalidad es la tipicidad de las infracciones administrativas o en su caso de los incumplimientos contractuales que en el presente caso pueden ser las penalidades establecidas en las bases de licitación. El principio de tipicidad no sólo impone el deber de la institución contratante de plasmar explícitamente en las bases de licitación o contrato, los actos u omisiones constitutivos de un incumplimiento contractual y de sus consecuencias sino que también impone, en su expresión concreta, que el aplicador de la norma sancionatoria efectúe el "ejercicio racional de adecuación del acto u omisión al tipo descrito en la norma constitutivo de infracción, con la imposición respectiva de la consecuencia prevista en su caso. Para que la actividad sancionadora de la administración sea legal, necesita en el caso concreto, primeramente, verificar que el acto u omisión sancionable se halle claramente definido como infracción en el ordenamiento jurídico; solo acertado esto, debe adecuar las circunstancias objetivas y personales determinantes del ilícito. Este es el ejercicio inherente a la tipicidad "(Sala de lo Contencioso Administrativo referencia 176-S-2003, sentencia dictada a las 12:00 del 16-01-2006)

Sobre el principio de tipicidad José Garberi Llobregat, afirma lo siguiente:

"...Así pues, mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de la infracciones y sanciones en la «Ley», la exigencia de tipicidad quedará complementada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse siendo, en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica..."

"De esta forma, por «conducta» típica únicamente podrá entenderse aquella en donde se aprecie una identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en abstracto por la norma jurídica, es decir, la homogeneidad del hecho real con los elementos normativos que fundamentan el contenido material de injusto (sentido de prohibición) de la situación que dan lugar a la actuación sancionadora de la administración..."

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA DIRECCIÓN DE AUDITORIA CINCO DIRECCIÓN El Salvador, C.A.

De acuerdo a lo anterior el principio de tipicidad quedará cumplido si la norma establece con claridad y precisión la definición de la conducta e igualmente la precisa definición de la sanción que pueda imponerse.

ESTIMACIÓN 17

En el memorándum referencia MOP-UCR-LEGAL-ENV1-1844-2019 del 14 de octubre de 2019, entre otros puntos se expresó lo siguiente:

"En su informe, únicamente hizo una descripción del proceso de aprobación de la estimación número 17 juntamente con sus observaciones y hace referencia a que la supervisión reportó valores que influían en la suma de estimaciones aprobadas con anterioridad, sin embargo, al verificarse el texto de la penalidad que se pretende imponer es necesario que concurran varias circunstancias como por ejemplo que exista obra no conforme y sin los respaldos de aseguramiento de calidad, en otras palabras es necesario que se cumpla en principio de tipicidad."

"..."

"Con relación a los errores no son especificados en la descripción de la penalidad, por lo que se considera que no cumple el principio de tipicidad, ya que la redacción no es clara, precisa e inequívoca."

"Para que la conducta del presunto infractor se adecúe a los supuestos descritos en la penalidad, el informe de incumplimiento del administrador de contrato debe especificar: la obra de producto no conforme, sin los respaldos de control de calidad correspondientes; y sin los respaldos de aseguramiento de calidad. Por tanto, se considera que el informe de incumplimiento debe especificar los hechos que se adecúan al supuesto normativo, contenidos en la descripción de la penalidad."

"Esta Gerencia Legal, considera que legalmente no se podrá dar trámite al informe de incumplimiento en mención, mientras no se cuente con la calificación y descripción exacta de los hechos que se adecúen a los supuestos contenidos en la descripción de la penalidad y que constituyen incumplimientos de la supervisión."

"En razón de lo anterior, se devuelve el informe de incumplimiento juntamente con sus anexos".

Como se podrá observar, se devolvió el informe y sus anexos; pero, si fuera el caso, es decir que los hechos se adecuaran al supuesto normativo de conformidad a la penalidad descrita, en la CG8.2; existiendo la posibilidad que se presentara nuevamente dicho informe.

ESTIMACIÓN 18

En el memorándum referencia MOP-UCR-LEGAL-ENVI-1842-2019 del 10 de octubre de 2019, entre otros puntos se expresó lo siguiente:

"En su informe, únicamente hace una descripción del proceso de aprobación de la estimación numero 18 juntamente con sus observaciones y hace referencia a que la supervisión reportó valores que influían en la suma de estimaciones aprobados con anterioridad; sin embargo, al verificarse el texto de la penalidad que se pretende imponer es necesario que concurran varias circunstancias como por ejemplo que exista obra no conforme y sin los respaldos de aseguramiento de calidad, en otras palabras es necesario que se cuente con la tipicidad."

"..."

"Con relación a los errores no son especificados en la descripción de la penalidad, por lo que se considera que no cumple el principio de tipicidad, ya que la redacción no es clara, precisa e inequívoca."

"Para que la conducta del presunto infractor se adecúe a los supuestos descritos en la penalidad, el informe de incumplimiento del administrador de contrato debe especificar: la obra de producto no conforme, sin los respaldos de control de calidad correspondientes; y sin los respaldos de aseguramiento de calidad. Por tanto, se considera que el informe de incumplimiento debe especificar los hechos que se adecúan al supuesto normativo, contenidos en la descripción de la penalidad."

"Esta Gerencia Legal, considera que legalmente no se podrá dar trámite al informe de incumplimiento en mención, mientras no se cuente con la calificación y descripción exacta de los hechos que se adecúen a los supuestos contenidos en la descripción de la penalidad y que constituyen incumplimientos de la supervisión."

"En razón de lo anterior, se devuelve el informe de incumplimiento juntamente con sus anexos" Como se podrá observar, se devolvió el informe y sus anexos; pero para que (si fuera el caso), se presentara nuevamente, expresando los hechos de conformidad a la penalidad descrita, en la CG8.2.

PAGOS AL CONTRATISTA

En la CG-48 de las bases de licitación se establece el trámite para hacer pagos parciales al contratista, en la parte que nos interesa para el presente caso dice lo siguiente:
"El contratista deberá presentar obligatoriamente, a la Supervisión, su estimación a más tardar (3) días hábiles después de la fecha de corte establecida. La supervisión deberá emitir su certificación u observaciones a más tardar cinco (5) días hábiles después de haber recibido la documentación del Contratista, la cual deberá incluir documentación que compruebe el último pago de planilla. En caso de observaciones por parte del Supervisor, éste y el Contratista deberán superar dicha situación en forma conjunta y aprobar la estimación en un período máximo igual a los anteriores."

"Las estimaciones deberán ser presentadas por el Contratista para el Visto Bueno del Administrador de Contrato, designado por el Ministerio al día hábil siguiente después de haber sido aprobado por la supervisión.

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO
DIRECCIÓN
El Salvador, C.A.

"La información que presente el Contratista para la estimación deberá evidenciar que las obras ejecutadas corresponden al período de la estimación de acuerdo a lo establecido en el Programa de Ejecución Físico-financiero. El contratista deberá comprobar que la obra ejecutada objeto de estimación cumple con los requerimientos establecidos en las especificaciones técnicas, adjuntando a la estimación los registros de control de calidad correspondiente del período. Se deberá incluir la memoria de cálculo de la obra objeto de estimación."

"El Ministerio hará los pagos al Contratista sobre la base de los trabajos realizados y aceptados al período, y certificado de pago emitido por el Supervisor, con el Visto Bueno del Administrador del Contrato, de la Gerencia de Caminos Rurales, y de la Dirección de Inversión de la Obra Pública del Ministerio. Los cuadros de avance físico certificarán la cantidad de trabajo ejecutada de acuerdo al Programa físico financiero."

La atribución del administrador de contrato de acuerdo a la CG-49 es otorgar el Visto Bueno al certificado de pago de la supervisión, si el administrador del contrato considera que no procede el otorgamiento del Visto Bueno, el pago no se hará efectivo. El punto es que en la GG 8.2 no establece la autoridad que determinará que la supervisión aprobó estimaciones con error y/o reflejando obra de producto no conforme y/o sin los respaldos de control de calidad correspondiente y sin los respaldos de aseguramiento de calidad. En el presente caso, entendemos que la Corte de Cuentas de la República, asume que es el administrador del contrato, pero de acuerdo a la cláusula citada la función del administrador del contrato en este caso es otorgar el Visto Bueno; sino lo hace no procedería el pago respectivo.

CONCLUSIÓN

El administrador de contrato, en su informe de incumplimiento -si fuere el caso-, debió expresar los hechos en concordancia a los establecidos en supuesto normativo contenido en la CG.8.2 y remitir nuevamente el informe de incumplimiento; esto para evitar que, en juicio contencioso administrativo, el acto administrativo mediante el cual se impusiera la penalidad, fuere declarado ilegal, por violación al principio de tipicidad.

La Gerencia Legal Institucional, lo que hizo fue una observación, basada en los documentos contractuales y ordenamiento legal aplicable, como la Ley de Procedimientos Administrativos."

Mediante nota de fecha 6 de noviembre de 2020 la Gerente Legal Institucional del Ministerio de Obras Públicas y de Transporte, presentó los siguientes comentarios: ...

"Con relación a la penalidad establecida en las Condiciones Generales de las Bases de Concurso Internacional CPINT No. 001/2017; específicamente a la CG-08 Multas y Penalidades Contractuales, Penalidad No. 8, los auditores citan 4 supuestos en forma diferente a los contemplados en la citada Condición General, en la cual se establecen los siguientes supuestos:

Aprobar estimaciones con errores; y/o
Aprobar estimaciones que reflejen obra de producto no conforme; y/o;

Aprobar estimaciones sin respaldos de control de calidad correspondientes; y
Aprobar sin respaldo de aseguramiento de calidad.

La interpretación que hacen los auditores, se basa en la redacción efectuada por ellos mismos que no coincide con la CG-08 antes citada; los auditores omiten las letras "y" que es una conjunción copulativa y la "o" que es una conjunción disyuntiva. Lo cual es sumamente importante para interpretar una norma jurídica; la conjunción disyuntiva "o" significa que puede darse un supuesto u otro, pero no ambos o todos; la "y" que es una conjunción copulativa, significa que pueden darse todos los supuestos y sirve para reunir en una sola unidad funcional dos o más elementos homogéneos, indicando adición o suma. De ahí que la penalidad no tenga una descripción, clara, precisa e inequívoca, como lo exige el principio de tipicidad, contenido en el Art. 139 No. 2 de la Ley de Procedimientos Administrativos, LPA.

A continuación, nos referiremos a cada estimación, para luego realizar un análisis aplicable a las tres estimaciones: números 16, 17 y 18

ESTIMACIÓN 16
En el informe de incumplimiento elaborado por el administrador del contrato No. 194/2017, se expresa lo siguiente:

"Descripción del Incumplimiento"

"El Contratista presentó a la Supervisión, para su revisión, la Estimación No. 16 mediante nota Ref. MECO-SV-197/2017-250419-02 en fecha 25 de abril de 2019, siendo devuelta con observaciones por la Supervisión en fecha 30 de abril del mismo año mediante nota INSERINSA194/2017-300419-01, una vez superadas las observaciones..."

"Con base en la misiva de aprobación de la estimación antes mencionada, el Constructor en fecha 16 de mayo de 2019, remite dicha estimación al Administrador de Contrato mediante nota MECO-SV-197/ 2017-160519-01 para su respectivo trámite, sin embargo, el Administrador realiza su propia revisión del estimado y emite sus observaciones mediante nota MOP-VMOPBCIE 2120-050619-03 de fecha 5 de junio de 2019 la cual contiene observaciones..."

"En vista de la revisión de la Estimación No. 16 realizada por esta Administración y habiéndose emitido nota MOP-VMOP-BCIE2120-050619-03 que contiene diferentes observaciones a dicho estimado, se considera que la Empresa INSERIN, S.A. DE C.V., Supervisora del proyecto, aprobó ese documento con errores."

No obstante, la mención de errores en el informe de incumplimiento, en la nota a que hace referencia el administrador de contrato: MOP-VMOP-BCIE 2120-050619-03 de fecha 5 de junio de 2019, se refiere a observaciones, textualmente dice:

"...adjunto a la presente estoy haciendo la correspondiente devolución de la misma, en vista que se han encontrado las siguientes observaciones:"

Finalmente, expresa:

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO
DIRECCIÓN
El Salvador, C.A.

"Con base en las observaciones antes detalladas se remiten los ejemplares suministrados para su debida corrección y nueva entrega a esta Administración..."

Es decir que el administrador del contrato, en la comunicación que le hizo al contratista, únicamente detalla observaciones. Es en el informe de incumplimiento que el administrador dice que considera que la estimación se aprobó con errores.

La consecuencia de la existencia de observaciones y errores, de acuerdo a los documentos contractuales, es diferente.

ESTIMACIÓN 17

Informe de incumplimiento del administrador de contrato

"Descripción del Incumplimiento"

"El Contratista presentó a la Supervisión, para su revisión, la Estimación No. 17 mediante nota Ref. MECO-SV-197/2017-230519-02 en fecha 23 de mayo de 2019, siendo devuelta con observaciones por la Supervisión en fecha 29 de mayo del mismo año mediante nota INSERINSA-194/2017-290518-02, una vez superadas las observaciones..."

"Con base en la misiva de aprobación de la estimación antes mencionada, el Constructor en fecha 11 de junio de 2019, remite dicha estimación al Administrador de Contrato mediante nota MECO-SV-197/2017-110619-03 para su respectivo trámite, sin embargo, el Administrador realiza su propia revisión del estimado y emite sus observaciones mediante nota MOPT-VMOPBCIE 2120-020719-01 de fecha 2 de julio de 2019 la cual contiene observaciones...

"En vista de la revisión de la Estimación No. 17 realizada por esta Administración y habiéndose emitido nota MOP-VMOP-BCIE2120-020719-01 que contiene diferentes observaciones a dicho estimado, se considera que la Empresa INSERIN, S.A. DE C.V., Supervisora del proyecto, aprobó ese documento con errores."

No obstante, la mención de errores en el informe de incumplimiento, en la nota a que hace referencia el administrador de contrato: MOP-VMOP-BCIE 2120-020719-01 de fecha 2 de julio de 2019, se refiere a observaciones, textualmente dice:

"...adjunto a la presente estoy haciendo la correspondiente devolución de la misma, en vista que se ha encontrado las siguientes observaciones:"

Finalmente, expresa:

"Con base en las observaciones antes detalladas se remiten los ejemplares suministrados para su debida corrección y nueva entrega a esta Administración..."

Es decir que el administrador del contrato, en la comunicación que le hizo al contratista, únicamente detalla observaciones. Es en el informe de incumplimiento que el administrador dice que considera que la estimación se aprobó con errores.

La consecuencia de la existencia de observaciones y errores, de acuerdo a los documentos contractuales, es diferente.

ESTIMACIÓN 18
Informe de incumplimiento del administrador de contrato.

"Descripción del Incumplimiento"

"El Contratista presentó a la Supervisión, para su revisión, la Estimación No. 18 mediante nota Ref. MECO-SV-197/2017-250619-01 en fecha 25 de junio de 2019, siendo devuelta con observaciones por la Supervisión en fecha 1 de julio del mismo año mediante nota INSERINSA194/2017-010719-01, una vez superadas las observaciones..."

"Con base en la misiva de aprobación de la estimación antes mencionada, el Constructor en fecha 12 de julio de 2019, remite dicha estimación al Administrador de Contrato mediante nota MECO-SV-197/2017-120719-03 para su respectivo trámite, sin embargo, el Administrador realiza su propia revisión del estimado y emite sus observaciones mediante nota MOPT-VMOPBCIE2120-070819-01 de fecha 7 de agosto de 2019 la cual contiene observaciones..."

"En vista de la revisión de la Estimación No. 18 realizada por esta Administración y habiéndose emitido nota MOP-VMOP-BCIE2120-070819-01 que contiene diferentes observaciones a dicho estimado, se considera que la Empresa INSERIN, S.A. DE C.V., Supervisora del proyecto, aprobó ese documento con errores."

No obstante, la mención de errores en el informe de incumplimiento, en la nota a que hace referencia el administrador de contrato: MOPT-VMOP-BCIE2120-070819-01 de fecha 7 de agosto de 2019, se refiere a observaciones, textualmente dice:

"...adjunto a la presente estoy haciendo la correspondiente devolución de la misma, en vista que se han encontrado las siguientes observaciones:"

Finalmente, expresa:

"Con base en las observaciones antes detalladas se remiten los ejemplares suministrados para su debida corrección y nueva entrega a esta Administración..."

En relación a las tres estimaciones, se hace el siguiente comentario:

El administrador del contrato, en la comunicación que le hace al contratista, en relación a la estimación 16 mediante nota MOP-VMOP-BCIE 2120-050619-03 de fecha 5 de junio de 2019; estimación 17 mediante nota MOP-VMOP-BCIE 2120-020719-01 de fecha 2 de julio de 2019; y estimación 18 mediante nota MOPT-VMOP-BCIE2120-070819-01 de fecha 7 de agosto de 2019; únicamente se refiere a observaciones. Es en los respectivos informes

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO
DIRECCIÓN
El Salvador, C.A.

de incumplimiento que el administrador del contrato, después de referirse a las observaciones efectuadas a cada estimación, dice que considera que se aprobaron con errores.

Los auditores, atinadamente, expresan que no es lo mismo error y observación.

La existencia de observaciones en relación a las estimaciones, de acuerdo a las bases de licitación no da lugar a una penalidad; las observaciones pueden ser superadas.

Con relación a la aprobación de las estimaciones, las bases de concurso se remiten a las bases de construcción del contratista; en efecto en la cláusula "6. Control Financiero" se establece lo siguiente:

"6. Control Financiero

"6.1. Estimaciones"

"El Supervisor deberá revisar y certificar las estimaciones de pago presentadas por la Contratista según lo establecido en la condición general Pagos al Contratista de las Bases de Construcción del Contratista."

"Si el Supervisor no cumple con los plazos de revisión y remisión al Ministerio será objeto de sanción, de acuerdo a lo establecido en la Condición General CG-08 Multas y Penalidades Contractuales. Los certificados de pago (estimaciones) del Contratista, deberán incluir el detalle de la obra ejecutada, y el monto a pagar. El supervisor complementará la estimación con los informes que acrediten el cumplimiento de los requisitos especiales, Especificaciones Técnicas y las cláusulas del Contrato de Construcción. Las menciones respectivas (Memoria de Cálculo) incluirán todas las unidades del plan de oferta, así como aquellas que daban ser medidas para definir el avance de la obra respecto al programa de trabajo."

De acuerdo a lo anterior, la penalidad que se prevé en dicha cláusula para la supervisión, es la relacionada con el incumplimiento de los plazos de revisión y remisión de estimaciones por parte de la supervisión; por otra parte, la regulación para aprobación de las estimaciones se remite a la CG-48 de las bases licitación "PAGOS AL CONTRATISTA", la cual transcribo a continuación:

"El contratista deberá presentar obligatoriamente, a la Supervisión, su estimación a más tardar (3) días hábiles después de la fecha de corte establecida. La supervisión deberá emitir su certificación u observaciones a más tardar cinco (5) días hábiles después de haber recibido la documentación del Contratista, la cual deberá incluir documentación que compruebe el último pago de planilla. En caso de observaciones por parte del Supervisor, éste y el Contratista deberán superar dicha situación en forma conjunta y aprobar la estimación en un período máximo igual a los anteriores."

No procede el pago. En los informes de incumplimiento, parece, que el administrador del contrato realizó una interpretación no apegada a los documentos contractuales;

adecuándola a lo establecido en la descripción de la penalidad que, según los auditores, debió aplicarse.

Ahora bien, para efectos sancionatorios o de aplicación de penalidades, con base al principio de tipicidad, en las bases de concurso se debió definir claramente el término error en la estimación, pero no se hizo, y una regulación sobre errores en las estimaciones y aprobación de estimaciones con errores por parte de la supervisión; asimismo no aparece regulación facultando al administrador de contrato para determinar que una estimación contiene error; de ahí que la penalidad referente a las estimaciones con errores, no cumpla con el principio de tipicidad.

Es decir que en las bases de concurso no se reguló lo relacionado con los errores en las estimaciones; en las bases de licitación en la CG-48 que es la regulación para el pago de estimaciones no se mencionan errores, sino que observaciones.

CONCLUSIÓN

El administrador de contrato, en su informe de incumplimiento -si fuere el caso-, debió expresar los hechos en concordancia a los establecidos en supuesto normativo contenido en la CG.8.2 y remitir nuevamente el informe de incumplimiento; esto para evitar que, en juicio contencioso administrativo, el acto administrativo mediante el cual se impusiera la penalidad, fuere declarado ilegal, por violación al principio de tipicidad.

Que no estamos de acuerdo con el criterio de los auditores, en el sentido que para poder imponer la penalidad No. 8, es necesario que se materialice uno o más de los supuestos descritos en la misma, es decir, que cualquier error que no sea ortográfico según las bases de concurso será acreedor de dicha penalidad; porque dicha penalidad no cumple con el principio de tipicidad por una parte y porque los hechos contenidos en el informe de incumplimiento no se adecuan al supuesto normativo.

Por lo tanto, PIDO:

Con base a los argumentos expuestos, se desvanezcan los hallazgos uno, consignados en la nota REF-DA5-96-1-2020 del 26 de octubre de 2020.

ANEXOS.

En atención al hallazgo uno, se anexa copias de los siguientes documentos:

a) En relación a la estimación 16, la nota MOP-VMOP-BCIE 2120-050619-03 de fecha 5 de junio de 2019;
b) En relación a la estimación 17, nota MOP-VMOP-BCIE 2120-020719-01 de fecha 2 de julio de 2019; y
c) En relación estimación 18, nota MOPT-VMOP-BCIE2120-070819-01 de fecha 7 de agosto de 2019;

CG-48 pagos al contratista de las bases de licitación del contrato No. 197-2017 y cláusula 6.1 Estimaciones de las bases de concurso, del contrato 194-2017."

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO DIRECCIÓN El Salvador, C.A.

COMENTARIOS DE LOS AUDITORES

Después de efectuar el análisis a los comentarios y evidencia documental presentada por la Gerente Legal Institucional, mencionamos lo siguiente:

En relación a la aplicabilidad de la penalidad establecida en las Condiciones Generales de Contratación CG-08 Multas y Penalidades Contractuales, penalidad N° 8, de las Bases de Concurso Internacional CPINT No. 001/2017, en las que se establece:

- Aprobar estimaciones con errores
- Aprobar estimaciones que reflejen obra de producto no conforme,
- Aprobar estimaciones sin respaldos de control de calidad correspondientes y
- Aprobar sin respaldo de aseguramiento de calidad.

Siendo el hecho generador en dichos supuestos la aprobación de cualquiera de estos por parte de la supervisión del proyecto o contrato.

En tal caso, somos del criterio que para que sea aplicable la penalidad N°. 8, tendría que configurarse por lo menos uno de los cuatro supuestos descritos, en la aprobación de las estimaciones por el encargado de la supervisión, y así dar trámite al informe de incumplimiento para hacer efectiva la penalidad correspondiente.

Por lo antes expresado, para poder imponer la penalidad N°. 8, es necesario que se materialice uno o más de los supuestos descritos en la misma, es decir que cualquier error que no sea ortográfico según las bases de concurso será acreedor de dicha penalidad.

En relación al párrafo donde la Gerente Legal Institucional manifiesta que es una interpretación de los auditores, es importante aclarar que los comentarios están basados en asesoría recibida de colaboradores jurídicos de esta Corte.

El hecho que en nuestros comentarios omitimos la "y" y la "o", no significa que no es aplicable la penalidad, ya que como dicha Gerencia lo menciona en su definición de "o", significa que puede darse un supuesto u otro, pero no ambos o todos; la "y" que es una conjunción copulativa, significa que pueden darse todos los supuestos y sirve para reunir en una sola unidad funcional dos o más elementos homogéneos, indicando adición o suma; así mismo, al revisar la documentación presentada por la Gerente Legal Institucional en sus anexos, específicamente en el MEMORANDO REF: MOP-UCR-LEGAL-ENVI-1844-2019 de fecha 14 de octubre de 2019, dirigido al Administrador de Contrato 194/2017, comprobamos que la misma Gerencia hace uso de los cuatro supuestos a los que se refiere la GC-8.2 No. 8 sin hacer uso de la "y" ni de "o", considerando que para que se tipifique la conducta, el supuesto infractor debe incurrir en uno o más de dichos supuestos, tal es el caso que nos ocupa, ya que según informe del Administrador de Contrato se cumple uno de los supuestos, es decir, aprobar estimaciones con errores. Por lo tanto, no damos por aceptado el comentario emitido por dicha Gerente.

En cuanto a los comentarios en relación a los informes de incumplimiento de las estimaciones 16, 17 y 18, presentadas por el Administrador de Contrato, mantenemos nuestro criterio al considerar que los errores contenidos en las estimaciones presentadas por el Contratista, son los que generan las observaciones realizadas y reportadas por el Administrador de Contrato, lo que significa que el supervisor aprobó dichas estimaciones conteniendo errores.

En respuesta a comunicación preliminar, la Gerente Legal Institucional manifiesta que devolvió el informe de incumplimiento juntamente con sus anexos para que si fuera el caso, se presentara nuevamente, expresando los hechos de conformidad a la penalidad descrita, en la CG8.2; sin embargo, no adjuntó evidencia de lo manifestado.

Respecto al informe de incumplimiento elaborado por el Administrador de Contrato, éste hace referencia a la aprobación de estimaciones con errores por parte del Supervisor tal como lo establece la CG-08 Multas y Penalidades Contractuales, 8.2 Otras Penalidades, Penalidad No. 8; de la Bases de Concurso CPINT 01/2017, dicho Administrador, en ningún momento hace alusión a los plazos establecidos en la CG48 de las Bases de Licitación LPINT 02/2017. Por lo que nuestra observación está únicamente relacionada a lo establecido en la Penalidad No. 8 de las Bases de Concurso antes mencionadas. Por lo que no estamos de acuerdo con el comentario de la Gerente Legal Institucional.

Referente al comentario relacionado a que se según su criterio no existe regulación facultando al Administrador de Contrato para determinar si una estimación contiene error, aclaramos que en el documento denominado Estructura Organizativa, Manual Operativo y de Funcionamiento de la Unidad Ejecutora BCIE 2120, Anexo 4 Manual Operativo de Organización y Funciones de la Unidad Ejecutora, Parte I Estructura Organizativa de la Unidad Ejecutora para la Administración del Proyecto, I Identificación, a. Plaza Administrador de Contrato BCIE 2120, IV Principales Funciones. Numeral 2, establece: "Deberá coordinar y administrar el cumplimiento de las condiciones contractuales del préstamo, velando que se cumplan los términos de desempeño del contrato y demás leyes que apliquen". Con lo antes mencionado, se demuestra que existe normativa facultando al Administrador de Contrato para determinar si una estimación contiene errores.

7. ANALISIS DE INFORMES DE AUDITORÍA INTERNA Y FIRMAS PRIVADAS DE AUDITORIA

7.1 Auditoría Interna

La Gerencia de Auditoría Interna del Ministerio de Obras Públicas y de Transporte durante el período del 1 de septiembre de 2019 al 29 de febrero de 2020 no realizó Examen Especial al Diseño Construcción y Supervisión del Proyecto de Ampliación de la Carretera CA04S, entre Km 22.36 (salida sur de Zaragoza) al Km. 35 (carretera CA02W), Departamento de La Libertad, Préstamo BCIE 2120, Ejecutado por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano (MOPTVDU).

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE AUDITORIA CINCO
DIRECCIÓN
El Salvador, C.A.

7.2 Informes de Auditoría Externa

En cuanto a informes de Auditoría Externa y en cumplimiento al Art. 41 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, verificamos que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte no contrató los servicios de firmas privadas de Auditoría en el período del 1 de septiembre 2019 al 29 de febrero de 2020 para evaluar los fondos del Préstamo BCIE 2120.

8. SEGUIMIENTO A LAS RECOMENDACIONES DE AUDITORIAS ANTERIORES

En cumplimiento al Art.48 de la Ley de Corte de Cuentas de la República, se verificó que los informes de auditoría emitidos por la Corte de Cuentas de la República, relacionados con el proyecto objeto de examen, no contienen recomendaciones, según detalle:

1. Examen Especial del Diseño y Construcción y Supervisión del Proyecto de Ampliación de la Carretera CA04S; Tramo II entre Km 22.36 (Salida Sur de Zaragoza) Km 31.86 (Inicio By Pass de La Libertad), Departamento de La Libertad; Estaciones 10+400 a 21+300, Préstamo BCIE No. 2120, ejecutado por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte de Vivienda y Desarrollo Urbano, por el período del 1 de enero al 30 de abril de 2019.

2. Examen Especial al Proceso de Licitación, Concurso, Contratación, Diseño, Construcción y Supervisión del Proyecto de Ampliación de Carretera CA04S, Tramo III: Construcción de By Pass de La Libertad entre Km 31.86 (Carretera CA04S) -Km 35 (Carretera CA04W), Departamento de La Libertad, estaciones 0+000 a 4+873.59; Préstamo BCIE No. 2120, ejecutado por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano, por el Período del 24 de agosto del 2017 al 30 de abril del 2019.

3. Examen Especial al Proyecto de Ampliación de la Carretera CA04S; entre km 22.36 (Salida Sur de Zaragoza) al km 35 (Carretera CA02W), Departamento de La Libertad, Préstamo BCIE No. 2120, ejecutado por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano (MOPTVDU), por el período del 1 de mayo al 31 de agosto de 2019 y para el Tramo III Segmento 3 del 1 de mayo de 2019 al 29 de febrero de 2020.

9. CONCLUSIÓN DEL EXAMEN

De conformidad a los objetivos del Examen Especial al Diseño, Construcción y Supervisión del Proyecto de Ampliación de la Carretera CA04S; entre km 22.36 (Salida Sur de Zaragoza) al km 35 (Carretera CA02W), Departamento de La Libertad; Préstamo BCIE No. 2120, ejecutado por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano (MOPTVDU), por el período del 1 de septiembre de 2019 al 29 de febrero de 2020 y producto de los procedimientos ejecutados, concluimos lo siguiente:

1. El Ministerio de Obras Públicas y Transporte dio cumplimiento a las cláusulas de los contratos del Tramo II Segmentos 1 y 2 de los realizadores y supervisores números: 92/2017, 105/2017, 91/2017 y 106/2017, respectivamente y los contratos correspondientes al Tramo III Segmentos 1 y 2 de los realizadores y supervisores números: 197/2017, 194/2017, 193/2017 y 196/2017.

2. Verificamos el cumplimiento de lo establecido en las cláusulas contractuales, en cuanto a los plazos de contratos anteriormente detallados.

3. Verificamos el cumplimiento de los planes de trabajo presentados por los realizadores y supervisores.

4. Se constató que los realizadores de los Tramos y Segmentos examinados efectuaron las gestiones de adquisiciones de derechos de vía ante las instancias correspondientes.

5. Verificamos que los pagos de cada una de las estimaciones e informes del proyecto estaban debidamente autorizados y que se presentaron los productos según lo establecido en los documentos contractuales, previo a la autorización de cada pago y que se efectuaron los registros de forma oportuna, adecuada y de conformidad a las normas contables emitidas por el Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General de Contabilidad Gubernamental.

6. Verificamos la utilización y liquidación del anticipo ejecutado por cada una de las empresas realizadoras y supervisoras y comprobamos que estos se ejecutaron conforme a las especificaciones técnicas establecidas en cada uno de los proyectos examinados.

7. Verificamos mediante análisis documental y visitas de campo realizadas con los Técnicos Operativos la funcionalidad de las obras, la razonabilidad del costo y la calidad de las obras de acuerdo a la evaluación técnica realizada, a cada uno de los proyectos ejecutados del Tramo II Segmentos 1 y 2 y Tramo III Segmentos 1 y 2.

En consecuencia, concluimos que la Administración ha implementado medidas de control adecuadas, pero no suficientes para garantizar el desarrollo de las actividades principales del proyecto, debido a la deficiencia identificada, relacionada a los incumplimientos reportados por el Administrador de Contrato, sin ejecutar el proceso administrativo sancionatorio, la cual se encuentra detallada en el numeral 6 Resultados del Examen, del presente informe.

10. PÁRRAFO ACLARATORIO

Este informe se refiere al Examen Especial al Diseño, Construcción y Supervisión del Proyecto de Ampliación de la Carretera CA04S; entre Km 22.36 (salida sur de Zaragoza) al Km. 35 (carretera CA02W), Departamento de La Libertad, Préstamo BCIE No. 2120, ejecutado por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano (MOPTVDU), por el período del 1 de septiembre de 2019 al 29 de febrero de

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO
DIRECCIÓN
El Salvador, C.A.

2020, por lo que no emitimos opinión sobre los estados financieros del período examinado del Ministerio ni del proyecto antes referido.

San Salvador, 14 de diciembre de 2020.

DIOS UNIÓN LIBERTAD

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO DIRECCIÓN El Salvador, C.A.

Dirección de Auditoría Cinco