

**CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA  
DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CUATRO**



**INFORME DE AUDITORÍA DE EXAMEN ESPECIAL PARA  
VERIFICAR EL CUMPLIMIENTO DE ASPECTOS  
LEGALES Y TÉCNICOS APLICABLES A LOS  
PROCESOS DE CONTRATACIÓN DIRECTA  
RELACIONADOS CON EL PROYECTO  
HIDROELÉCTRICO EL CHAPARRAL, ADJUDICADOS  
EN 2015 Y SU CORRESPONDIENTE EJECUCIÓN  
DURANTE EL PERÍODO 1 DE ENERO DE 2015 AL 30 DE  
SEPTIEMBRE DE 2016**

**SAN SALVADOR, 19 DE FEBRERO DE 2019**



## INDICE

CONTENIDO	PAG.
I. OBJETIVOS Y ALCANCE DE LA AUDITORÍA DE EXAMEN ESPECIAL .....	1
II. PROCEDIMIENTOS DE AUDITORÍA APLICADOS.....	2
III. RESULTADOS DE LA AUDITORÍA DE EXAMEN ESPECIAL.....	3
IV. CONCLUSIÓN DE LA AUDITORÍA DE EXAMEN ESPECIAL .....	228
V. RECOMENDACIONES .....	228
VI. ANÁLISIS DE INFORME DE AUDITORÍA INTERNA Y EXTERNA .....	229
VII. SEGUIMIENTO A RECOMENDACIONES DE AUDITORÍAS ANTERIORES .....	229

**Señores**  
**Miembros de Junta Directiva**  
**Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL)**  
**Presente.**

El presente informe contiene los resultados de la Auditoría de Examen Especial a La Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), para verificar el cumplimiento de aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de contrataciones directas relacionados con el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución durante el período del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016, el cual se origina del Plan Anual de Trabajo 2016, de la Dirección de Auditoría Cuatro, según lo programado a requerimiento de otras instancias; y fue realizado en cumplimiento a lo establecido en el Art. 195, ordinal 4º de la Constitución de la República y las atribuciones y funciones que establece el artículo 5 numerales 4, 7 y 16, Art. 30 y 31 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República.

## **I. OBJETIVOS Y ALCANCE DE LA AUDITORÍA DE EXAMEN ESPECIAL**

### **✓ OBJETIVO GENERAL**

Realizar auditoría de "Examen Especial a La Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), para verificar el cumplimiento de aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de contrataciones directas relacionados con el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución durante el período del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016".

### **✓ OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a) Verificar que las contrataciones directas a examinar se hayan realizado de conformidad a aspectos legales y técnicos aplicables.
- b) Comprobar el cumplimiento de las cláusulas contractuales, plazos establecidos, y la ejecución del avance físico de los contratos objetos de examen.
- c) Verificar la correcta aplicación de las transacciones financieras inherentes al proyecto.
- d) Realizar seguimiento a denuncia ciudadana relacionada con el examen.

### **✓ ALCANCE DEL EXAMEN**

Nuestro examen comprendió los análisis de la información legal y técnica aplicables a los procesos de contrataciones directas relacionados con el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución incluyendo aspectos

financieros, durante el período del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016. Así como el seguimiento a denuncia ciudadana.

### **Párrafo Aclaratorio**

Se excluye de éste Examen Especial, la opinión técnica al proceso de contratación y ejecución del suministro y montaje de los equipos electromecánicos, correspondiente a la Contratación Directa CD 10/15, por lo que podrá ser objeto de evaluación, en los siguientes exámenes especiales que se realicen al Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral.

## **II. PROCEDIMIENTOS DE AUDITORÍA APLICADOS**

En cumplimiento a los objetivos previstos, los principales procedimientos desarrollados en el Examen Especial, se detallan a continuación:

1. Examinamos expedientes de los procesos de contrataciones directas (**anexo 1**) a fin de verificar lo siguiente:
  - a) Requerimiento de la unidad solicitante.
  - b) Verificación presupuestaria.
  - c) Publicación de 2 licitaciones anteriores y declaradas desiertas.
  - d) Resolución razonada emitida por el titular, publicada en Comprasal.
  - e) Documentación que demuestre el cumplimiento de las condiciones para la Contratación Directa.
  - f) Contratos debidamente suscritos.
  - g) Acuerdo de designación de Administradores de Contrato.
  - h) Informes de avance de la ejecución de los contratos.
  - i) Actas de recepción total o parcial de las adquisiciones de bienes y servicios.
2. Analizamos la información proporcionada en seguimiento a denuncia identificada en la planificación y concluimos sobre los puntos denunciados.
3. Verificamos que se hayan elaborado los informes físicos y financieros del Proyecto y que estos cumplan con requisitos legales y técnicos.
4. Comprobamos el adecuado registro contable de las transacciones generadas en la ejecución de los contratos objeto de examen.
5. Verificamos que los abonos a capital e interés pagados por prestamos contratados se hubieran efectuados de conformidad a las condiciones crediticias pactadas.
6. Solicitamos la opinión técnica de dos especialistas a fin de verificar el cumplimiento contractual, especificaciones técnicas y demás documentos generados de carácter regulatorio de los contratos objeto de examen.

### III. RESULTADOS DE LA AUDITORÍA DE EXAMEN ESPECIAL

Como resultado de nuestra auditoría se presentan los incumplimientos siguientes:

#### 1. Ejecución del rediseño de la Presa el Chaparral, sin modificativa de Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, respecto a ubicación del nuevo eje y plazo de ejecución del proyecto

Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinició en el año 2015 y continuó desde esa fecha la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo un nuevo rediseño, sin contar con la modificación a la Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, en cuanto a ubicación del eje (establecido en la Cláusula Cuarta) y plazo de ejecución del proyecto (establecido en la Cláusula Sexta numeral Ocho) ya que el plazo de la Contrata para ejecutar el Proyecto venció el 06/04/2014.

Los contratos finalizados o en ejecución que no cuentan con el respaldo del plazo vigente para la ejecución del proyecto y la actualización del nuevo eje por la instancia competente, son los siguientes:

No. y Tipo de proceso	Descripción	Fecha de Adjudicación	Monto Adjudicado	Nombre de la Empresa
<b>AÑO 2015</b>				
CD 10/15	Suministro y Montaje de los Equipos Electromecánicos	07/12/2015	\$62,049,627.43	TYAZHMASH S.A.A.
LP 21/15	Construcción de los Conductos de desvío del Río Torola, para el proyecto El Chaparral	23/12/2015	\$8,917,774.50	CONSTRUCTORA DIAZ SANCHEZ S.A. DE C.V. (CONSTRUCTORA DISA S.A. DE C.V.)
LP 17/15	Mantenimiento de Calle de Acceso al Chaparral.	14/10/2015	\$398,200.00	Construcciones y Equipos S.A. de C.V. (CONSTRUEQUIPOS S.A. DE C.V.)
LP 19/15	Suministro de Concreto Hidráulico para la construcción de la casa de máquinas del proyecto hidroeléctrico El Chaparral	07/12/2015	\$2,960,272.89	HOLCIM CONCRETOS S.A. DE C.V.
LP 20/15	Adquisición de Vehículos para el proyecto Chaparral.	19/11/2015	\$201,299.62	DISTRIBUIDORA DE AUTOMOVILES S.A. DE C.V. (DIDEA S.A. DE C.V.)
LP 13/15	Línea de Transmisión 15 de Septiembre-Chaparral	25/11/2015	\$3,952,337.00	Ingeniería Asociada S.A. de C.V. (IASA)
<b>AÑO 2016</b>				
CD 12/15	Servicio de Supervisión de Obra	31/03/2016	\$6,151,786.00	INSTITUTO COSTARICENSE DE ELECTRICIDAD
CD 03/16	Tercera fase de investigación geológicas y geotécnicas y prueba de inyección de material aluvial en la zona de cierre lateral, proyecto El Chaparral	14/04/2016	\$722,379.10	RODIO SWISSBONRING EL SALVADOR S.A. DE C.V.
CD 04/16	Construcción de Línea de Distribución Interna a 13.2 kw en el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral	15/06/2016	\$88,707.14	EMPRESA ELECTRICA DE ORIENTE S.A. DE C.V.

No. y Tipo de proceso	Descripción	Fecha de Adjudicación	Monto Adjudicado	Nombre de la Empresa
LP 09/15	Construcción de Casa de Maquina	11/01/2016	\$9,972,227.00	DISEÑO Y CONSTRUCCIONES CIVILES S.A. DE C.V. (DYCSA) S.A. DE C.V.)
LP 18/15	Excavación cielo abierto - Etapa I Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral	14/01/2016	\$14,062,626.74	CORTEN S.A. DE C.V.
LP 22/15	Montaje de Equipo Hidromecánico de Vertedero	14/10/2016	\$18,498,670.00	INDUSTRIAS METALICAS ESPECIALES S.A. C.I.
LP 24/15	Obra Civil y Montaje de Linea de Transmisión 15 de Septiembre-Chaparral	14/01/2016	\$6,703,805.00	Ingeniería Asociada S.A. de C.V. (IASA)
LP 27/15	Suministro de Concreto Hidráulico construcción de Obra de Desvio del Río Torola Proyecto Hidráulico El Chaparral	09/02/2016	\$5,327,364.81	HOLCIM CONCRETOS S.A. DE C.V.

**Constitución de la República de El Salvador, establece:**

“Art. 120.- En toda concesión que otorgue el Estado para la explotación de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de uso público, deberán estipularse el plazo y las condiciones de dicha concesión, atendiendo a la naturaleza de la obra y el monto de las inversiones requeridas.

Estas concesiones deberán ser sometidas al conocimiento de la Asamblea Legislativa para su aprobación”.

“Art. 131.- Corresponde a la Asamblea Legislativa:

30° Aprobar las concesiones a que se refiere el Art.120 de esta Constitución”.

**Sentencia Inconstitucionalidad 28-2008, Sala de lo Constitucional Corte Suprema de Justicia, establece que:**

“Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las ocho horas del veintisiete de junio de dos mil doce.

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido promovido por los ciudadanos Abraham Atilio Ábrego Hasbún, abogado, Jaime Alberto López, empleado, José Armando Flores Alemán, Lic. en Ciencias Jurídicas, y Luis Roberto Fernández Meléndez, abogado, el primero del domicilio de Santa Tecla y los otros del domicilio de San Salvador, a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la Ley General de Electricidad (LGE), emitida mediante el Decreto Legislativo N° 843, de 10-X-1996, publicado en el Diario Oficial N° 201, tomo 333, de 25-X-1996, y reformada -respecto a su art. 5-mediante el Decreto Legislativo N° 1216, de 30-IV-2003, publicado en el Diario Oficial N° 83, tomo 359, de 9-V-2003, y de los arts. 4, 12 y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad (RLGE), emitido mediante el Decreto Ejecutivo N° 70, de 25-VII-1997, publicado en el Diario Oficial N° 138, tomo 336, de 25-VII-1997, por supuesta violación a los arts. 84 inc. 4°, 86, 103 inc. final, 110 inc. 4°, 120 inc. 2° y 131 ord. 30° de la Constitución (Cn.).

VI. B. Así, en el proceso de inconstitucionalidad, la actividad del Tribunal se orienta a la interpretación e integración del ordenamiento jurídico a la luz de la Norma Fundamental.

[...] este Tribunal añade que, además del efecto principal de esta sentencia, las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma se conservarán vigentes, hasta que la Asamblea Legislativa revise las condiciones bajo las que fueron pactadas y —si a su criterio— las cumplieren, establezca su continuidad, fijándoles un plazo para su finalización, continuando la SIGET con su supervisión y vigilancia, hasta que la Asamblea Legislativa de cumplimiento al fallo de acuerdo con los lineamientos que la Constitución ordena para esta clase de concesiones.

C. En ese mismo orden debe señalarse que al restablecimiento de la referida competencia le es propia o inherente la posibilidad de que la Asamblea Legislativa revise las condiciones y los requisitos bajo los cuales pudieran haber sido otorgadas las concesiones previas a este pronunciamiento; no obstante, la validez de dichos actos de aplicación no puede ser alterada en forma directa e inmediata por esta decisión, pero con relación a ello, y sin perjuicio de otras posibilidades que la Asamblea Legislativa identifique para el cumplimiento de sus atribuciones en ese ámbito[...]

D. Cabe agregar que la SIGET continúa siendo el ente al que corresponde la vigilancia de la prestación de los servicios de energía eléctrica y, por lo tanto, debe tomarse en cuenta que, a partir de este fallo, la concesión para la explotación del subsuelo, en tanto se encuentre vinculada con la prestación de los servicios a los que se refiere la LGE debe ser vigilada por la SIGET; en tal sentido, el Art. 110 Cn. establece la obligación del Estado de regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y de acuerdo con la LGE, es precisamente la SIGET el ente a través del cual el Estado supervisa la prestación del servicio público de generación de electricidad por particulares; situación que así continuará a partir de la presente, correspondiendo a la Asamblea Legislativa el señalamiento de condiciones y plazo, así como la aprobación y otorgamiento de las concesiones referidas; y a la SIGET, la vigilancia de la ejecución y cumplimiento de condiciones como ente supervisor delegado por la ley para ello.

**Falla:**

2. Declárense inconstitucionales, de un modo general y obligatorio, los arts. 5 de la Ley General de Electricidad y 4 y 12 frase la del Reglamento de la Ley General de Electricidad, por violación a los arts. 86 inc 1°, 103 inc. 3°, 120 inc 2° y 131 ord. 30° Cn., porque otorgan a un órgano de la Administración Pública la potestad de concesionar una actividad que tiene como soporte físico e ineludible la explotación de un bien demanial, que requiere una autorización parlamentaria específica.

3. Declárense inconstitucionales, de un modo general y obligatorio, los arts. 12 de la Ley General de Electricidad y 12 frase 2ª. y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en lo relativo al carácter "permanente" de las concesiones, por violación al art. 120 inc. 1° Cn., pues contradice la exigencia de temporalidad definida de este tipo de habilitaciones, cuando presuponen la explotación de bienes públicos.

La determinación legislativa de los efectos concretos de esta declaratoria sobre las concesiones eléctricas vigentes debe observar los parámetros mencionados en el considerando VI de este fallo, tomando en cuenta las exigencias constitucionales

establecidas por el art. 120 Cn., en cuanto al ente competente para otorgar concesiones para la explotación de bienes de dominio público, el establecimiento de condiciones y de plazo para las mismas”.

**Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública**, establece que:

#### **“Jefe de Adquisiciones y Contrataciones Institucional**

Art. 10. La UACI estará a cargo de un Jefe, el cual será nombrado por el titular de la institución; quien deberá reunir los mismos requisitos exigidos en el artículo 8 de la presente Ley, y sus atribuciones serán las siguientes:

- a) Cumplir las políticas, lineamientos y disposiciones técnicas que sean establecidas por la UNAC, y ejecutar todos los procesos de adquisiciones y contrataciones objeto de esta Ley;
- b) Ejecutar los procesos de adquisiciones y contrataciones objeto de esta Ley; para lo cual llevará un expediente de todas sus actuaciones, del proceso de contratación, desde el requerimiento de la unidad solicitante hasta la liquidación de la obra, bien o servicio;
- f) Adecuar conjuntamente con la unidad solicitante las bases de licitación o de concurso, términos de referencia o especificaciones técnicas;"

#### **“Verificación de permisos y licencias**

Art.18.- La Unidad solicitante, previo a la contratación, deberá obtener de las autoridades competentes los dictámenes, permisos, licencias, derechos de propiedad intelectual y demás necesarios para la ejecución de los contratos, cuando legalmente sea procedente, salvo que, por su naturaleza, corresponda al contratista tramitarlos o que, en los términos de referencia, especificaciones técnicas o bases de licitación o consumo, se estipulare previamente”.

#### **“Requisitos para el Contrato de Obra**

Art. 105.- Las obras que la Administración Pública deba construir o reparar, deberán contar por lo menos con tres componentes, los cuales serán: a) El Diseño; b) La Construcción; y c) La Supervisión. Dichos componentes, deberán ser ejecutados por personas naturales o jurídicas diferentes para cada fase.

Los contratos para la construcción de obras que la Administración Pública deba formalizar, sean de diseño, construcción o supervisión, deberán incluir en sus respectivos instrumentos contractuales, además de lo señalado en el artículo anterior lo siguiente:

- a) La autorización ambiental, de salud, municipal o cualquier otra que por su naturaleza la obra necesita antes de iniciar su construcción;
- b) El estudio previo que se realizó y que demostró la factibilidad de la obra. Si el constructor no teniendo intervención en el diseño, o el supervisor de la obra, manifiesta su desacuerdo con el diseño proporcionado por la institución, podrá dentro del proceso

de licitación respectivo, presentar una opción más favorable para la obra a contratar. El plazo y etapa para dicha presentación se regulará en las bases de licitación;

c) La declaración del contratista o contratistas, que conoce y está de acuerdo con el diseño proporcionado por la institución, siendo factible realizarlo con los materiales, precio y plazo convenido;

d) Cualquier otra que se establezca en el Reglamento de la presente Ley, bases de licitación o especificaciones técnicas”.

**Ley de la Corte de Cuentas de la República**, establece que:

#### **“Responsabilidades en procesos contractuales**

Art. 100.- Los funcionarios y empleados que dirijan los procesos previos a la celebración de los contratos de construcción, suministro, asesoría o servicios al gobierno y demás entidades a que se refiere al Art. 3 de esta Ley, serán responsables por lo apropiado y aplicable de las especificaciones técnicas y por su legal celebración. (...)”.

**Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública**, establece que:

#### **“ELABORACIÓN DE LA PROGRAMACIÓN ANUAL DE COMPRAS**

Art. 14.- La elaboración de la programación anual de adquisiciones y contrataciones institucional, estará a cargo del Jefe UACI, en coordinación con la Unidad Financiera Institucional (UFI), tomando como base el proyecto de presupuesto de la Institución para el ejercicio siguiente con que se cuente a la fecha de la elaboración del programa. Al ser aprobado el presupuesto, se realizarán los ajustes que correspondan a la programación anual.

Sin perjuicio de lo establecido en el Art. 16 de la Ley, para la elaboración de la Programación Anual, las instituciones deberán tomar en cuenta los aspectos siguientes:

- e) Los permisos, autorizaciones y licencias que se requieran para la realización de las diversas obras, cuando su tramitación y obtención corresponda a la Institución contratante;...”

**ESCRITURA PÚBLICA DE CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA EXPLOTACIÓN DEL RECURSO HIDRICO MEDIANTE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CENTRAL HIDROELÉCTRICA EN EL RÍO TOROLA, DEPARTAMENTO DE SAN MIGUEL**, establece que:

**“CLÁUSULA CUARTA. Ubicación de la Central Hidroeléctrica...** El eje de presa estará situado en un sitio localizado a aproximadamente trescientos metros aguas arriba de la línea fronteriza con Honduras, entre los municipios de San Luís de La Reina y Carolina”.

**"CLÁUSULA SEXTA. Del Proyecto. Numeral OCHO) Plazo para la ejecución del proyecto.** El plazo máximo para la entrada en operación comercial del proyecto a ser desarrollado a partir de la firma de la presente contrata es de sesenta meses, salvo caso fortuito o fuerza mayor, si el proyecto no entrare en operaciones comerciales por causas imputables a la concesionaria, debidamente comprobadas, después del vencimiento del plazo de sesenta meses contados a partir de la suscripción de la presente contrata, la concesión se extinguirá sin responsabilidad para la concedente..." Y **"Numeral NUEVE) De los requerimientos en materia de medio ambiente y de patrimonio cultural.** a) CEL deberá mantener vigente en todo momento el permiso ambiental para la construcción y mantenimiento de la construcción".

#### **Manual de Descripción de Puestos**

Código MDP (01401), Edición 04, Revisión 02, de fecha 12/2011, correspondiente a las funciones del **Coordinador de Proyectos**, establece: "FUNCIÓN PRINCIPAL Es responsable de la administración, coordinación, dirección, estrategias y seguimiento de las actividades de la Coordinación de Proyectos para [...], ejecución, construcción, supervisión y control de los proyectos debidamente asignados a la Coordinación ", con el fin que éstos sean realizados dentro de los plazos programados y con la calidad y oportunidad esperada. FUNCIONES PERIODICAS DIARIAS [...] Coordinar y brindar seguimiento a las actividades encomendadas a las dependencias de la Coordinación. [...] SEMANALES [...] Dirigir y controlar las actividades de ejecución de los proyectos, con el fin de lograr su realización en los tiempos establecidos y con la calidad requerida. [...] Brindar seguimiento a la ejecución y desarrollo de los proyectos. [...]"

La deficiencia se debe a que la Junta Directiva, el Director Ejecutivo, el Coordinador de Proyectos, el Director del Proyecto y el Jefe UACI, reiniciaron la ejecución del proyecto bajo el nuevo eje sin antes haber obtenido la modificativa a la contrata de concesión.

Reiniciar la ejecución del proyecto bajo el nuevo eje, sin obtener la Contrata de Concesión modificada, genera incumplimientos legales objeto de multas y sanciones.

#### **COMENTARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN**

En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Presidente de CEL [REDACTED] expresa lo siguiente:

"Respetuosamente no estoy de acuerdo con este hallazgo, ya que como demostraré originalmente se me comunicó una deficiencia cuya condición u observación identificada era diferente al hallazgo formulado en el borrador de informe, lo cual se extrae de la simple lectura y comparación del texto que motivó mi respuesta, y del que ahora en el borrador se plasma, lo cual me genera INSEGURIDAD JURÍDICA, puesto que se trastorna el espíritu y el fondo de mi respuesta anterior, siendo impertinente al planteamiento que hoy se me hace, y con ello faltando al principio de legalidad que rige a los servidores públicos, ya que los auditores, según los arts. 76 y 78 de las Normas de Auditoría Gubernamental, están en el deber de presentar por escrito los resultados preliminares a los funcionarios y empleados relacionados, deben de incluir deficiencias

que afecten en forma significativa la entidad, a fin de que en el tiempo fijado, presenten las pruebas y comentarios que permitan el análisis de las mismas, los cuales deben ser analizados pudiendo determinar solo tres situaciones: 1. Que la deficiencia ha sido superada; 2. Que la deficiencia constituye asunto menor, o 3. La deficiencia constituye hallazgo.

En el presente caso se advierte que el tercer criterio es el presuntamente aplicado, por tener el título la notificación de "Hallazgo", pero el art. 80 de la Norma antes citada, cuando detalla la figura jurídica del hallazgo la cual debe contener los siguientes atributos legales: 1. Condición u observación; 2. Criterio o normativa incumplida; 3. Causa y 4. Efecto, los cuales ahí se describen, por lo que paso a destacar que el primero de ellos en el presente caso no es congruente pues no existe identidad entre la deficiencia identificada y el hallazgo notificado en esta fase, modificándose la deficiencia que se me notificó, lo cual no se encuentra en las competencias de ley atribuida a los auditores tal y como paso a DEMOSTRAR:

#### **I. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.**

EN EL HALLAZGO EXISTE INCONGRUENCIA O INEXACTITUD RESPECTO AL TEXTO DE LA PRESUNTA DEFICIENCIA NOTIFICADA ORIGINALMENTE EN LA REFERENCIA: DA-EECHA-CEL-030/2016, QUE ME PERMITO TRANSCRIBIR ASÍ:

1. "Ejecución del rediseño de la Presa el Chaparral sin contrata de concesión aprobada por la Asamblea Legislativa.

Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Rio Lempa (CEL), reinicio la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo un nuevo rediseño, sin contar con la Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, ya que la contrata original del Proyecto aprobada por la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), venció el 06/12/2011 y fue prorrogada hasta el 06/04/2014".

#### **RESPUESTA ANTERIOR (DE FECHA 06 DE JULIO DEL AÑO 2017)**

"Al respecto le manifiesto que todo lo relacionado a los actos preparatorios o requisitos previos (permisos) necesarios para el inicio del proceso de adquisición, son responsabilidad de las dependencias solicitantes, conforme lo establecido en la LACAP en sus artículos 19 inciso 2 (Que transcribo a continuación) y 20 bis, en sus letras c y g; y en el Reglamento de esta Ley en su artículo 18 que transcribo a continuación:

LACAP:

ART. 19.-SEGUIMIENTO Y RESPONSABILIDAD, INC. 2.

"Los subalternos que tuvieran a su cargo los actos preparatorios de las adquisiciones y contrataciones, así como lo relacionado con la vigilancia de su ejecución y liquidación, responderán personalmente por las infracciones o delitos que ellos cometieren, en ocasión de los actos regulados en esta Ley".

RELACAP:

Art. 18.- VERIFICACIÓN DE PERMISOS Y LICENCIAS.

"La Unidad solicitante, previo a la contratación deberá obtener de las autoridades competentes los dictámenes, permisos, licencias, derechos de propiedad intelectual y demás necesarios para la ejecución de los contratos cuando legalmente sea procedente..."

En atención a lo anterior, para las contrataciones objeto de examen especial la unidad requirente o solicitante fue la Dirección del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, pues fue dicha unidad la que solicitó a la UACI la adquisición de los servicios, y por ende encargada de realizar los actos preparatorios de conformidad a las responsabilidades establecidas en el Art. 20 bis de la LACAP (Responsabilidades de los solicitantes); en ese sentido, no existe responsabilidad sobre esta presunta deficiencia que se me pudiese adjudicar, ya que como antes señalé esta es de carácter personal en los casos de los actos preparatorios de las adquisiciones y contrataciones de conformidad al art. 19 de la LACAP, lo que tiene coherencia en la aplicación del art. 100 inciso primero en relación al art. 59 de la Ley de la Corte de Cuentas, que dicen:

"Responsabilidad conjunta o solidaria.

Art. 59. Inciso 1º- Habrá lugar a responsabilidad conjunta cuando dos o más personas aparezcan como coautores del mismo acto administrativo que haya generado la responsabilidad; será solidaria cuando la Ley lo determine."

"Responsabilidades en procesos contractuales.

Art. 100.- Los funcionarios y empleados que dirijan los procesos previos a la celebración de los contratos de construcción, suministro, asesoría o servicios al Gobierno y demás entidades a que se refiere el Art. 3 de esta Ley, serán responsables por lo apropiado y aplicable de las especificaciones técnicas y por su legal celebración."

Por tanto, en mi calidad de Director Presidente no tengo responsabilidad respecto a la presunta deficiencia referida, por lo que SOLICITARÉ SE TENGA POR DESVANECIDA.

No obstante, me permito aclarar señores auditores que, a mi saber y entender:

1. La concesión otorgada a la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL) por parte de SIGET para la explotación del recurso hidráulico del Río Torola, es una autorización que CEL ostenta desde el 06 de diciembre de 2006.
2. Que la concesión otorgada ESTÁ VIGENTE.

Tal y como paso a demostrar con las explicaciones y evidencias siguientes:

La anterior afirmación se explica haciendo una simple relación de fechas, ya que la contrata de concesión fue suscrita el 06 de diciembre de 2006 con plena vigencia para efectos legales erga omnes, pues la concesión otorgada a CEL tiene la característica de haber sido otorgada por PLAZO INDEFINIDO (PERMANENTE), esto basado en el marco jurídico vigente a diciembre de 2006.

El contrato de concesión contiene entre sus cláusulas un plazo para la entrada en operación comercial de la Central (Totalmente diferente al plazo de la concesión), el cual se determina del tiempo de construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral, este plazo fue prorrogado hasta el 06 de abril de 2014, en ese sentido la Comisión en tiempo y forma solicitó una segunda prórroga para el plazo de la construcción, sin embargo SIGET en ese momento se ve impedida de resolver ya que para entonces se había emitido la sentencia de inconstitucionalidad por parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, marcada a la referencia 28-2008, emitida en fecha 27 de junio 2012, que contiene argumentos emitidos por los Magistrados de dicha Sala respecto a la incompetencia de SIGET para el otorgamiento de concesiones, y que de forma indudable nos llevan a LA CONCLUSIÓN QUE LAS CONCESIONES OTORGADAS CON ANTERIORIDAD A LA SENTENCIA SE CONSERVAN VIGENTES HASTA QUE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA REVISE LAS CONDICIONES BAJO LAS CUALES FUERON PACTADAS, por lo siguiente:

La misma sentencia considerada en la notificación de la deficiencia estipula: LA VIGENCIA DE LA CONCESIÓN PARA CEL, ya que en el considerando VI, literal B, inciso 5, página 21 de la misma, la Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia literalmente mandata:

"En el presente caso, las concesiones que pudieran haber sido otorgadas previo a la emisión de este fallo, lo fueron por un ente sin competencia para ello; sin embargo, como ya fue acotado este Tribunal puede —como competencia inherente a su función— modular los efectos de sus pronunciamientos.

**A partir de lo anterior, en procura de la seguridad jurídica y la continuidad en la prestación de un servicio esencial para la población —prestación del servicio de energía eléctrica—, este Tribunal añade que, además del efecto principal de esta sentencia, las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma se conservarán vigentes, hasta que la Asamblea Legislativa revise las condiciones bajo las que fueron pactadas y —si a su criterio— las cumplieren, establezca su continuidad, fijándoles un plazo para su finalización, continuando la SIGET con su supervisión y vigilancia, hasta que la Asamblea Legislativa dé cumplimiento al fallo de acuerdo con los lineamientos que la Constitución ordena para esta clase de concesiones. "**  
**(Subrayado y negritas es mío)**

La anterior transcripción, refleja la legalidad con la cual CEL ha mantenido aplicable y vigente la contrata de concesión, ya que ES LA ASAMBLEA LEGISLATIVA LA QUE POR MANDATO DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DEBERÁ FIJAR UN PLAZO DE FINALIZACIÓN A LA CONCESIÓN OTORGADA POR SIGET EN FECHA 06 de diciembre de 2006, LA CUAL SE REVISTIÓ DE CARÁCTER PERMANENTE HASTA EL PRONUNCIAMIENTO AQUÍ REFERIDO. (Anexo I Sentencia de Inconstitucionalidad).

No obstante, CEL, ha estado tramitando diligentemente ante SIGET y Asamblea Legislativa (Petición de fecha 03 de abril 2014 que se agrega como anexo II), la actualización de los términos de la contrata con el objetivo de su correspondiente

concesión en los términos ya expresados teniendo por objetivo esencial el DERECHO DE EXPLOTACIÓN DEL RECURSO HIDRÁULICO MEDIANTE LA CONSTRUCCIÓN DE LA CENTRAL HIROELÉCTRICA EL CHAPARRAL EN RÍO TOROLA, lo cual se concretiza con el inicio de la operación comercial, ya que esta es la razón de ser de la concesión de conformidad al artículo 103 inciso tercero de la Constitución, por lo cual paso a transcribir la mencionada disposición constitucional y además lo que se plasma en concepto de concesión el cual se extrae del folio 236 vuelto de la escritura correspondiente, así:

Art. 103 inc. 3° Constitución.

"El subsuelo pertenece al Estado el cual podrá otorgar concesiones para su explotación"

Folio 236 vuelto contrata de concesión.

"Concesión: Acto otorgado por la SIGET por el cual se faculta a CEL para explotar el recurso hídrico sobre el Río Torola, denominado Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, con la finalidad de generar energía eléctrica."

De la gestión ante la Asamblea Legislativa antes referida, no tuvimos respuesta por ninguna vía, hasta el mes de mayo de 2017 a través de SIGET por una correspondencia que señala que hasta este año la Asamblea conoció lo solicitado en 2014, es decir más de 3 años después, lo cual no es responsabilidad de CEL (Anexo III) y solicitan los cronogramas de plazo para el desarrollo de la construcción para determinar el plazo máximo de la entrada en operación comercial de la central, esta diligencia realizada a través de SIGET porque hasta este año la Asamblea Legislativa le ha dado cumplimiento a la sentencia emitiendo las reformas a la Ley General de Electricidad (Anexo IV).

Es importante aclararles que el SITIO DE CONCESIÓN es a partir del ÁREA DE CONSTRUCCIÓN DE LA CENTRAL Y TODO SU EMBALSE, es decir más de 8 kilómetros, tal y como consta en el contrato de concesión y específicamente en el Anexo 1, identificado como N° 153 libro 18 página 46 de la Certificación emitida por la SIGET y entregada a ustedes en el desarrollo de la presente auditoria. (Anexo V).

En ese sentido, "el rediseño" llamado así en su notificación, es una actualización de la distribución de las estructuras del proyecto, enfocado a la continuidad de la Construcción de la Central EN EL ÁREA DEL SITIO DE CONCESIÓN, SOBRE EL MISMO RIO, EN PROPIEDAD DE CEL, bajo ningún parámetro la construcción se está realizando en áreas no contempladas de intervención, o estamos interviniendo otro recurso o bien del cual no se tenga concesión, sino que son adecuaciones realizadas en el área de concesión, y que originalmente se tenían contempladas como zonas de inundación por la ubicación del Embalse y que buscan ejecutar la EXPLOTACIÓN DEL RECURSO HIDRÁULICO DEL RÍO TOROLA Y QUE NO NECESITAN DE CONCESIÓN PARA SU EJECUCIÓN.

POR TODO LO ANTERIOR Y CON LA EVIDENCIA QUE SE AGREGA SE DEMUESTRA QUE:

1. LA CONTRATA DE CONCESIÓN SE MANTIENE VIGENTE A FAVOR DE CEL.

2. QUE LA CONTRATA DE CONCESIÓN NO ES IMPEDIMENTO U OBSTÁCULO O REQUISITO PREVIO NECESARIO PARA LA EJECUCIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA CENTRAL.

POR LO ANTERIOR SE DEMUESTRA QUE NO EXISTE LA PRESUNTA DEFICIENCIA Y EN CONSECUENCIA NO EXISTE RESPONSABILIDAD A TRIBUIBLE A MI PERSONA"

La respuesta antes transcrita, estaba enfocada a superar la presunta deficiencia teniendo como condición de incumplimiento que CEL se encontraba "sin la contrata de concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, ya que la contrata original había vencido en 2014", ante esta respuesta los comentarios que he recibido de los auditores en el borrador de informe, sobre esta deficiencia constituida como hallazgo es:

"Analizamos los comentarios y documentación presentados por el Presidente, quien manifiesta que todo lo relacionado a los actos preparatorios del proceso de contratación corresponde a la Unidad Solicitante y que son ellos los responsables; no obstante, como representante de la Entidad, y la magnitud del proyecto es quien debe avocarse a la instancia correspondiente para obtener la Contrata de Concesión actualizada en el plazo del proyecto y ubicación de los componentes con el nuevo diseño.

Con relación al comentario de que la Contrata de Concesión para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, tiene la característica de haber sido otorgada por un plazo indefinido, tal como lo establece en su CLAUSULA TERCERA, PLAZO DE LA CONCESIÓN. "El plazo de la concesión es permanente y su vigencia se contará a partir de la fecha de suscripción de la presente contrata", por lo que se encuentra vigente, lo cual es correcto; pero nuestra observación se centra en el plazo para la ejecución del proyecto definido así en la CLAUSULA SEXTA numeral OCHO) plazo para la ejecución del proyecto: "el plazo máximo para la entrada en operación comercial del proyecto a ser desarrollado a partir de la firma de la presente contrata es de sesenta meses", la cual fue modificada el 17 de junio de 2011 ampliándose el plazo a 88 meses, la cual venció el día 06 de abril del 2014; además, debido a que era un rediseño la CLAUSULA CUARTA, Ubicación, define la ubicación de los componentes del proyecto, y tal como se ha hecho saber en informes, planos y puntos de actas existe una modificación al diseño inicial lo que conlleva a una modificación de la contrata no solo en su plazo sino también su actualización del nuevo diseño.

Si bien se ha comprobado que la CEL hizo en el año 2014 una gestión ante la Asamblea Legislativa para solicitar prórroga únicamente al plazo de ejecución del proyecto, era conforme al anterior diseño y proyectado en ese entonces; por lo tanto, debido a que no se solicitó ante la instancia correspondiente, la modificativa de la contrata en cuanto al plazo de la ejecución del proyecto ubicación y nuevos componentes a partir del nuevo diseño, la deficiencia se mantiene."

Todo lo anteriormente subrayado y expuesto por los auditores constituyen la nueva condición y observación, la causa y el efecto real del hallazgo cuya deficiencia original

han querido reformular o generar una nueva observación a partir de la respuesta proporcionada, lo cual se encuentra prohibido por las Normas de Auditoría Gubernamental, ya que si la premisa de la deficiencia notificada era que CEL había continuado las obras de El Chaparral SIN CONTRATA DE CONCESIÓN POR ENCONTRARSE ÉSTA VENCIDA y en sus comentarios antes transcritos y que consta en el párrafo tercero, página 31 del borrador, posterior al análisis de comentarios y documentación presentada en su oportunidad por mi persona, al plasmar “por lo que se encuentra vigente, lo cual es correcto” lo que debió aplicar era el art. 78 numeral 1 y tener por superada la deficiencia notificada y no reformular una nueva, en relación al art. 47 de la Ley de la Corte de Cuentas.

LA PRINCIPAL ARGUMENTACIÓN PARA TENER POR SUPERADA LA PRESUNTA DEFICIENCIA ENCONTRADA, CONSISTIÓ EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA ADMINISTRATIVA, ARGUMENTANDO POR MI PARTE QUE LA TRAMITACIÓN DE LA CONTRATA DE CONCESIÓN, ES UN ACTO PREPARATORIO A FUTURAS LICITACIONES Y EL ART. 19 DE LA LACAP, ASIGNA DICHA ACTIVIDAD A LA UNIDAD SOLICITANTE, LO CUAL NO HA SIDO TOMADO EN CUENTA EN APLICACIÓN A LA LACAP, SINO MAS BIEN, A UN CRITERIO SUBJETIVO, LO CUAL EXTRAIGO DE LO QUE PLASMO A CONTINUACIÓN:

“NO OBSTANTE, COMO REPRESENTANTE DE LA ENTIDAD Y LA MAGNITUD DEL PROYECTO ES QUIEN DEBE VOCARSE A LA INSTANCIA CORRESPONDIENTE PARA OBTENER LA CONTRATA DE CONCESIÓN ACTUALIZADA EN EL PLAZO DEL PROYECTO Y COMPONENTES CON EL NUEVO DISEÑO”.

LO ANTERIOR, NO SE ENCUENTRA CONTEMPLADO EN LA LEY, ES DECIR, EN LA LACAP NO SE PLASMA NINGÚN CRITERIO RELACIONADO CON MAGNITUDES DE PROYECTOS QUE AMERITEN POR ESE SOLO HECHO, QUE SEA EL REPRESENTANTE DE LA ENTIDAD EL QUE TRAMITE LOS ACTOS PREPARATORIOS, POR LO CUAL LA FIGURA CORRECTA A APLICAR RESPECTO A MI PERSONA EN LA CALIDAD QUE OSTENTO ES QUE LA DEFICIENCIA HA SIDO SUPERADA, POR SIMPLE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD, NO OBSTANTE, COMO PRESIDENTE DE CEL HICE UN ESFUERZO POR JUSTIFICAR A FONDO LA PRESUNTA DEFICIENCIA A NIVEL INSTITUCIONAL, SIN QUE ELLO IMPLIQUE UNA ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDAD RELACIONADA A MI CALIDAD DE PRESIDENTE DE LA JUNTA DIRECTIVA DE CEL.

II. INEXISTENCIA DE LA CAUSA Y EL EFECTO COMO ATRIBUTOS DEL HALLAZGO. Según su notificación del hallazgo, como atributos del mismo en su causa y efecto se consignó:

“La deficiencia se debió a que la Junta Directiva, El Director Ejecutivo, el Coordinador de Proyectos, el Director del Proyecto y el Jefe de la UACI, realizaron contrataciones para la reactivación de la ejecución del proyecto sin obtener la modificativa a la Contrata de Concesión ante la Instancia Correspondiente.

Realizar contrataciones para la reactivación de la ejecución del proyecto, sin obtener la Contrata de Concesión modificada, podría generar incumplimientos legales que afecten los intereses del Estado.”

Estos criterios carecen de evidencia suficiente y pertinente para sostener la condición u observación, la cual como reitero, ha sido reformulada y que paso a desvirtuar así:

Respetuosamente, planteo ante ustedes honorables auditores:

¿Cuál será el efecto más perjudicial para CEL, en el deber de cuidado a los bienes públicos que administramos junto con la Junta Directiva, mantener un proyecto fallido EN ABANDONO mientras la Asamblea Legislativa resuelve la solicitud de modificación de la contrata de concesión, o sin la modificación de la concesión se hace uso del salvataje (modulación de efectos) establecido por la Sala de lo Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad 28-2008, de aquellas concesiones previamente otorgadas y que a la fecha no han sido otorgadas por la Asamblea Legislativa?

La respuesta es evidente, ya que con esa decisión se evitó el deterioro total de los componentes y obras que se habían ejecutado en el pasado, obteniendo a la fecha la construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral con un alto nivel de ejecución, siendo esta medida menos perjudicial para el interés público.

Según la página 31, la observación se centra en que la cláusula cuarta de la contrata de concesión, a criterio de los auditores, DEFINE LA UBICACIÓN DE LOS COMPONENTES DEL PROYECTO, LO QUE CONLLEVA A UNA MODIFICACIÓN DE LA CONTRATA, NO SOLO EN SU PLAZO SINO EN LA ACTUALIZACIÓN DEL NUEVO DISEÑO, llama poderosamente la atención a este servidor esta aseveración, pues la cláusula cuarta efectivamente regula LA UBICACIÓN DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA (Es importante recordar que el eje central de este documento es la concesión del río a ser explotado mediante una central, pero no la construcción de ésta), al darle lectura su contenido es eminentemente técnico y dice: “La Central Hidroeléctrica El Chaparral estará localizada en la zona baja de la cuenca hidrográfica del Río Torola. El sitio de presa se ubica entre los municipios de San Luis de la Reina y Carolina y el embalse se extenderá hasta el municipio de San Antonio del Mosco, todos ubicados en el departamento de San Miguel. La cuenca en referencia está localizada en la región noreste de El Salvador, y el área del proyecto se localiza entre los paralelos trece grados cincuenta minutos y trece grados cincuenta y tres minutos latitud norte y entre los meridianos ochenta y ocho grados veintidós minutos y ochenta y ocho grados dieciséis minutos longitud oeste. El eje de presa estará situado en un sitio localizado aproximadamente trescientos metros aguas arriba de la línea fronteriza con Honduras, entre los municipios de San Luis de la Reina y Carolina. El embalse formador por la presa del proyecto se encuentra en el área demarcada en el anexo uno “Ubicación y delimitación geográfica del sitio de concesión” de esta contrata.”

Todo lo que esta cláusula señala y que destacan los auditores no definen la ubicación de los componentes del proyecto de forma detallada taxativa o de acuerdo a un diseño, sino

un área general de concesión donde se espera esté ubicada la presa, y para ello da límites, los cuales a la fecha HAN SIDO RESPETADOS POR CEL, pero que para poder entenderlos es necesario el auxilio de especialistas en la materia que puedan ilustrar la forma de entender esta descripción, por lo que agrego como prueba documento emitido por Unidad de Asistencia Técnica, Gerencia de Ingeniería de CEL, en el cual se localiza las descripciones señaladas por la SIGET en la cláusula cuarta, y el que agrego como ANEXO 1, con el que se evidencia que los paralelos y los meridianos son bloques mediante los cuales se encuentra dividida nuestra región y que al trasladarlos al mapa de El Salvador únicamente establecen un sitio o una zona o región localizada entre dos municipios, Carolina y San Luis de la Reina, lo cual se encuentra demarcado en uno de los planos con la línea punteada y en el de relieve mediante líneas, con lo cual queda plenamente demostrado que todo eso es lo que denomina la contrata como sitio de presa, y si lo vemos en su conjunto técnico y legal, no existe incumplimiento, ni existe la necesidad de la modificación de esta cláusula por estar en cumplimiento de la misma, y por tanto no existir el hallazgo sobre este punto.

Respecto a la cláusula sexta numeral ocho que regula el plazo para la ejecución del proyecto, en realidad no regula un plazo de construcción sino el plazo de entrada en operación comercial, definida en la cláusula segunda como: "es aquella en la cual la central es capaz de ejecutar continuamente la producción de energía eléctrica para la cual fue diseñada e inyectarle al sistema de transmisión en forma regular, continua y confiable", es decir un plazo para poder explotar comercialmente el recurso hidráulico y como bien plasman en el borrador de referencia: CEL hizo en el año 2014 una gestión en la Asamblea Legislativa para solicitar la modificación de este plazo, no de ejecución del proyecto sino de entrada en operación comercial y de la cual no se ha valorado la prueba presentada el día 06 de julio de 2017 en la cual la SIGET notifica a CEL, que la Comisión ad hoc de la Asamblea Legislativa, creada para estudiar las implicaciones de la sentencia de inconstitucionalidad 28-2008, acordó entregar a SIGET la solicitud de modificación de la contrata de concesión de explotación del Río Torola presentada por CEL, para que sea evaluada y posteriormente remitir el dictamen técnico correspondiente a dicha comisión.

Es decir, que estamos avocando a SIGET para tramitar el soporte de una modificación en plazo como la incorporación de algunos componentes para que estos evalúen y emitan dictamen técnico para esa comisión, siendo SIGET la instancia correspondiente delegada para tal fin por la Asamblea Legislativa, ya que ésta únicamente decide si aprueba o no la concesión, las condiciones, plazo y el otorgamiento de las mismas, de conformidad a la sentencia de inconstitucionalidad 28-2008.

En ese sentido, según la nota de fecha 22 de mayo de 2017, a SIGET se le entregó el cronograma actualizado de ejecución y el cronograma de los procesos de adjudicación de los diferentes contratos para la ejecución del proyecto, que establece cada componente a efecto de justificar el plazo máximo de la entrada en operación comercial y las ubicaciones y los componentes ajustados, todo en coherencia con documentación previamente solicitada, específicamente mediante acuerdo 33-E-2015 SIGET, en el que se requirió el estudio de diseño final donde se considere la evaluación de las condiciones técnicas, económicas y ambientales de las nuevas obras a implementar para finalizar la

construcción del Proyecto El Chaparral, actualización del cronograma de ejecución de obras civiles, instalación de equipos tomando en cuenta el diseño final elaborado a partir de las investigaciones geológicas y geotécnicas, y aclara en ese acuerdo SIGET que los resultados de ese análisis serían evaluados de acuerdo a los criterios de la sentencia de inconstitucionalidad para poder recomendar a la Asamblea Legislativa la modificación de la contrata de concesión, en el año 2016 en el acuerdo 480-E- 2016 en el numeral tercero consta: "De la visita de inspección técnica realizada en fecha 2 de diciembre 2016 se concluyó lo siguiente: 3. Sobre la base de la verificación del cumplimiento de la cláusula SEXTA DEL PROYECTO, se observa que en lo referente a las disposiciones establecidas en los numerales del uno al diez el concesionario está cumpliendo con los requisitos establecidos en el contrato de concesión y al final acuerdan notificar a la Asamblea Legislativa.

Por lo anterior, agrego como evidencia los acuerdos emitidos por la SIGET, así como las solicitudes realizadas por CEL para obtener la modificación en la contrata de concesión (ANEXO 2).

Respecto a la causa, como sostuve en la respuesta a la deficiencia, para realizar las contrataciones objeto a examen no era necesario contar con la contrata de concesión modificada; 1. Porque tal y como los auditores reconocen, ésta se encuentra vigente, 2. Es la misma área o sitio de concesión, 3. Sobre el plazo de entrada en operación comercial no se ha pronunciado la Asamblea Legislativa que es la entidad a quien corresponde y sus plazos de respuesta no dependen de la gestión que CEL realice, y 4. CEL se encuentra cumpliendo con todos los requisitos de la contrata de concesión, quien no marca, determina o aprueba el plazo de construcción, que es totalmente diferente según la cláusula segunda "fecha de inicio de la operación", razón por la cual la condición del art. 18 del RELACAP en el sentido que la unidad solicitante, previo a la contratación, deberá obtener los permisos necesarios para la ejecución de los contratos, cuando legalmente sea procedente, en este caso no era necesario obtener la modificativa en los términos que esta Corte señaló por lo antes expuesto, y habiendo establecido la Sala de lo Constitucional que "las concesiones se mantendrán vigentes hasta que la asamblea Legislativa revise las condiciones bajo las que fueran pactadas y- si a su criterio- las cumplieren, establezca su continuidad, fijándoles un plazo para su finalización" NO EXISTE EL EFECTO REDACTADO EN EL SENTIDO QUE PODRÍA GENERAR INCUMPLIMIENTOS LEGALES QUE AFECTEN LOS INTERESES DEL ESTADO.

Y por último, para aclarar, el alcance del examen especial según su borrador en la página 1, es aspectos legales y técnicos aplicables a las contrataciones directas adjudicadas en el año 2015, y en el romano II. Procedimientos de auditoría Aplicados, se detalla que fueron 5 los expedientes examinados de contrataciones directas, por el contrario y en vulneración al principio de congruencia en el hallazgo 1 se establece una lista de 14 procesos de contratación y contratos adjudicados en el año 2015 y 2016, estando en exceso legal de los alcances que supuestamente debieron ser auditados, y en ese sentido al darle estricto cumplimiento a su alcance de los procesos detallados, en el año 2015 existen 6 procesos de contratación, de los cuales el único que es contratación directa y que sí está en el listado de expedientes examinados, es el proceso CD 10/15 "Suministro

y Montaje de los Equipos Electromecánicos" (TYAZHMASH), el cual se encuentra su ejecución en el mismo sitio proyectado desde el 2008 y para el cual no es aplicable el supuesto hallazgo, además que es un contrato de suministro y no de obra pública, razón por la cual no le es aplicable los criterios del artículo 105 de la LACAP, vulnerándose también el principio de legalidad y mi garantía de defensa."

En nota del 22 de junio de 2018, el Director Suplente [REDACTED], quien expresa lo siguiente:

**"Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Rio Lempa (CEL), reinició la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo un nuevo rediseño, sin contar con la Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, ya que la contrata original del Proyecto aprobada por la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), venció el 06/12/2011 y fue prorrogada hasta el 06/04/2014"**  
(Subrayado es nuestro).

Los Auditores de la Corte de Cuentas no han considerado que la Comisión es una entidad sin fines de lucro por mandato legal, pues su función es pública en cuanto al desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos del país, por lo que CEL está habilitada para utilizar los recursos a través de su Ley Especial de Creación, como lo establece los artículos 1 y 2, y siendo una Corporación del Estado, no debe de evaluarse por parte de los auditores como si se tratase de una empresa privada que explota un recurso para su propio beneficio y el de sus socios desconociendo la verdadera esencia y naturaleza jurídica de CEL, en consecuencia las actuaciones de CEL deben enmarcarse en su Ley de Creación tal como le son encomendadas, caso contrario de las empresas particulares, cuyo fin es la de obtener ganancias para el provecho particular, siendo que CEL como parte del Estado explota sus propios recursos en apoyo al desarrollo del país. Asimismo, es importante recordar a los Auditores, que para el caso específico de los proyectos que ejecuta CEL y por ser una Corporación del Estado, sujeta todas sus actuaciones al marco legal, que en este caso, consistió entre otros aspectos, solicitar la aprobación del proyecto a la Dirección General de Crédito Público, que entre sus funciones está la de aprobar o no los proyectos, para que una vez revisados puedan pasar a formar parte de las Leyes de Presupuesto que son aprobada por la Asamblea Legislativa, y que para el caso de los proyectos implícitamente conllevan todas las autorizaciones para su ejecución, en cada una de las Leyes del presupuesto, y que esta Comisión ejecutó en cumplimiento al mandato legal en ellas establecidas.

Es menester efectuar además un especial pronunciamiento al contenido del hallazgo en referencia el cual se encuentra fuera del alcance del objetivo general y objetivos específicos del examen especial antes citado; específicamente porque al tenor de la literalidad el objetivo es **"Verificar el cumplimiento de aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de Contrataciones Directas relacionados con el proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución durante el periodo del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016"**.

Como se observa no es posible encuadrar la conducta señalada a la institución a la cual se hace referencia el presente Hallazgo dentro del parámetro en el cual el equipo auditor debe realizar su actuación. Por lo que el equipo auditor se ha excedido en los límites en los cuales la ley le permite enmarcar su competencia pues los mismos se encuentran fuera del alcance del examen especial.

Si se definió el marco de actuación del Examen, se dispuso que la verificación dentro de dicho proceso recaería sobre los aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de **CONTRATACIÓN DIRECTA ADJUDICADOS EN EL AÑO 2015 Y EJECUTADOS ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2015 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (ANEXO 1)**, y se incluyó el cumplimiento de cláusulas contractuales, plazos establecidos y la ejecución del avance físico de los contratos objeto del examen, la aplicación de las transacciones financieras inherentes al proyecto y la denuncia ciudadana como objetivos específicos del mismo, lo cual considera que los aspectos legales y técnicos SOLO PUEDEN SER LOS APLICABLES A DICHOS PROCESOS DE CONTRATACIONES DIRECTAS, quedando excluido de dicho examen la verificación de requisitos que NO les son aplicables y que sólo son aplicables a otro tipo de contrataciones o instrumentos como lo son el Contrato Llave en Mano, contrato de obra y Concesión (Artículo 105 LACAP).

Por lo anterior, bajo la sujeción al principio de legalidad que rige las actuaciones de los funcionarios públicos, el equipo de Auditoría no tiene la suficiente competencia para calificar como **vencida** la Concesión otorgada en el año 2006 a CEL, ya que bajo el Examen Especial la Contrata de Concesión y sus requisitos previos no han sido incluidos dentro del proceso de auditoría por parte de la Corte de Cuentas, en tal sentido la actuación del equipo de auditoría incumple con lo señalado en el artículo 101 de la Ley de Corte de Cuentas, el cual mandata que aquellos que realicen auditoría gubernamental deberán cumplir sus funciones de acuerdo con la Ley, reglamentos, normas de auditoría y cualesquiera otras disposiciones dictadas por la Corte, siguiendo el marco normativo y temporal que rige el examen a través del cual surge el señalamiento o Hallazgo 1.

La conclusión de los auditores, al señalar que se ejecutó el rediseño de la presa El Chaparral, sin modificativa de contrata de concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, respecto a la ubicación del nuevo eje y el plazo, se basa en una interpretación errónea de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional bajo el proceso de referencia 28-2008, de las ocho horas del veintisiete de junio de dos mil doce, emitida con el fin de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la Ley General de Electricidad, y de los Arts. 4, 12 y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en la cual se consideró que la concesión para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hídricos y geotérmicos que era autorizada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; debía ser otorgada de conformidad a la atribución dada a la Asamblea Legislativa en el art. 131 ord. 30° Cn, en cuanto a aprobar las concesiones referidas en el art. 120 Cn.

Si bien, dicha Sala consideró a través de la sentencia que el efecto principal en las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma debían de conservarse vigentes hasta que la Asamblea Legislativa revisara las condiciones bajo las cuales fueron

pactadas y si a su criterio las cumplieren confirmarían su continuidad fijándoles un plazo para su finalización, no obstante el equipo auditor, omite el análisis realizado también en el apartado 2A de la Sentencia, el que se transcribe íntegramente... *"En definitiva, este Tribunal considera que **la calidad de concesionarios que ostentan las empresas que, de buena fe, hubieren, podido entablar relaciones contractuales con la SIGET puede mantenerse.** Sin embargo, han sido efectuados bajo términos no revisados y aprobados por el ente competente —Asamblea Legislativa— y con un plazo indefinido, condiciones de ejecución que no pueden mantenerse a la luz de vulneraciones a la Constitución, además de que estarían en desarrollo al momento de dictarse este fallo y **seguirían ejecutándose a partir del mismo,**"* (el subrayado es nuestro)

En esa línea, es dable señalar que corresponderá a la Asamblea Legislativa llevar a cabo las acciones pertinentes y estipular las condiciones de revisión de los posibles contratos existentes al momento de dictarse este fallo, tomando en cuenta, además de las condiciones de ejecución del contrato, ciertos requisitos que debe llenar el sujeto al que se otorga la concesión, verbigracia capacidad legal, técnica y financiera, a más de otros que el legislador pudiera reflexionar oportunos y que ya se encuentran establecidos en normas que pudieran ser aplicables a esta clase de contratos, el art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; así como aquellas que le son directamente aplicables, los arts. 13 LGE y 21 RLGE; de manera que las relaciones jurídicas entabladas al amparo de la ley que ahora se invalida tengan la posibilidad —si así lo considera conveniente la Asamblea Legislativa— de continuar y adecuarse paulatinamente a los parámetros establecido por la Constitución y desarrollados por este pronunciamiento."

De esta exposición se advierte claramente la imposibilidad de obtenerse desde la emisión del fallo NINGUNA MODIFICACIÓN A LA CONCESIÓN DE CEL DEL PROYECTO EL CHAPARRAL, ya que la concesión otorgada a CEL es de las contempladas en el párrafo anterior ya que la misma fue otorgada por SIGET, como ente regulador facultado por ley en aquel momento para la autorización de las concesiones, en cumplimiento de los aspectos legales, técnicos y financieros requeridos para el otorgamiento de la misma, por lo que en razón de dicha sentencia la única manera de revisar cualquier cambio o modificación solo podrá realizarse a través de lo resuelto por la Asamblea Legislativa.

Con lo anterior podemos concluir que los auditores omiten reconocer que la Sala de lo Constitucional dotó de estabilidad jurídica a la Concesión de CEL otorgada en el 2006 y en tal sentido se esfuerzan en argumentar que la Concesión está vencida por el hecho que no existe una resolución de SIGET que prorrogue el plazo de ejecución de los trabajos, aun sabiendo que la misma es de imposible obtención ya que SIGET no tiene competencia para resolver sobre lo solicitado en tiempo y forma por CEL por no existir en el ordenamiento jurídico la norma habilitante para ello como consecuencia de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional ampliamente discutida en el presente escrito, y qué no obstante las gestiones realizadas por CEL, el nuevo ente facultado, es decir, la Asamblea Legislativa no se ha pronunciado sobre las peticiones presentadas ante la misma.

Si CEL solicitó en el tiempo oportuno (antes de vencimiento del plazo de ejecución de los trabajos) tal como lo señala la Concesión, pero no hubo respuesta esto no puede configurarse como un incumplimiento de CEL y tampoco debe considerarse como vacío o contradicción con lo resuelto por la Sala, ni se debe asumir tampoco que la falta de resolución de la petición presentada a la Asamblea Legislativa se configura, como una denegatoria a la solicitud de prórroga, siendo únicamente el EQUIPO AUDITOR quien interpreta que la concesión está vencida, sin ninguna base legal que lo sustente, utilizando únicamente la interpretación aislada de algunos aspectos de la sentencia citada, que es clara y favorable en su contexto integral, y que impide acreditar como se pretende en el referido hallazgo una responsabilidad para CEL, empleados o funcionarios.

Es importante, además señalar que de haber existido resolución a la prórroga, CEL hubiese planteado la solicitud de modificar la concesión con el nuevo eje alternativo, entendiendo que dicha actuación recae sobre la misma concesión, y que el "rediseño" llamado así en la notificación realizada por el equipo auditor, no es más que una actualización de la distribución de las estructuras del proyecto, enfocado únicamente en la continuidad de la Construcción de la Central, **en el área del sitio de concesión, sobre el mismo Río Torola, en la misma propiedad de CEL.**

Aunado a lo anterior es también menester aclarar que la concesión otorgada por SIGET, para la explotación del recurso hidráulico del Río Torola, es una autorización que CEL tiene desde el día 06 de diciembre de 2006, misma que fue otorgada dentro del marco jurídico que regía en aquel momento para las concesiones. Es primordial declarar que, esa normativa ya no está vigente desde el año 2011, por lo cual el ente competente-Asamblea Legislativa-deberá evaluar que en el caso de CEL como institución estatal no es aplicable la Concesión ya que este concepto jurídico en derecho administrativo se define por: SAYAGUES LASO E. "TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO I, MONTEVIDEO 1953, pág. 421. "La concesión es el acto jurídico de derecho público mediante el cual se transmite a un particular, sólo en caso de interés general y por tiempo determinado, una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado preste un servicio público, de acuerdo con el régimen específico respectivo, a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio, o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien..., como puede concluirse entonces con mucha certeza la Asamblea legislativa reconocerá que siendo CEL, parte del Estado está no requiere de concesiones para la ejecución de sus proyectos que son un mandato de Ley orientados al bien común.(El subrayado es nuestro)

En este sentido, haber detenido la obra, bajo el esquema de no tener una nueva contrata de concesión, tal como de una u otra manera lo hace parecer el equipo auditor de la Corte de Cuentas en su examen especial, hubiese conllevado en un total estancamiento y deterioro de la obra pública en perjuicio del desarrollo del país, así como un grave **perjuicio económico para el Estado**, lo cual hubiera generado un hecho sujeto de señalamientos por la inactividad de la administración y por ende objeto de fiscalización por parte del ente contralor.

Aunado a lo anterior es importante recalcar que parte de las obligaciones legales de CEL, sujeta al principio de legalidad Art. 86 Cn. y tal como lo señala el artículo 2 de su Ley de Creación, se enmarca el desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos y fuentes de energía de El Salvador, dentro de lo cual podemos abarcar la obligación del desarrollo de nuevos proyectos, CEL es la Institución del Estado que debe procurar el desarrollo de la generación de energía eléctrica para el desarrollo del País, para esto CEL ha sido respetuosa del marco legal, este marco legal estableció en el año 2006 el requerimiento del obtener la concesión para la explotación de un bien demanial, sin embargo la Sala de lo Constitucional produjo por sentencia de Inconstitucionalidad la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que habilitaba a la SIGET, otorgar concesiones, estabiliza las existentes, en tanto que se cumplieran con los requerimientos técnicos, y posibilitó la adecuación paulatina a la normativa constitucional.

En conclusión CEL debe atender integralmente los efectos de la sentencia de la Sala de lo Constitucional Ref. 28-2008 mediante el cual dispone que el ente competente para la autorización de modificaciones y adecuaciones de concesiones otorgadas bajo la normativa anterior, es la Asamblea Legislativa; sin embargo este Órgano del Estado aún no ha formulado las condiciones para conocer dichas adecuaciones a las concesiones existentes, en tanto no lo haga, ningún concesionario está expuesto a tener vencida dicha concesiones, o dicho de otra manera, las concesiones siguen operando normalmente, por tanto este concesionario está respaldado para continuar cumpliendo con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión.

Derivado de lo anterior podemos afirmar que CEL estaba obligada a continuar ejecutando las acciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el proceso de construcciones en un plazo más largo el cual se hizo del conocimiento de SIGET, y con el eje alternativo (Que también se hizo de conocimiento de SIGET) (ANEXO 2).

Es importante mencionar que de haberse dejado abandonada la obra hasta esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa, el costo financiero por la pérdida o deterioro de la obra pública hubiera alcanzado al menos un grave deterioro patrimonial al Estado ya que a la fecha aún no existe un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa como nuevo ente encargado.

En vista de los argumentos de hecho y de derecho pronunciados en el libelo del presente escrito solicitamos sea desvanecido el presunto **hallazgo 1** antes relacionado."

En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Director Propietario [REDACTED]

[REDACTED] envió los comentarios siguientes:

"Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinició la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo un nuevo rediseño, sin contar con la Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, ya que la contrata original del Proyecto aprobada por la

**Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), venció el 06/12/2011 y fue prorrogada hasta el 06/04/2014”** (Subrayado es nuestro).

Los Auditores de la Corte de Cuentas no han considerado que la Comisión es una entidad sin fines de lucro por mandato legal, pues su función es pública en cuanto al desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos del país, por lo que CEL está habilitada para utilizar los recursos a través de su Ley Especial de Creación, como lo establece los artículos 1 y 2, y siendo una Corporación del Estado, no debe de evaluarse por parte de los auditores como si se tratase de una empresa privada que explota un recurso para su propio beneficio y el de sus socios desconociendo la verdadera esencia y naturaleza jurídica de CEL, en consecuencia las actuaciones de CEL deben enmarcarse en su Ley de Creación tal como le son encomendadas, caso contrario de las empresas particulares, cuyo fin es la de obtener ganancias para el provecho particular, siendo que CEL como parte del Estado explota sus propios recursos en apoyo al desarrollo del país. Asimismo, es importante recordar a los Auditores, que para el caso específico de los proyectos que ejecuta CEL y por ser una Corporación del Estado, sujeta todas sus actuaciones al marco legal, que en este caso, consistió entre otros aspectos, solicitar la aprobación del proyecto a la Dirección General de Crédito Público, que entre sus funciones está la de aprobar o no los proyectos, para que una vez revisados puedan pasar a formar parte de las Leyes de Presupuesto que son aprobada por la Asamblea Legislativa, y que para el caso de los proyectos implícitamente conllevan todas las autorizaciones para su ejecución, en cada una de las Leyes del presupuesto, y que esta Comisión ejecutó en cumplimiento al mandato legal en ellas establecidas.

Es menester efectuar además un especial pronunciamiento al contenido del hallazgo en referencia el cual se encuentra fuera del alcance del objetivo general y objetivos específicos del examen especial antes citado; específicamente porque al tenor de la literalidad el objetivo es “Verificar el cumplimiento de aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de Contrataciones Directas relacionados con el proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución durante el período del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016”. Como se observa no es posible encuadrar la conducta señalada a la institución a la cual se hace referencia el presente Hallazgo dentro del parámetro en el cual el equipo auditor debe realizar su actuación. Por lo que el equipo auditor se ha excedido en los límites en los cuales la ley le permite enmarcar su competencia pues los mismos se encuentran fuera del alcance del examen especial.

Si se definió el marco de actuación del Examen, se dispuso que la verificación dentro de dicho proceso recaería sobre los aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de **CONTRATACIÓN DIRECTA ADJUDICADOS EN EL AÑO 2015 Y EJECUTADOS ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2015 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (ANEXO 1)**, y se incluyó el cumplimiento de cláusulas contractuales, plazos establecidos y la ejecución del avance físico de los contratos objeto del examen, la aplicación de las transacciones financieras inherentes al proyecto y la denuncia ciudadana como objetivos específicos del mismo, lo cual considera que los aspectos legales y técnicos SOLO PUEDEN SER LOS APLICABLES A DICHOS PROCESOS DE CONTRATACIONES DIRECTAS,

quedando excluido de dicho examen la verificación de requisitos que NO les son aplicables y que sólo son aplicables a otro tipo de contrataciones o instrumentos como lo son el Contrato Llave en Mano, contrato de obra y Concesión (Artículo 105 LACAP).

Por lo anterior, bajo la sujeción al principio de legalidad que rige las actuaciones de los funcionarios públicos, el equipo de Auditoría no tiene la suficiente competencia para calificar como vencida la Concesión otorgada en el año 2006 a CEL, ya que bajo el Examen Especial la Contrata de Concesión y sus requisitos previos no han sido incluidos dentro del proceso de auditoría por parte de la Corte de Cuentas, en tal sentido la actuación del equipo de auditoría incumple con lo señalado en el artículo 101 de la Ley de Corte de Cuentas, el cual mandata que aquellos que realicen auditoría gubernamental deberán cumplir sus funciones de acuerdo con la Ley, reglamentos, normas de auditoría y cualesquiera otras disposiciones dictadas por la Corte, siguiendo el marco normativo y temporal que rige el examen a través del cual surge el señalamiento o Hallazgo 1.

La conclusión de los auditores, al señalar que se ejecutó el rediseño de la presa El Chaparral, sin modificativa de contrata de concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, respecto a la ubicación del nuevo eje y el plazo, se basa en una interpretación errónea de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional bajo el proceso de referencia 28-2008, de las ocho horas del veintisiete de junio de dos mil doce, emitida con el fin de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la Ley General de Electricidad, y de los Arts. 4, 12 y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en la cual se consideró que la concesión para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hídricos y geotérmicos que era autorizada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; debía ser otorgada de conformidad a la atribución dada a la Asamblea Legislativa en el art. 131 Ord. 30º Cn, en cuanto a aprobar las concesiones referidas en el art. 120 Cn.

Si bien dicha Sala consideró a través de la sentencia que el efecto principal en las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma debían de conservarse vigentes hasta que la Asamblea Legislativa revisara las condiciones bajo las cuales fueron pactadas y si a su criterio las cumplieren confirmarían su continuidad fijándoles un plazo para su finalización, no obstante el equipo auditor, omite el análisis realizado también en el apartado 2A de la Sentencia, el que se transcribe íntegramente... "En definitiva, este Tribunal considera que la calidad de concesionarios que ostentan las empresas que, de buena fe, hubieren podido entablar relaciones contractuales con la SIGET puede mantenerse. Sin embargo, han sido efectuados bajo términos no revisados y aprobados por el ente competente —Asamblea Legislativa— y con un plazo indefinido, condiciones de ejecución que no pueden mantenerse a la luz de vulneraciones a la Constitución, además de que estarían en desarrollo al momento de dictarse este fallo y seguirían ejecutándose a partir del mismo". (el subrayado es nuestro)

En esa línea, es dable señalar que corresponderá a la Asamblea Legislativa llevar a cabo las acciones pertinentes y estipular las condiciones de revisión de los posibles contratos existentes al momento de dictarse este fallo, tomando en cuenta, además de las condiciones de ejecución del contrato, ciertos requisitos que debe llenar el sujeto al que

se otorga la concesión, verbigracia capacidad legal, técnica y financiera, a más de otros que el legislador pudiera reflexionar oportunos y que ya se encuentran establecidos en normas que pudieran ser aplicables a esta clase de contratos, el art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; así como aquellas que le son directamente aplicables, los arts. 13 LGE y 21 RLGE; de manera que las relaciones jurídicas entabladas al amparo de la ley que ahora se invalida tengan la posibilidad —si así lo considera conveniente la Asamblea Legislativa— de continuar y adecuarse paulatinamente a los parámetros establecido por la Constitución y desarrollados por este pronunciamiento.

De esta exposición se advierte claramente la imposibilidad de obtenerse desde la emisión del fallo **NINGUNA MODIFICACIÓN A LA CONCESIÓN DE CEL DEL PROYECTO EL CHAPARRAL**, ya que la concesión otorgada a CEL es de las contempladas en el párrafo anterior ya que la misma fue otorgada por SIGET, como ente regulador facultado por ley en aquel momento para la autorización de las concesiones, en cumplimiento de los aspectos legales, técnicos y financieros requeridos para el otorgamiento de la misma, por lo que en razón de dicha sentencia la única manera de revisar cualquier cambio o modificación solo podrá realizarse a través de lo resuelto por la Asamblea Legislativa.

Con lo anterior podemos concluir que los auditores omiten reconocer que la Sala de lo Constitucional dotó de estabilidad jurídica a la Concesión de CEL otorgada en el 2006 y en tal sentido se esfuerzan en argumentar que la Concesión está vencida por el hecho que no existe una resolución de SIGET que prorrogue el plazo de ejecución de los trabajos, aun sabiendo que la misma es de imposible obtención ya que SIGET no tiene competencia para resolver sobre lo solicitado en tiempo y forma por CEL por no existir en el ordenamiento jurídico la norma habilitante para ello como consecuencia de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional ampliamente discutida en el presente escrito, y que no obstante las gestiones realizadas por CEL, el nuevo ente facultado, es decir, la Asamblea Legislativa no se ha pronunciado sobre las peticiones presentadas ante la misma.

Si CEL solicitó en el tiempo oportuno (antes de vencimiento del plazo de ejecución de los trabajos) tal como lo señala la Concesión, pero no hubo respuesta esto no puede configurarse como un incumplimiento de CEL y tampoco debe considerarse como vacío o contradicción con lo resuelto por la Sala, ni se debe asumir tampoco que la falta de resolución de la petición presentada a la Asamblea Legislativa se configura, como una denegatoria a la solicitud de prórroga, siendo únicamente el EQUIPO AUDITOR quien interpreta que la concesión está vencida, sin ninguna base legal que lo sustente, utilizando únicamente la interpretación aislada de algunos aspectos de la sentencia citada, que es clara y favorable en su contexto integral, y que impide acreditar como se pretende en el referido hallazgo una responsabilidad para CEL, empleados o funcionarios.

Es importante además señalar que de haber existido resolución a la prórroga, CEL hubiese planteado la solicitud de modificar la concesión con el nuevo eje alternativo, entendiendo que dicha actuación recae sobre la misma concesión, y que el “rediseño”

llamado así en la notificación realizada por el equipo auditor, no es más que una actualización de la distribución de las estructuras del proyecto, enfocado únicamente en la continuidad de la Construcción de la Central, en el área del sitio de concesión, sobre el mismo Río Torola, en la misma propiedad de CEL.

Aunado a lo anterior es también menester aclarar que la concesión otorgada por SIGET, para la explotación del recurso hidráulico del Río Torola, es una autorización que CEL tiene desde el día 06 de diciembre de 2006, misma que fue otorgada dentro del marco jurídico que regía en aquel momento para las concesiones. Es primordial declarar que, esa normativa ya no está vigente desde el año 2011, por lo cual el ente competente - Asamblea Legislativa- deberá evaluar que en el caso de CEL como institución estatal no es aplicable la Concesión ya que este concepto jurídico en derecho administrativo se define por: SAYAGUES LASO E. "TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO", TOMO I, MONTEVIDEO 1953, pág 421. "La concesión es el acto jurídico de derecho público mediante el cual se transmite a un particular, sólo en caso de interés general y por tiempo determinado, una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado preste un servicio público, de acuerdo con el régimen específico respectivo, a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio, o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien", como puede concluirse entonces con mucha certeza la Asamblea Legislativa reconocerá que siendo CEL, parte del Estado está no requiere de concesiones para la ejecución de sus proyectos que son un mandato de Ley orientados al bien común. (El subrayado es nuestro)

En este sentido, haber detenido la obra, bajo el esquema de no tener una nueva contrata de concesión, tal como de una u otra manera lo hace parecer el equipo auditor de la Corte de Cuentas en su examen especial, hubiese conllevado en un total estancamiento y deterioro de la obra pública en perjuicio del desarrollo del país, así como un grave perjuicio económico para el Estado, lo cual hubiera generado un hecho sujeto de señalamientos por la inactividad de la administración y por ende objeto de fiscalización por parte del ente contralor.

Aunado a lo anterior es importante recalcar que parte de las obligaciones legales de CEL, sujeta al principio de legalidad Art. 86 Cn. y tal como lo señala el artículo 2 de su Ley de Creación, se enmarca el desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos y fuentes de energía de El Salvador, dentro de lo cual podemos abarcar la obligación del desarrollo de nuevos proyectos, CEL es la Institución del Estado que debe procurar el desarrollo de la generación de energía eléctrica para el desarrollo del País, para esto CEL ha sido respetuosa del marco legal, este marco legal estableció en el año 2006 el requerimiento del obtener la concesión para la explotación de un bien demanial, sin embargo la Sala de lo Constitucional produjo por sentencia de Inconstitucionalidad la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que habilitaba a la SIGET, otorgar concesiones, estabiliza las existentes, en tanto que se cumplieran con los requerimientos técnicos, y posibilitó la adecuación paulatina a la normativa constitucional.

En conclusión CEL debe atender integralmente los efectos de la sentencia de la Sala de lo Constitucional Ref. 28-2008 mediante el cual dispone que el ente competente para la autorización de modificaciones y adecuaciones de concesiones otorgadas bajo la normativa anterior, es la Asamblea Legislativa; sin embargo este Órgano del Estado aún no ha formulado las condiciones para conocer dichas adecuaciones a las concesiones existentes, en tanto no lo haga, ningún concesionario está expuesto a tener vencida dicha concesiones, o dicho de otra manera, las concesiones siguen operando normalmente, por tanto este concesionario está respaldado para continuar cumpliendo con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión.

Derivado de lo anterior podemos afirmar que CEL estaba obligada a continuar ejecutando las acciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el proceso de construcciones en un plazo más largo el cual se hizo del conocimiento de SIGET, y con el eje alternativo (Que también se hizo de conocimiento de SIGET) (ANEXO 2)

Es importante mencionar que de haberse dejado abandonada la obra hasta esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa, el costo financiero por la pérdida o deterioro de la obra pública hubiera alcanzado al menos un grave deterioro patrimonial al Estado ya que a la fecha aún no existe un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa como nuevo ente encargado.

En vista de los argumentos de hecho y de derecho pronunciados en el libelo del presente escrito solicitamos sea desvanecida el presunto hallazgo 1 antes relacionado."

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Director Propietario** [REDACTED]

[REDACTED] presentó los comentarios siguientes:

**"Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinicio la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo un nuevo rediseño, sin contar con la Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, ya que la contrata original del Proyecto aprobada por la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), venció el 06/12/2011 y fue prorrogada hasta el 06/04/2014."** (Subrayado es nuestro).

Los Auditores de la Corte de Cuentas no han considerado que la Comisión es una entidad sin fines de lucro por mandato legal, pues su función es publica en cuanto al desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos del país, por lo que CEL está habilitada para utilizar los recursos a través de su Ley Especial de Creación, como lo establece los artículos 1 y 2, y siendo una Corporación del Estado, no debe de evaluarse por parte de los auditores como si se tratase de una empresa privada que explota un recurso para su propio beneficio y el de sus socios desconociendo la verdadera esencia y naturaleza jurídica de CEL, en consecuencia las actuaciones de CEL deben enmarcarse en su Ley de Creación tal como le son encomendadas, caso contrario de las empresas particulares, cuyo fin es la de obtener ganancias para el provecho particular, siendo que CEL como parte del Estado explota sus propios recursos en apoyo al desarrollo del país. Asimismo, es importante recordar a los Auditores, que para el caso

específico de los proyectos que ejecuta CEL y por ser una Corporación del Estado, sujeta todas sus actuaciones al marco legal, que en este caso, consistió entre otros aspectos, solicitar la aprobación del proyecto a la Dirección General de Crédito Público, que entre sus funciones está la de aprobar o no los proyectos, para que una vez revisados puedan pasar a formar parte de las Leyes de Presupuesto que son aprobada por la Asamblea Legislativa, y que para el caso de los proyectos implícitamente conllevan todas las autorizaciones para su ejecución, en cada una de las Leyes del presupuesto, y que esta Comisión ejecutó en cumplimiento al mandato legal en ellas establecidas.

Es menester efectuar además un especial pronunciamiento al contenido del hallazgo en referencia el cual se encuentra fuera del alcance del objetivo general y objetivos específicos del examen especial antes citado; específicamente porque al tenor de la literalidad el objetivo es ***“Verificar el cumplimiento de aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de Contrataciones Directas relacionados con el proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución durante el período del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016”***. Como se observa no es posible encuadrar la conducta señalada a la institución a la cual se hace referencia el presente Hallazgo dentro del parámetro en el cual el equipo auditor debe realizar su actuación. Por lo que el equipo auditor se ha excedido en los límites en los cuales la ley le permite enmarcar su competencia pues los mismos se encuentran fuera del alcance del examen especial.

Si se definió el marco de actuación del Examen, se dispuso que la verificación dentro de dicho proceso recaería sobre los aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de **CONTRATACIÓN DIRECTA ADJUDICADOS EN EL AÑO 2015 Y EJECUTADOS ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2015 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (ANEXO 1)**, y se incluyó el cumplimiento de cláusulas contractuales, plazos establecidos y la ejecución del avance físico de los contratos objeto del examen, la aplicación de las transacciones financieras inherentes al proyecto y la denuncia ciudadana como objetivos específicos del mismo, lo cual considera que los aspectos legales y técnicos SOLO PUEDEN SER LOS APLICABLES A DICHOS PROCESOS DE CONTRATACIONES DIRECTAS, quedando excluido de dicho examen la verificación de requisitos que NO les son aplicables y que sólo son aplicables a otro tipo de contrataciones o instrumentos como lo son el Contrato Llave en Mano, contrato de obra y Concesión (Artículo 105 LACAP).

Por lo anterior, bajo la sujeción al principio de legalidad que rige las actuaciones de los funcionarios públicos, el equipo de Auditoría no tiene la suficiente competencia para calificar como **vencida** la Concesión otorgada en el año 2006 a CEL, ya que bajo el Examen Especial la Contrata de Concesión y sus requisitos previos no han sido incluidos dentro del proceso de auditoría por parte de la Corte de Cuentas, en tal sentido la actuación del equipo de auditoría incumple con lo señalado en el artículo 101 de la Ley de Corte de Cuentas, el cual mandata que aquellos que realicen auditoría gubernamental deberán cumplir sus funciones de acuerdo con la *Ley, reglamentos, normas de auditoría y cualesquiera otras disposiciones dictadas por la Corte*, siguiendo el marco normativo y temporal que rige el examen a través del cual surge el señalamiento o Hallazgo 1.

La conclusión de los auditores, al señalar que se ejecutó el rediseño de la presa El Chaparral, sin modificativa de contrata de concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, respecto a la ubicación del nuevo eje y el plazo, se basa en una interpretación errónea de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional bajo el proceso de referencia 28-2008, de las ocho horas del veintisiete de junio de dos mil doce, emitida con el fin de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la Ley General de Electricidad, y de los Arts. 4, 12 y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en la cual se consideró que la concesión para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hídricos y geotérmicos que era autorizada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; debía ser otorgada de conformidad a la atribución dada a la Asamblea Legislativa en el art. 131 Ord. 30° Cn, en cuanto a aprobar las concesiones referidas en el art. 120 Cn.

Si bien dicha Sala consideró a través de la sentencia que el efecto principal en las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma debían de conservarse vigentes hasta que la Asamblea Legislativa revisara las condiciones bajo las cuales fueron pactadas y si a su criterio las cumplieren confirmarían su continuidad fijándoles un plazo para su finalización, no obstante el equipo auditor, omite el análisis realizado también en el apartado 2A de la Sentencia, el que se transcribe íntegramente... “En definitiva, este Tribunal considera que la calidad de concesionarios que ostentan las empresas que, de buena fe, hubieren podido entablar relaciones contractuales con la SIGET puede mantenerse. Sin embargo, han sido efectuados bajo términos no revisados y aprobados por el ente competente -Asamblea Legislativa- y con un plazo indefinido, condiciones de ejecución que no pueden mantenerse a la luz de vulneraciones a la Constitución, además de que estarían en desarrollo al momento de dictarse este fallo y seguirían ejecutándose a partir del mismo”. (el subrayado es nuestro)

En esa línea, es dable señalar que corresponderá a la Asamblea Legislativa llevar a cabo las acciones pertinentes y estipular las condiciones de revisión de los posibles contratos existentes al momento de dictarse este fallo, tomando en cuenta, además de las condiciones de ejecución del contrato, ciertos requisitos que debe llenar el sujeto al que se otorga la concesión, verbigracia capacidad legal, técnica y financiera, a más de otros que el legislador pudiera reflexionar oportunos y que ya se encuentran establecidos en normas que pudieran ser aplicables a esta clase de contratos, el art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; así como aquellas que le son directamente aplicables, los arts. 13 LGE y 21 RLGE; de manera que las relaciones jurídicas entabladas al amparo de la ley que ahora se invalida tengan la posibilidad —si así lo considera conveniente la Asamblea Legislativa— de continuar y adecuarse paulatinamente a los parámetros establecido por la Constitución y desarrollados por este pronunciamiento. ...

De esta exposición se advierte claramente la imposibilidad de obtenerse desde la emisión del fallo NINGUNA MODIFICACIÓN A LA CONCESIÓN DE CEL DEL PROYECTO EL CHAPARRAL, ya que la concesión otorgada a CEL es de las contempladas en el párrafo anterior ya que la misma fue otorgada por SIGET, como ente regulador facultado por ley en aquel momento para la autorización de las concesiones, en cumplimiento de los

aspectos legales, técnicos y financieros requeridos para el otorgamiento de la misma, por lo que en razón de dicha sentencia la única manera de revisar cualquier cambio o modificación solo podrá realizarse a través de lo resuelto por la Asamblea Legislativa.

Con lo anterior podemos concluir que los auditores omiten reconocer que la Sala de lo Constitucional dotó de estabilidad jurídica a la Concesión de CEL otorgada en el 2006 y en tal sentido se esfuerzan en argumentar que la Concesión está vencida por el hecho que no existe una resolución de SIGET que prorrogue el plazo de ejecución de los trabajos, aun sabiendo que la misma es de imposible obtención ya que SIGET no tiene competencia para resolver sobre lo solicitado en tiempo y forma por CEL por no existir en el ordenamiento jurídico la norma habilitante para ello como consecuencia de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional ampliamente discutida en el presente escrito, y que no obstante las gestiones realizadas por CEL, el nuevo ente facultado, es decir, la Asamblea Legislativa no se ha pronunciado sobre las peticiones presentadas ante la misma.

Si CEL solicitó en el tiempo oportuno (antes de vencimiento del plazo de ejecución de los trabajos) tal como lo señala la Concesión, pero no hubo respuesta esto no puede configurarse como un incumplimiento de CEL y tampoco debe considerarse como vacío o contradicción con lo resuelto por la Sala, ni se debe asumir tampoco que la falta de resolución de la petición presentada a la Asamblea Legislativa se configura, como una denegatoria a la solicitud de prórroga, siendo únicamente el EQUIPO AUDITOR quien interpreta que la concesión está vencida, sin ninguna base legal que lo sustente, utilizando únicamente la interpretación aislada de algunos aspectos de la sentencia citada, que es clara y favorable en su contexto integral, y que impide acreditar como se pretende en el referido hallazgo una responsabilidad para CEL, empleados o funcionarios.

Es importante además señalar que de haber existido resolución a la prórroga, CEL hubiese planteado la solicitud de modificar la concesión con el nuevo eje alternativo, entendiendo que dicha actuación recae sobre la misma concesión, y que el "rediseño" llamado así en la notificación realizada por el equipo auditor, no es más que una actualización de la distribución de las estructuras del proyecto, enfocado únicamente en la continuidad de la Construcción de la Central, **en el área del sitio de concesión, sobre el mismo Río Torola, en la misma propiedad de CEL.**

Aunado a lo anterior es también menester aclarar que la concesión otorgada por SIGET, para la explotación del recurso hidráulico del Río Torola, es una autorización que CEL tiene desde el día 06 de diciembre de 2006, misma que fue otorgada dentro del marco jurídico que regía en aquel momento para las concesiones. Es primordial declarar que, esa normativa ya no está vigente desde el año 2011, por lo cual el ente competente - Asamblea Legislativa- deberá evaluar que en el caso de CEL como institución estatal no es aplicable la Concesión ya que este concepto jurídico en derecho administrativo se define por: SAYAGUES LASO E. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO I, MONTEVIDEO 1953, Pág. 421. "La concesión es el acto jurídico de derecho público mediante el cual se transmite a un particular, sólo en caso de interés general y por tiempo

determinado, una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado preste un servicio público, de acuerdo con el régimen específico respectivo, a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio, o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien,, como puede concluirse entonces con mucha certeza la Asamblea legislativa reconocerá que siendo CEL, parte del Estado está no requiere de concesiones para la ejecución de sus proyectos que son un mandato de Ley orientados al bien común.(El subrayado es nuestro)

En este sentido, haber detenido la obra, bajo el esquema de no tener una nueva contrata de concesión, tal como de una u otra manera lo hace parecer el equipo auditor de la Corte de Cuentas en su examen especial, hubiese conllevado en un total estancamiento y deterioro de la obra pública en perjuicio del desarrollo del país, así como un grave **perjuicio económico para el Estado**, lo cual hubiera generado un hecho sujeto de señalamientos por la inactividad de la administración y por ende objeto de fiscalización por parte del ente contralor.

Aunado a lo anterior es importante recalcar que parte de las obligaciones legales de CEL, sujeta al principio de legalidad Art. 86 Cn. y tal como lo señala el artículo 2 de su Ley de Creación, se enmarca el desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos y fuentes de energía de El Salvador, dentro de lo cual podemos abarcar la obligación del desarrollo de nuevos proyectos, CEL es la Institución del Estado que debe procurar el desarrollo de la generación de energía eléctrica para el desarrollo del País, para esto CEL ha sido respetuosa del marco legal, este marco legal estableció en el año 2006 el requerimiento del obtener la concesión para la explotación de un bien demanial, sin embargo la Sala de lo Constitucional produjo por sentencia de Inconstitucionalidad la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que habilitaba a la SIGET, otorgar concesiones, estabiliza las existentes, en tanto que se cumplieran con los requerimientos técnicos, y posibilito la adecuación paulatina a la normativa constitucional.

En conclusión CEL debe atender íntegramente los efectos de la sentencia de la Sala de lo Constitucional Ref. 28-2008 mediante el cual dispone que el ente competente para la autorización de modificaciones u adecuaciones de concesiones otorgadas bajo la normativa anterior, es la Asamblea Legislativa; sin embargo este Órgano del Estado aún no ha formulado las condiciones para conocer dichas adecuaciones a las concesiones existentes, en tanto no lo haga, ningún concesionario está expuesto a tener vencida dicha concesiones, o dicho de otra manera, las concesiones siguen operando normalmente, por tanto este concesionario está respaldado para continuar cumpliendo con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión.

Derivado de lo anterior podemos afirmar que CEL estaba obligada a continuar ejecutando las acciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el proceso de construcciones en un plazo más largo el cual se hizo del conocimiento de SIGET, y con el eje alternativo (Que también se hizo de conocimiento de SIGET) (ANEXO 2)

Es importante mencionar que de haberse dejado abandonada la obra hasta esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa, el costo financiero por la pérdida o deterioro de la obra pública hubiera alcanzado al menos un grave deterioro patrimonial al Estado ya que a la fecha aún no existe un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa como nuevo ente encargado.

En vista de los argumentos de hecho y de derecho pronunciados en el libelo del presente escrito solicitamos sea desvanecida el presunto **hallazgo 1** antes relacionado”.

**En nota recibida el 22 de junio de 2018, el Ex Director Propietario** [REDACTED]

[REDACTED] expresa lo siguiente:

**“Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinició la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo un nuevo rediseño, sin contar con la Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, ya que la contrata original del Proyecto aprobada por la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), venció el 06/12/2011, fue prorrogada hasta el 06/04/2014”.** (Subrayado es nuestro).

Los Auditores de la Corte de Cuentas no han considerado que la Comisión es una entidad sin fines de lucro por mandato legal, pues su función es pública en cuanto al desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos del país, por lo que CEL está habilitada para utilizar los recursos a través de su Ley Especial de Creación, como lo establece los artículos 1 y 2, y siendo una Corporación del Estado, no debe de evaluarse por parte de los auditores como si se tratase de una empresa privada que explota un recurso para su propio beneficio y el de sus socios desconociendo la verdadera esencia y naturaleza jurídica de CEL, en consecuencia las actuaciones de CEL deben enmarcarse en su Ley de Creación tal como le son encomendadas, caso contrario de las empresas particulares, cuyo fin es la de obtener ganancias para el provecho particular, siendo que CEL como parte del Estado explota sus propios recursos en apoyo al desarrollo del país. Asimismo, es importante recordar a los Auditores, que para el caso específico de los proyectos que ejecuta CEL y por ser una Corporación del Estado, sujeta todas sus actuaciones al marco legal, que en este caso, consistió entre otros aspectos, solicitar la aprobación del proyecto a la Dirección General de Crédito Público, que entre sus funciones está la de aprobar o no los proyectos, para que una vez revisados puedan pasar a formar parte de las Leyes de Presupuesto que son aprobada por la Asamblea Legislativa, y que para el caso de los proyectos implícitamente conllevan todas las autorizaciones para su ejecución, en cada una de las Leyes del presupuesto, y que esta Comisión ejecutó en cumplimiento al mandato legal en ellas establecidas.

Es menester efectuar además un especial pronunciamiento al contenido del hallazgo en referencia el cual se encuentra fuera del alcance del objetivo general y objetivos específicos del examen especial antes citado; específicamente porque al tenor de la literalidad el objetivo es **“Verificar el cumplimiento de aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de Contrataciones Directas relacionados con el proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución**

**durante el período del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016”.** Como se observa no es posible encuadrar la conducta señalada a la institución a la cual se hace referencia el presente Hallazgo dentro del parámetro en el cual el equipo auditor debe realizar su actuación. Por lo que el equipo auditor se ha excedido en los límites en los cuales la ley le permite enmarcar su competencia pues los mismos se encuentran fuera del alcance del examen especial.

Si se definió el marco de actuación del Examen, se dispuso que la verificación dentro de dicho proceso recaería sobre los aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de **CONTRATACIÓN DIRECTA ADJUDICADOS EN EL AÑO 2015 Y EJECUTADOS ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2015 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (ANEXO 1)**, y se incluyó el cumplimiento de cláusulas contractuales, plazos establecidos y la ejecución del avance físico de los contratos objeto del examen, la aplicación de las transacciones financieras inherentes al proyecto y la denuncia ciudadana como objetivos específicos del mismo, lo cual considera que los aspectos legales y técnicos SOLO PUEDEN SER LOS APLICABLES A DICHOS PROCESOS DE CONTRATACIONES DIRECTAS, quedando excluido de dicho examen la verificación de requisitos que NO les son aplicables y que sólo son aplicables a otro tipo de contrataciones o instrumentos como lo son el Contrato Llave en Mano, contrato de obra y Concesión (Artículo 105 LACAP).

Por lo anterior, bajo la sujeción al principio de legalidad que rige las actuaciones de los funcionarios públicos, el equipo de Auditoría no tiene la suficiente competencia para calificar como **vencida** la Concesión otorgada en el año 2006 a CEL, ya que bajo el Examen Especial la Contrata de Concesión y sus requisitos previos no han sido incluidos dentro del proceso de auditoría por parte de la Corte de Cuentas, en tal sentido la actuación del equipo de auditoría incumple con lo señalado en el artículo 101 de la Ley de Corte de Cuentas, el cual mandata que aquellos que realicen auditoría gubernamental deberán cumplir sus funciones de acuerdo con la *Ley, reglamentos, normas de auditoría* y cualesquiera otras disposiciones dictadas por la Corte, siguiendo el marco normativo y temporal que rige el examen a través del cual surge el señalamiento o Hallazgo 1.

La conclusión de los auditores, al señalar que se ejecutó el rediseño de la presa El Chaparral, sin modificativa de contrata de concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, respecto a la ubicación del nuevo eje y el plazo, se basa en una interpretación errónea de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional bajo el proceso de referencia 28-2008, de las ocho horas del veintisiete de junio de dos mil doce, emitida con el fin de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la Ley General de Electricidad, y de los Arts. 4, 12 y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en la cual se consideró que la concesión para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hídricos y geotérmicos que era autorizada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; debía ser otorgada de conformidad a la atribución dada a la Asamblea Legislativa en el art. 131 ord. 30° Cn. en cuanto a aprobar las concesiones referidas en el art. 120 Cn.

Si bien dicha Sala consideró a través de la sentencia que el efecto principal en las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma debían de conservarse vigentes

hasta que la Asamblea Legislativa revisara las condiciones bajo las cuales fueron pactadas y si a su criterio las cumplieren confirmarían su continuidad fijándoles un plazo para su finalización, no obstante el equipo auditor, omite el análisis realizado también en el apartado 2A de la Sentencia, el que se transcribe íntegramente... *"En definitiva, este Tribunal considera que **la calidad de concesionarios que ostentan las empresas que, de buena fe, hubieren podido entablar relaciones contractuales con la SIGET puede mantenerse.** Sin embargo, han sido efectuados bajo términos no revisados y aprobados por el ente competente —Asamblea Legislativa— y con un plazo indefinido, condiciones de ejecución que no pueden mantenerse a la luz de vulneraciones a la Constitución, además de que estarían en desarrollo al momento de dictarse este fallo y **seguirían ejecutándose a partir del mismo,** (el subrayado es nuestro)*

En esa línea, es dable señalar que corresponderá a la Asamblea Legislativa llevar a cabo las acciones pertinentes y estipular las condiciones de revisión de los posibles contratos existentes al momento de dictarse este fallo, tomando en cuenta, además de las condiciones de ejecución del contrato, ciertos requisitos que debe llenar el sujeto al que se otorga la concesión, verbigracia capacidad legal, técnica y financiera, a más de otros que el legislador pudiera reflexionar oportunos y que ya se encuentran establecidos en normas que pudieran ser aplicables a esta clase de contratos, el art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; así como aquellas que le son directamente aplicables, los arts. 13 LGE y 21 RLGE; de manera que las relaciones jurídicas entabladas al amparo de la ley que ahora se invalida tengan la posibilidad -si así lo considera conveniente la Asamblea Legislativa- de continuar y adecuarse paulatinamente a los parámetros establecido por la Constitución y desarrollados por este pronunciamiento. ...

De esta exposición se advierte claramente la imposibilidad de obtenerse desde la emisión del fallo NINGUNA MODIFICACIÓN A LA CONCESIÓN DE CEL DEL PROYECTO EL CHAPARRAL, ya que la concesión otorgada a CEL es de las contempladas en el párrafo anterior ya que la misma fue otorgada por SIGET, como ente regulador facultado por ley en aquel momento para la autorización de las concesiones, en cumplimiento de los aspectos legales, técnicos y financieros requeridos para el otorgamiento de la misma, por lo que en razón de dicha sentencia la única manera de revisar cualquier cambio o modificación solo podrá realizarse a través de lo resuelto por la Asamblea Legislativa.

Con lo anterior podemos concluir que los auditores omiten reconocer que la Sala de lo Constitucional dotó de estabilidad jurídica a la Concesión de CEL otorgada en el 2006 y en tal sentido se esfuerzan en argumentar que la Concesión está vencida por el hecho que no existe una resolución de SIGET que prorrogue el plazo de ejecución de los trabajos, aun sabiendo que la misma es de imposible obtención ya que SIGET no tiene competencia para resolver sobre lo solicitado en tiempo y forma por CEL por no existir en el ordenamiento jurídico la norma habilitante para ello como consecuencia de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional ampliamente discutida en el presente escrito, y que no obstante las gestiones realizadas por CEL, el nuevo ente facultado, es decir, la Asamblea Legislativa no se ha pronunciado sobre las peticiones presentadas ante la misma.

Si CEL solicitó en el tiempo oportuno (antes de vencimiento del plazo de ejecución de los trabajos) tal como lo señala la Concesión, pero no hubo respuesta esto no puede configurarse como un incumplimiento de CEL y tampoco debe considerarse como vacío o contradicción con lo resuelto por la Sala, ni se debe asumir tampoco que la falta de resolución de la petición presentada a la Asamblea Legislativa se configura, como una denegatoria a la solicitud de prórroga, siendo únicamente el EQUIPO AUDITOR quien interpreta que la concesión está vencida, sin ninguna base legal que lo sustente, utilizando únicamente la interpretación aislada de algunos aspectos de la sentencia citada, que es clara y favorable en su contexto integral, y que impide acreditar como se pretende en el referido hallazgo una responsabilidad para CEL, empleados o funcionarios.

Es importante además señalar que de haber existido resolución a la prórroga, CEL hubiese planteado la solicitud de modificar la concesión con el nuevo eje alternativo, entendiendo que dicha actuación recae sobre la misma concesión, y que el "rediseño" llamado así en la notificación realizada por el equipo auditor, no es más que una actualización de la distribución de las estructuras del proyecto, enfocado únicamente en la continuidad de la Construcción de la Central, **en el área del sitio de concesión, sobre el mismo Río Torola, en la misma propiedad de CEL.**

Aunado a lo anterior es también menester aclarar que la concesión otorgada por SIGET, para la explotación del recurso hidráulico del Río Torola, es una autorización que CEL tiene desde el día 06 de diciembre de 2006, misma que fue otorgada dentro del marco jurídico que regía en aquel momento para las concesiones. Es primordial declarar que, esa normativa ya no está vigente desde el año 2011, por lo cual el ente competente-Asamblea Legislativa-deberá evaluar que en el caso de CEL como institución estatal no es aplicable la Concesión ya que este concepto jurídico en derecho administrativo se define por: SAYAGUES LASO E. "TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO I. MONTEVIDEO 1953. pág. 421. "La concesión es el acto jurídico de derecho público mediante el cual se transmite a un particular, sólo en caso de interés general y por tiempo determinado, una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado preste un servicio público, de acuerdo con el régimen específico respectivo a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio, o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien, como puede concluirse entonces con mucha certeza la Asamblea legislativa reconocerá que siendo CEL, parte del Estado está no requiere de concesiones para la ejecución de sus proyectos que son un mandato de Ley orientados al bien común. (El subrayado es nuestro).

En este sentido, haber detenido la obra, bajo el esquema de no tener una nueva contrata de concesión, tal como de una u otra manera lo hace parecer el equipo auditor de la Corte de Cuentas en su examen especial, hubiese conllevado en un total estancamiento y deterioro de la obra pública en perjuicio del desarrollo del país, así como un grave **perjuicio económico para el Estado**, lo cual hubiera generado un hecho sujeto de señalamientos por la inactividad de la administración y por ende objeto de fiscalización por parte del ente contralor.

Aunado a lo anterior es importante recalcar que parte de las obligaciones legales de CEL, sujeta al principio de legalidad Art. 86 Cn. y tal como lo señala el artículo 2 de su Ley de Creación, se enmarca el desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos y fuentes de energía de El Salvador, dentro de lo cual podemos abarcar la obligación del desarrollo de nuevos proyectos, CEL es la Institución del Estado que debe procurar el desarrollo de la generación de energía eléctrica para el desarrollo del País, para esto CEL ha sido respetuosa del marco legal, este marco legal estableció en el año 2006 el requerimiento del obtener la concesión para la explotación de un bien demanial, sin embargo la Sala de lo Constitucional produjo por sentencia de Inconstitucionalidad la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que habilitaba a la SIGET, otorgar concesiones, estabiliza las existentes, en tanto que se cumplieran con los requerimientos técnicos, y posibilitó la adecuación paulatina a la normativa constitucional.

En conclusión CEL debe atender íntegramente los efectos de la sentencia de la Sala de lo Constitucional Ref. 28-2008 mediante el cual dispone que el ente competente para la autorización de modificaciones u adecuaciones de concesiones otorgadas bajo la normativa anterior, es la Asamblea Legislativa; sin embargo este Órgano del Estado aún no ha formulado las condiciones para conocer dichas adecuaciones a las concesiones existentes, en tanto no lo haga, ningún concesionario está expuesto a tener vencida dicha concesiones, o dicho de otra manera, las concesiones siguen operando normalmente, por tanto este concesionario está respaldado para continuar cumpliendo con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión.

Derivado de lo anterior podemos afirmar que CEL estaba obligada a continuar ejecutando las acciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el proceso de construcciones en un plazo más largo el cual se hizo del conocimiento de SIGET, y con el eje alternativo (Que también se hizo de conocimiento de SIGET) (ANEXO 2)

Es importante mencionar que de haberse dejado abandonada la obra hasta esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa, el costo financiero por la pérdida o deterioro de la obra pública hubiera alcanzado al menos un grave deterioro patrimonial al Estado ya que a la fecha aún no existe un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa como nuevo ente encargado.

En vista de los argumentos de hecho y de derecho pronunciados en el libelo del presente escrito solicitamos sea desvanecida el presunto **hallazgo 1** antes relacionado.”

**Mediante nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron comentarios de la Directora Propietaria [REDACTED] en los cuales manifiesta que:**

**“Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinició la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo un nuevo rediseño, sin contar con la Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea**

**Legislativa, ya que la contrata original del Proyecto aprobada por la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), venció el 06/12/2011 y fue prorrogada hasta el 06/04/2014.” (Subrayado es nuestro).**

Los Auditores de la Corte de Cuentas no han considerado que la Comisión es una entidad sin fines de lucro por mandato legal, pues su función es pública en cuanto al desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos del país, por lo que CEL está habilitada para utilizar los recursos a través de su Ley Especial de Creación, como lo establece los artículos 1 y 2, y siendo una Corporación del Estado, no debe de evaluarse por parte de los auditores como si se tratase de una empresa privada que explota un recurso para su propio beneficio y el de sus socios desconociendo la verdadera esencia y naturaleza jurídica de CEL, en consecuencia las actuaciones de CEL deben enmarcarse en su Ley de Creación tal como le son encomendadas, caso contrario de las empresas particulares, cuyo fin es la de obtener ganancias para el provecho particular, siendo que CEL como parte del Estado explota sus propios recursos en apoyo al desarrollo del país. Asimismo, es importante recordar a los Auditores, que para el caso específico de los proyectos que ejecuta CEL y por ser una Corporación del Estado, sujeta todas sus actuaciones al marco legal, que en este caso, consistió entre otros aspectos, solicitar la aprobación del proyecto a la Dirección General de Crédito Público, que entre sus funciones está la de aprobar o no los proyectos, para que una vez revisados puedan pasar a formar parte de las Leyes de Presupuesto que son aprobada por la Asamblea Legislativa, y que para el caso de los proyectos implícitamente conllevan todas las autorizaciones para su ejecución, en cada una de las Leyes del presupuesto, y que esta Comisión ejecutó en cumplimiento al mandato legal en ellas establecidas.

Es menester efectuar además un especial pronunciamiento al contenido del hallazgo en referencia el cual se encuentra fuera del alcance del objetivo general y objetivos específicos del examen especial antes citado; específicamente porque al tenor de la literalidad el objetivo es **“Verificar el cumplimiento de aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de Contrataciones Directas relacionados con el proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución durante el período del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016”**.

Como se observa no es posible encuadrar la conducta señalada a la institución a la cual se hace referencia el presente Hallazgo dentro del parámetro en el cual el equipo auditor debe realizar su actuación. Por lo que el equipo auditor se ha excedido en los límites en los cuales la ley le permite enmarcar su competencia pues los mismos se encuentran fuera del alcance del examen especial.

Si se definió el marco de actuación del Examen, se dispuso que la verificación dentro de dicho proceso recaería sobre los aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de *CONTRATACIÓN DIRECTA ADJUDICADOS EN EL AÑO 2015 Y EJECUTADOS ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2015 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (ANEXO I)*, y se incluyó el cumplimiento de cláusulas contractuales, plazos establecidos y la ejecución del avance físico de los contratos objeto del examen, la aplicación de las transacciones financieras inherentes al proyecto y la denuncia ciudadana como objetivos específicos

del mismo, lo cual considera que los aspectos legales y técnicos SOLO PUEDEN SER LOS APLICABLES A DICHOS PROCESOS DE CONTRATACIONES DIRECTAS, quedando excluido de dicho examen la verificación de requisitos que NO les son aplicables y que sólo son aplicables a otro tipo de contrataciones o instrumentos como lo son el Contrato Llave en Mano, contrato de obra y Concesión (Artículo 105 LACAP).

Por lo anterior, bajo la sujeción al principio de legalidad que rige las actuaciones de los funcionarios públicos, el equipo de Auditoría no tiene la suficiente competencia para calificar como *vencida* la Concesión otorgada en el año 2006 a CEL, ya que bajo el Examen Especial la Contrata de Concesión y sus requisitos previos no han sido incluidos dentro del proceso de auditoría por parte de la Corte de Cuentas, en tal sentido la actuación del equipo de auditoría incumple con lo señalado en el artículo 101 de la Ley de Corte de Cuentas, el cual mandata que aquellos que realicen auditoría gubernamental deberán cumplir sus funciones de acuerdo con la *Ley, reglamentos, normas de auditoría y cualesquiera otras disposiciones dictadas por la Corte*, siguiendo el marco normativo y temporal que rige el examen a través del cual surge el señalamiento o Hallazgo 1.

La conclusión de los auditores, al señalar que se ejecutó el rediseño de la presa El Chaparral, sin modificativa de contrata de concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, respecto a la ubicación del nuevo eje y el plazo, se basa en una interpretación errónea de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional bajo el proceso de referencia 28-2008, de las ocho horas del veintisiete de junio de dos mil doce, emitida con el fin de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la Ley General de Electricidad, y de los Arts. 4, 12 y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en la cual se consideró que la concesión para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hídricos y geotérmicos que era autorizada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; debía ser otorgada de conformidad a la atribución dada a la Asamblea Legislativa en el art. 131 Ord. 30° Cn, en cuanto a aprobar las concesiones referidas en el art. 120 Cn.

Si bien dicha Sala consideró a través de la sentencia que el efecto principal en las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma debían de conservarse vigentes hasta que la Asamblea Legislativa revisara las condiciones bajo las cuales fueron pactadas y si a su criterio las cumplieren confirmarían su continuidad fijándoles un plazo para su finalización, ***no obstante el equipo auditor, omite el análisis realizado también en el apartado 2A de la Sentencia, el que se transcribe íntegramente...*** ***“En definitiva, este Tribunal considera que la calidad de concesionarios que ostentan las empresas que, de buena fe, hubieren podido entablar relaciones contractuales con la SIGET puede mantenerse.*** Sin embargo, han sido efectuados bajo términos no revisados y aprobados por el ente competente -Asamblea Legislativa- y con un plazo indefinido, condiciones de ejecución que no pueden mantenerse a la luz de vulneraciones a la Constitución, además de que estarían en desarrollo al momento de dictarse este fallo y ***seguirían ejecutándose a partir del mismo.*** ***” (el subrayado es nuestro).***

En esa línea, es dable señalar que corresponderá a la Asamblea Legislativa llevar a cabo las acciones pertinentes y estipular las condiciones de revisión de los posibles contratos

existentes al momento de dictarse este fallo, tomando en cuenta, además de las condiciones de ejecución del contrato, ciertos requisitos que debe llenar el sujeto al que se otorga la concesión, verbigracia capacidad legal, técnica y financiera, a más de otros que el legislador pudiera reflexionar oportunos y que ya se encuentran establecidos en normas que pudieran ser aplicables a esta clase de contratos, el art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; así como aquellas que le son directamente aplicables, los arts. 13 LGE y 21 RLGE; de manera que las relaciones jurídicas entabladas al amparo de la ley que ahora se invalida tengan la posibilidad -si así lo considera conveniente la Asamblea Legislativa- de continuar y adecuarse paulatinamente a los parámetros establecido por la Constitución y desarrollados por este pronunciamiento. ...”

De esta exposición se advierte claramente la imposibilidad de obtenerse desde la emisión del fallo NINGUNA MODIFICACIÓN A LA CONCESIÓN DE CEL DEL PROYECTO EL CHAPARRAL, ya que la concesión otorgada a CEL es de las contempladas en el párrafo anterior ya que la misma fue otorgada por SIGET, como ente regulador facultado por ley en aquel momento para la autorización de las concesiones, en cumplimiento de los aspectos legales, técnicos y financieros requeridos para el otorgamiento de la misma, por lo que en razón de dicha sentencia la única manera de revisar cualquier cambio o modificación solo podrá realizarse a través de lo resuelto por la Asamblea Legislativa.

Con lo anterior podemos concluir que los auditores omiten reconocer que la Sala de lo Constitucional dotó de estabilidad jurídica a la Concesión de CEL otorgada en el 2006 y en tal sentido se esfuerzan en argumentar que la Concesión está vencida por el hecho que no existe una resolución de SIGET que prorrogue el plazo de ejecución de los trabajos, aun sabiendo que la misma es de imposible obtención ya que SIGET no tiene competencia para resolver sobre lo solicitado en tiempo y forma por CEL por no existir en el ordenamiento jurídico la norma habilitante para ello como consecuencia de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional ampliamente discutida en el presente escrito, y que no obstante las gestiones realizadas por CEL, el nuevo ente facultado, es decir, la Asamblea Legislativa no se ha pronunciado sobre las peticiones presentadas ante la misma.

Si CEL solicitó en el tiempo oportuno (antes de vencimiento del plazo de ejecución de los trabajos) tal como lo señala la Concesión, pero no hubo respuesta esto no puede configurarse como un incumplimiento de CEL y tampoco debe considerarse como vacío o contradicción con lo resuelto por la Sala, ni se debe asumir tampoco que la falta de resolución de la petición presentada a la Asamblea Legislativa se configura, como una denegatoria a la solicitud de prórroga, siendo únicamente el EQUIPO AUDITOR quien interpreta que la concesión está vencida, sin ninguna base legal que lo sustente, utilizando únicamente la interpretación aislada de algunos aspectos de la sentencia citada, que es clara y favorable en su contexto integral, y que impide acreditar como se pretende en el referido hallazgo una responsabilidad para CEL, empleados o funcionarios.

Es importante además señalar que de haber existido resolución a la prórroga, CEL hubiese planteado la solicitud de modificar la concesión con el nuevo eje alternativo, entendiendo que dicha actuación recae sobre la misma concesión, y que el "rediseño" llamado así en la notificación realizada por el equipo auditor, no es más que una actualización de la distribución de las estructuras del proyecto, enfocado únicamente en la continuidad de la Construcción de la Central, **en el área del sitio de concesión, sobre el mismo Río Torola, en la misma propiedad de CEL.**

Aunado a lo anterior es también menester aclarar que la concesión otorgada por SIGET, para la explotación del recurso hidráulico del Río Torola, es una autorización que CEL tiene desde el día 06 de diciembre de 2006, misma que fue otorgada dentro del marco jurídico que regirá en aquel momento para las concesiones. Es primordial declarar que, esa normativa ya no está vigente desde el año 2011, por lo cual el ente competente-Asamblea Legislativa-deberá evaluar que en el caso de CEL como institución estatal no es aplicable la Concesión ya que este concepto jurídico en derecho administrativo se define por: SAYAGUES LASO E. "TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO" TOMO I, MONTEVIDEO 1953, Pág. 421. "La concesión es el acto jurídico de derecho público mediante el cual se transmite a un particular, sólo en caso de interés general y por tiempo determinado, una habilitación para que por su cuenta y riesgo y en sustitución del Estado preste un servicio público, de acuerdo con el régimen específico respectivo, a cambio de una remuneración que puede consistir en las tarifas que paguen los usuarios del servicio, o en los frutos y beneficios que perciba por la utilización del bien", como puede concluirse entonces con mucha certeza la Asamblea legislativa reconocerá que siendo CEL, parte del Estado está no requiere de concesiones para la ejecución de sus proyectos que son un mandato de Ley orientados al bien común.(El subrayado es nuestro).

En este sentido, haber detenido la obra, bajo el esquema de no tener una nueva contrata de concesión, tal como de una u otra manera lo hace parecer el equipo auditor de la Corte de Cuentas en su examen especial, hubiese conllevado en un total estancamiento y deterioro de la obra pública en perjuicio del desarrollo del país, así como un grave **perjuicio económico para el Estado**, lo cual hubiera generado un hecho sujeto de señalamientos por la inactividad de la administración y por ende objeto de fiscalización por parte del ente contralor.

Aunado a lo anterior es importante recalcar que parte de las obligaciones legales de CEL, sujeta al principio de legalidad Art. 86 Cn. y tal como lo señala el artículo 2 de su Ley de Creación, se enmarca el desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos y fuentes de energía de El Salvador, dentro de lo cual podemos abarcar la obligación del desarrollo de nuevos proyectos, CEL es la Institución del Estado que debe procurar el desarrollo de la generación de energía eléctrica para el desarrollo del País, para esto CEL ha sido respetuosa del marco legal, este marco legal estableció en el año 2006 el requerimiento del obtener la concesión para la explotación de un bien demanial, sin embargo la Sala de lo Constitucional produjo por sentencia de Inconstitucionalidad la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que habilitaba a la SIGET, otorgar concesiones, estabiliza las existentes, en tanto que se cumplieran con

los requerimientos técnicos, y posibilitó la adecuación paulatina a la normativa constitucional.

En conclusión CEL debe atender íntegramente los efectos de la sentencia de la Sala de lo Constitucional Ref. 28-2008 mediante el cual dispone que el ente competente para la autorización de modificaciones u adecuaciones de concesiones otorgadas bajo la normativa anterior, es la Asamblea Legislativa; sin embargo este Órgano del Estado aún no ha formulado las condiciones para conocer dichas adecuaciones a las concesiones existentes, en tanto no lo haga, ningún concesionario está expuesto a tener vencida dicha concesiones, o dicho de otra manera, las concesiones siguen operando normalmente, por tanto este concesionario está respaldado para continuar cumpliendo con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión.

Derivado de lo anterior podemos afirmar que CEL estaba obligada a continuar ejecutando las acciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el proceso de construcciones en un plazo más largo el cual se hizo del conocimiento de SIGET, y con el eje alternativo (Que también se hizo de conocimiento de SIGET) (ANEXO 2)

Es importante mencionar que de haberse dejado abandonada la obra hasta esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa, el costo financiero por la pérdida o deterioro de la obra pública hubiera alcanzado al menos un grave deterioro patrimonial al Estado ya que a la fecha aún no existe un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa como nuevo ente encargado.

En vista de los argumentos de hecho y de derecho pronunciados en el libelo del presente escrito solicitamos sea desvanecida el presunto **hallazgo 1** antes relacionado.”

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Ex Director Ejecutivo [REDACTED] [REDACTED] presenta los siguientes comentarios:**

***“Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinició la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo un nuevo rediseño, sin contar con la Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, ya que la contrata original del Proyecto aprobada por la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), venció el 06/12/2011 y fue prorrogada hasta el 06/04/2014”.*** (Subrayado es nuestro).

Es menester efectuar un especial pronunciamiento al contenido del hallazgo en referencia el cual se encuentra fuera del alcance del objetivo general y objetivos específicos del examen especial antes citado; específicamente porque al tenor de la literalidad el objetivo es **“Verificar el cumplimiento de aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de Contrataciones Directas relacionados con el proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución durante el periodo del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016”.**

Como se observa no es posible encuadrar la conducta señalada a la institución a la cual se hace referencia el presente Hallazgo dentro del parámetro en el cual el equipo auditor

debe realizar su actuación. Por lo que el equipo auditor se ha excedido en los límites en los cuales la ley le permite enmarcar su competencia pues los mismos se encuentran fuera del alcance del examen especial.

Si se definió el marco de actuación del Examen, se dispuso que la verificación dentro de dicho proceso recaería sobre los aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de **CONTRATACIÓN DIRECTA ADJUDICADOS EN EL AÑO 2015 Y EJECUTADOS ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2015 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (ANEXO 1)**, y se incluyó el cumplimiento de cláusulas contractuales, plazos establecidos y la ejecución del avance físico de los contratos objeto del examen, la aplicación de las transacciones financieras inherentes al proyecto y la denuncia ciudadana como objetivos específicos del mismo, lo cual considera que los aspectos legales y técnicos SOLO PUEDEN SER LOS APLICABLES A DICHS PROCESOS DE CONTRATACIONES DIRECTAS, quedando excluido de dicho examen la verificación de requisitos que NO les son aplicables y que sólo son aplicables a otro tipo de contrataciones o instrumentos como lo son el Contrato Llave en Mano, contrato de obra y Concesión (Artículo 105 LACAP).

Por lo anterior, bajo la sujeción al principio de legalidad que rige las actuaciones de los funcionarios públicos, el equipo de Auditoría no tiene la suficiente competencia para calificar como **vencida** la Concesión otorgada en el año 2006 a CEL, ya que bajo el Examen Especial la Contrata de Concesión y sus requisitos previos no han sido incluidos dentro del proceso de auditoría por parte de la Corte de Cuentas, en tal sentido la actuación del equipo de auditoría incumple con lo señalado en el artículo 101 de la Ley de Corte de Cuentas, el cual mandata que aquellos que realicen auditoria gubernamental deberán cumplir sus funciones de acuerdo con la *Ley, reglamentos, normas de auditoria y cualesquiera otras disposiciones dictadas por la Corte*, siguiendo el marco normativo y temporal que rige el examen a través del cual surge el señalamiento o Hallazgo 1.

Aunado a lo anterior, es también menester aclarar que la concesión otorgada por SIGET, para la explotación del recurso hidráulico del Río Torola, es una autorización que CEL tiene desde el día 06 de diciembre de 2006, misma que fue otorgada dentro del marco jurídico que regía a las concesiones y su otorgamiento en esa fecha de su otorgamiento y su primera prorroga.

La conclusión de los auditores, al señalar que se ejecutó el rediseño de la presa El Chaparral, sin modificativa de contrata de concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, respecto a la ubicación del nuevo eje y el plazo, se basa en una interpretación errónea de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional bajo el proceso de referencia 28-2008, de las ocho horas del veintisiete de junio de dos mil doce, emitida con el fin de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la Ley General de Electricidad, y de los Arts. 4. 12 y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en la cual se consideró que la concesión para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hídricos y geotérmicos que era autorizada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; debía ser otorgada de conformidad a la atribución dada a la Asamblea Legislativa en el art. 131 ord. 30° Cn, en cuanto a aprobar las concesiones referidas en el art. 120 Cn.

Si bien dicha Sala consideró a través de la sentencia que el efecto principal en las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma debía de conservarse vigentes hasta que la Asamblea Legislativa revisara las condiciones bajo las cuales fueron pactadas y si a su criterio las cumplieren, realizaran la continuidad fijándoles un plazo para su finalización, no obstante, el equipo auditor, omite el análisis realizado también en el apartado 2A de la Sentencia, el que se transcribe íntegramente... "En definitiva, este Tribunal considera que **la calidad de concesionarios que ostentan las empresas que, de buena fe, hubieren podido entablar relaciones contractuales con la SIGET puede mantenerse.** Sin embargo, han sido efectuados bajo términos no revisados y aprobados por el ente competente -Asamblea Legislativa- y con un plazo indefinido, condiciones de ejecución que no pueden mantenerse a la luz de vulneraciones a la Constitución, además de que estarían en desarrollo al momento de dictarse este fallo y seguirían ejecutándose a partir del mismo.

En esa línea, es dable señalar que corresponderá a la Asamblea Legislativa llevar a cabo las acciones pertinentes y estipular las condiciones de revisión de los posibles contratos existentes al momento de dictarse este fallo, tomando en cuenta, además de las condiciones de ejecución del contrato, ciertos requisitos que debe llenar el sujeto al que se otorga la concesión, verbigracia capacidad legal, técnica y financiera, a más de otros que el legislador pudiera reflexionar oportunos y que ya se encuentran establecidos en normas que pudieran ser aplicables a esta clase de contratos, el art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; así como aquellas que le son directamente aplicables, los arts. 13 LGE y 21 RLGE; de manera que las relaciones jurídicas entabladas al amparo de la ley que ahora se invalida tengan la posibilidad -si así lo considera conveniente la Asamblea Legislativa- de continuar y adecuarse paulatinamente a los parámetros establecido por la Constitución y desarrollados por este pronunciamiento.

De esta exposición se advierte claramente la imposibilidad de obtenerse desde la emisión del fallo NINGUNA MODIFICACIÓN A LA CONCESIÓN DE CEL DEL PROYECTO EL CHAPARRAL, ya que la concesión otorgada a CEL es de las contempladas en el párrafo anterior ya que la misma fue otorgada por SIGET, como ente regulador facultado por ley en aquel momento para la autorización de las concesiones, en cumplimiento de los aspectos legales, técnicos y financieros requeridos para el otorgamiento de la misma, por lo que en razón de dicha sentencia la única manera de revisar cualquier cambio o modificación solo podrá realizarse a través de lo resuelto por la Asamblea Legislativa.

Con lo anterior podemos concluir que los auditores omiten reconocer que la Sala de lo Constitucional dotó de estabilidad jurídica a la Concesión de CEL otorgada en el 2006 y en tal sentido se esfuerzan en argumentar que la Concesión está vencida por el hecho que no existe una resolución de SIGET que prorrogue el plazo de ejecución de los trabajos, aun sabiendo que la misma es de imposible obtención ya que SIGET no tiene competencia para resolver sobre lo solicitado en tiempo y forma por CEL por no existir en el ordenamiento jurídico la norma habilitante para ello como consecuencia de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional ampliamente discutida en el presente

escrito, y que no obstante las gestiones realizadas por CEL, el nuevo ente facultado, es decir, la Asamblea Legislativa no se ha pronunciado sobre las peticiones presentadas ante la misma.

Si CEL solicitó en el tiempo oportuno (antes de vencimiento del plazo de ejecución de los trabajos) tal como lo señala la Concesión, pero no hubo respuesta esto no puede configurarse como un incumplimiento de CEL y tampoco debe considerarse como vacío o contradicción con lo resuelto por la Sala, ni se debe asumir tampoco que la falta de resolución de la petición presentada a la Asamblea Legislativa se configura, como una denegatoria a la solicitud de prórroga, siendo únicamente el EQUIPO AUDITOR quien interpreta que la concesión está vencida, sin ninguna base legal que lo sustente, utilizando únicamente la interpretación aislada de algunos aspectos de la sentencia citada, que es clara y favorable en su contexto integral, y que impide acreditar como se pretende en el referido hallazgo una responsabilidad para CEL, empleados o funcionarios.

Es importante además señalar que de haber existido resolución a la prórroga, CEL hubiese planteado la solicitud de modificar la concesión con el nuevo eje alternativo, entendiendo que dicha actuación recae sobre la misma concesión, y que el “rediseño” llamado así en la notificación realizada por el equipo auditor, no es más que una actualización de la distribución de las estructuras del proyecto, enfocado únicamente en la continuidad de la Construcción de la Central, **en el área del sitio de concesión, sobre el mismo Río Torola, en la misma propiedad de CEL.**

En este sentido, haber detenido la obra, bajo el esquema de no tener una nueva contrata de concesión, tal como de una u otra manera lo hace parecer el equipo auditor de la Corte de Cuentas en su examen especial, hubiese conllevado en un total estancamiento y deterioro de la obra pública en perjuicio del desarrollo del país, así como un grave **perjuicio económico** para el Estado, en el sentido del desgaste de los recursos, y desde luego un grave detrimento para la Administración Pública, lo cual si se hubiese convertido en un hecho sujeto de señalamientos por la inactividad de la administración y por ende objeto de fiscalización por parte del ente contralor.

Aunado a lo anterior, es importante recalcar que parte de las obligaciones legales de CEL, tal como lo señala el artículo 2 de su Ley de Creación, se enmarca el desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos y fuentes de energía de El Salvador, dentro de lo cual podemos abarcar la obligación del desarrollo de nuevos proyectos, siendo CEL la institución del estado que debe procurar el desarrollo de la generación de energía eléctrica para el desarrollo del País; para esto CEL ha sido respetuosa del marco legal, este marco legal estableció en el año 2006 el requerimiento del obtener la concesión para la explotación de un bien demanial, sin embargo la Sala de lo Constitucional produjo por sentencia de Inconstitucionalidad la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que habilitaba a la SIGET, otorgar concesiones, estabiliza las existentes, en tanto que se cumplieran con los requerimientos técnicos, y posibilitó la adecuación paulatina a la normativa constitucional.

Por tanto debe respetarse el efecto de la sentencia, y el ente competente para otorgar la aprobación de las adecuaciones dentro de una existente bajo la normativa anterior, como es el caso del rediseño apuntado dentro de la concesión, que ahora es la Asamblea Legislativa, sin embargo este órgano del estado debe formular las condiciones para conocer dichas adecuaciones a las concesiones existentes, en tanto no lo haga, ningún concesionario está expuesto a tener vencida dicha concesiones, o dicho de otra manera, las concesiones siguen operando normalmente, por tanto este concesionario está respaldado para continuar cumpliendo con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión.

Derivado de lo anterior podemos afirmar que CEL estaba obligada a continuar ejecutando las acciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el proceso de construcciones en un plazo más largo el cual se hizo del conocimiento de SIGET, y con el eje alternativo (Que también se hizo de conocimiento de SIGET) para lo cual se anexan informes.

Es importante mencionar que de haberse dejado abandonada la obra hasta esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa, el costo financiero por la pérdida o deterioro de la obra pública hubiera alcanzado al menos de decenas de millones de dólares ya que a la fecha aún no existe un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa como nuevo ente encargado; en adición el deterioro de la obra que ya había sufrido las consecuencia del tiempo que duró la investigación fiscal, hubiese sido aún mayor que el encontrado al inicio de las contrataciones en el año 2015, resultando inverosímil que la Corte de Cuentas, por una mera interpretación de criterio establezca un hallazgo a funcionarios y empleados de CEL quienes actuaron en el marco de la ley, protegiendo la obra pública y la inversión del Estado.

Por todo lo anterior, solicito que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo 1 antes relacionado."

En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibió comentarios del Exdirector del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral [REDACTED] quien manifiesta lo siguiente:

**"Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinició la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo un nuevo rediseño, sin contar con la Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, ya que la contrata original del Proyecto aprobada por la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), venció el 06/12/2011 y fue prorrogada hasta el 06/04/2014".** (Subrayado es nuestro)

Es menester efectuar un especial pronunciamiento al contenido del hallazgo en referencia el cual se encuentra fuera del alcance del objetivo general y objetivos específicos del examen especial antes citado; específicamente porque al tenor de la literalidad de dicho examen tiene por objetivo el **"Verificar el cumplimiento de aspectos legales y**

técnicos aplicables a los procesos de Contrataciones Directas relacionados con el proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución durante el período del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016". Como se observa no es posible encuadrar la conducta señalada a la institución a la cual se hace referencia el presente Hallazgo dentro del parámetro en el cual el Equipo Auditor debe realizar su actuación. Por lo que el Equipo Auditor se ha excedido en los límites en los cuales la ley le permite enmarcar su competencia pues los mismos se encuentran fuera del alcance del examen especial.

Si se definió el marco de actuación del Examen, se dispuso que la verificación dentro de dicho proceso recaería sobre los aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de **CONTRATACIÓN DIRECTA ADJUDICADOS EN EL AÑO 2015 Y EJECUTADOS ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2015 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016**, y se incluyó el cumplimiento de cláusulas contractuales, plazos establecidos y la ejecución del avance físico de los contratos objeto del examen, la aplicación de las transacciones financieras inherentes al proyecto y la denuncia ciudadana como objetivos específicos del mismo, lo cual considera que los aspectos legales y técnicos SOLO PUEDEN SER LOS APLICABLES A DICHOS PROCESOS DE CONTRATACIONES DIRECTAS, quedando excluido de dicho examen la verificación de requisitos que NO les son aplicables y que sólo son aplicables a otro tipo de contrataciones o instrumentos como lo son el Contrato Llave en Mano, contrato de obra y Concesión (Artículo 105 LACAP).

Por lo anterior, bajo la sujeción al principio de legalidad que rige las actuaciones de los funcionarios públicos, el equipo de Auditoría no tiene la suficiente competencia para calificar como **vencida** la Concesión otorgada en el año 2006 a CEL, ya que bajo el Examen Especial la Contrata de Concesión y sus requisitos previos no han sido incluidos dentro del proceso de auditoría por parte de la Corte de Cuentas, en tal sentido la actuación del equipo de auditoría incumple con lo señalado en el artículo 101 de la Ley de Corte de Cuentas, el cual mandata que aquellos que realicen auditoría gubernamental deberán cumplir sus funciones de acuerdo con la *Ley, reglamentos, normas de auditoría y cualesquiera otras disposiciones dictadas por la Corte*, siguiendo el marco normativo y temporal que rige el examen a través del cual surge el señalamiento o Hallazgo 1.

Aunado a lo anterior es también menester aclarar que la concesión otorgada por SIGET, para la explotación del recurso hidráulico del Río Torola, es una autorización que CEL tiene desde el día 06 de diciembre de 2006, misma que fue otorgada dentro del marco jurídico que regía a las concesiones y su otorgamiento en esa fecha y su primer prorroga.

La conclusión de los auditores, al señalar que se ejecutó el rediseño de la presa El Chaparral, sin modificativa de contrata de concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, respecto a la ubicación del nuevo eje y el plazo, se basa en una interpretación errónea de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional bajo el proceso de referencia 28-2008, de las ocho horas del veintisiete de junio de dos mil doce, emitida con el fin de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la Ley General de Electricidad, y de los arts. 4, 12 y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en la cual se consideró que la concesión para la generación de energía eléctrica a partir

de recursos hídricos y geotérmicos que era autorizada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; debía ser otorgada de conformidad a la atribución dada a la Asamblea Legislativa en el art. 131 ord. 30° Cn, en cuanto a aprobar las concesiones referidas en el art. 120 Cn.

Si bien dicha Sala consideró a través de la sentencia que el efecto principal en las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma debían de conservarse vigentes hasta que la Asamblea Legislativa revisara las condiciones bajo las cuales fueron pactadas y si a su criterio las cumplieren, realizaran la continuidad fijándoles un plazo para su finalización, no obstante el Equipo Auditor, omite el análisis realizado también en el apartado 2A de la Sentencia, el que se transcribe íntegramente...”

En definitiva, este Tribunal considera que **la calidad de concesionarios que ostentan las empresas que, de buena fe, hubieren podido entablar relaciones contractuales con la SIGET puede mantenerse**. Sin embargo, han sido efectuados bajo términos no revisados y aprobados por el ente competente —Asamblea Legislativa—y con un plazo indefinido, condiciones de ejecución que no pueden mantenerse a la luz de vulneraciones a la Constitución, además de que estarían en desarrollo al momento de dictarse este fallo y seguirían ejecutándose a partir del mismo.

En esa línea, es dable señalar que corresponderá a la Asamblea Legislativa llevar a cabo las acciones pertinentes y estipular las condiciones de revisión de los posibles contratos existentes al momento de dictarse este fallo, tomando en cuenta, además de las condiciones de ejecución del contrato, ciertos requisitos que debe llenar el sujeto al que se otorga la concesión, verbigracia capacidad legal, técnica y financiera, a más de otros que el legislador pudiera reflexionar oportunos y que ya se encuentran establecidos en normas que pudieran ser aplicables a esta clase de contratos, el art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; así como aquellas que le son directamente aplicables, los arts. 13 LGE y 21 RLGE; de manera que las relaciones jurídicas entabladas al amparo de la ley que ahora se invalida tengan la posibilidad -si así lo considera conveniente la Asamblea Legislativa- de continuar y adecuarse paulatinamente a los parámetros establecido por la Constitución y desarrollados por este pronunciamiento. ...

De esta exposición se advierte claramente la imposibilidad de obtenerse desde la emisión del fallo NINGUNA MODIFICACIÓN A LA CONCESIÓN DE CEL DEL PROYECTO EL CHAPARRAL, ya que la concesión otorgada a CEL es de las contempladas en el párrafo anterior ya que la misma fue otorgada por SIGET, como ente regulador facultado por ley en aquel momento para la autorización de las concesiones, en cumplimiento de los aspectos legales, técnicos y financieros requeridos para el otorgamiento de la misma, por lo que en razón de dicha sentencia la única manera de revisar cualquier cambio o modificación solo podrá realizarse a través de lo resuelto por la Asamblea Legislativa.

Con lo anterior podemos concluir que los auditores omiten reconocer que la Sala de lo Constitucional dotó de estabilidad jurídica a la Concesión de CEL otorgada en el 2006 y en tal sentido se esfuerzan en argumentar que la Concesión está vencida por el hecho

que no existe una resolución de SIGET que prorrogue el plazo de ejecución de los trabajos, aun sabiendo que la misma es de imposible obtención ya que SIGET no tiene competencia para resolver sobre lo solicitado en tiempo y forma por CEL por no existir en el ordenamiento jurídico la norma habilitante para ello como consecuencia de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional ampliamente discutida en el presente escrito, y que no obstante las gestiones realizadas por CEL, el nuevo ente facultado, es decir, la Asamblea Legislativa no se ha pronunciado sobre las peticiones presentadas ante la misma.

Si CEL solicitó en el tiempo oportuno (antes de vencimiento del plazo de ejecución de los trabajos) tal como lo señala la Concesión, pero no hubo respuesta esto no puede configurarse como un incumplimiento de CEL y tampoco debe considerarse como vacío o contradicción con lo resuelto por la Sala, ni se debe asumir tampoco que la falta de resolución de la petición presentada a la Asamblea Legislativa se configura, como una denegatoria a la solicitud de prórroga, siendo únicamente el Equipo Auditor quien interpreta que la concesión está vencida, sin ninguna base legal que lo sustente, utilizando únicamente la interpretación aislada de algunos aspectos de la sentencia citada, que es clara y favorable en su contexto integral, y que impide acreditar como se pretende en el referido hallazgo una responsabilidad para CEL, empleados o funcionarios.

Es importante además señalar que de haber existido resolución a la prórroga, CEL hubiese planteado la solicitud de modificar la concesión con el nuevo eje alternativo ante la Asamblea Legislativa, entendiendo que dicha actuación recae sobre la misma concesión, y que el "rediseño" llamado así en la notificación realizada por el Equipo Auditor, no es más que una actualización de la distribución de las estructuras del proyecto, enfocado únicamente en la continuidad de la Construcción de la Central, **en el área del sitio de concesión, sobre el mismo Río Torola, en la misma propiedad de CEL.**

En este sentido, haber detenido la obra, bajo el esquema de no tener una nueva contrata de concesión, tal como de una u otra manera lo hace parecer el Equipo Auditor de la Corte de Cuentas en su examen especial, hubiese conllevado en un total estancamiento y deterioro de la obra pública en perjuicio del desarrollo del país, así como un grave **perjuicio económico** para el Estado, en el sentido del desgaste de los recursos, y desde luego un grave detrimento para la Administración Pública, lo cual si se hubiese convertido en un hecho sujeto de señalamientos por la inactividad de la administración y por ende objeto de fiscalización por parte del ente contralor.

Aunado a lo anterior es importante recalcar que parte de las obligaciones legales de CEL, tal como lo señala el artículo 2 de su Ley de Creación, se enmarca el desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos y fuentes de energía de El Salvador, dentro de lo cual podemos abarcar la obligación del desarrollo de nuevos proyectos, CEL es la institución del estado que debe procurar el desarrollo de la generación de energía eléctrica para el desarrollo del País, para esto CEL ha sido respetuosa del marco legal, este marco legal estableció en el año 2006 el requerimiento

del obtener la concesión para la explotación de un bien demanial, sin embargo la Sala de lo Constitucional produjo por sentencia de Inconstitucionalidad la expulsó del ordenamiento jurídico de la norma que habilitaba a la SIGET, otorgar concesiones, estabiliza las existentes, en tanto que se cumplieran con los requerimientos técnicos, y posibilitó la adecuación paulatina a la normativa constitucional, al no existir ninguna otra imposibilidad de continuar con la ejecución del proyecto era obligación de CEL reiniciar su ejecución.

Por tanto debe respetarse el efecto de la sentencia, y el ente competente para otorgar la aprobación de las adecuaciones dentro de una existente, bajo la normativa anterior, como es el caso del rediseño apuntado dentro de la concesión, que ahora es la Asamblea Legislativa el ente encargado, sin embargo, este órgano del estado debe formular las condiciones para conocer dichas adecuaciones a las concesiones existentes, **en tanto no lo haga**, ningún concesionario está expuesto a tener vencida dicha concesiones, o dicho de otra manera, **las concesiones siguen operando normalmente, por tanto este concesionario está respaldado para continuar cumpliendo con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión.**

Derivado de lo anterior podemos afirmar que CEL estaba obligada a continuar ejecutando las acciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el proceso de construcciones en un plazo más largo el cual se hizo del conocimiento de SIGET, y con el eje alternativo adecuado (que también se hizo de conocimiento de SIGET) para lo cual se anexa carta de remisión de dichos informes. (ANEXO 1)

Es importante mencionar que de haberse dejado abandonada la obra hasta esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa, el costo financiero por la pérdida o deterioro de la obra pública hubiera alcanzado al menos decenas de millones de dólares ya que a la fecha aún no existe un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa como nuevo ente encargado; en adición, el deterioro de la obra que ya había sufrido las consecuencia del tiempo que duró la investigación fiscal, hubiese sido aún mayor que el encontrado al inicio de las contrataciones en el año 2015, resultando inverosímil que la Corte de Cuentas, por una mera interpretación de criterio establezca un hallazgo en mi contra cuando el objetivo de CEL, era cumplir con lo mandado en su ley, así como la protección de la obra pública y la inversión del Estado.

Por todo lo anterior, se puede evidenciar que se realizaron las gestiones internas y externas necesarias para la obtención de los cambios propuestos a la concesión, y que con la documentación que el Equipo Auditor tuvo a la vista queda en evidencia la labor realizada la cual no ha tenido aun una conclusión por razones que salen del control de CEL, por lo que solicitó que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito, así como todo lo antes ampliamente expuesto dentro del examen realizado, **y que el mismo traiga como consecuencia que sea desvanecida mi presunta responsabilidad por el Hallazgo 1 antes relacionado.'**

En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Exdirector de Proyectos [REDACTED] se recibieron los comentarios siguientes:

**“Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinició en el año 2015 y continuó desde esa fecha la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo un nuevo rediseño, sin contar con la modificación a la Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, en cuanto a la ubicación del eje (establecido en la cláusula cuarta) y plazo de ejecución del proyecto (establecido en la cláusula sexta numeral ocho) ya que el pazo venció el 06/04/2014.**

Es menester efectuar un especial pronunciamiento al contenido del hallazgo en referencia, el cual se encuentra fuera del alcance del objetivo general y objetivos específicos del examen especial antes citado; específicamente porque al tenor de la literalidad el objetivo es **“Verificar el cumplimiento de aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de contratación directa relacionados con el proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución durante el período del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016”**.

Como se observa, no es posible encuadrar la conducta señalada a la institución a la cual se hace referencia el presente hallazgo dentro del parámetro en el cual el equipo auditor debe realizar su actuación. Por lo que, el equipo auditor se ha excedido en los límites en los cuales la ley le permite enmarcar su competencia pues los mismos se encuentran fuera del alcance del examen especial.

Si se definió el marco de actuación del Examen, se dispuso que la verificación dentro de dicho proceso recaería sobre los aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de **CONTRATACIÓN DIRECTA ADJUDICADOS EN EL AÑO 2015 Y EJECUTADOS ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2015 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (ANEXO 1)**, y se incluyó el cumplimiento de cláusulas contractuales, plazos establecidos y la ejecución del avance físico de los contratos objeto del examen, la aplicación de las transacciones financieras inherentes al proyecto y la denuncia ciudadana como objetivos específicos del mismo, lo cual considera que los aspectos legales y técnicos **solo pueden ser los aplicables a dichos procesos de contrataciones directas**, quedando excluido de dicho examen la verificación de requisitos que **no** les son aplicables y que solo son a otro tipo de contrataciones o instrumentos como lo son el contrato llave en mano, contrato de obra y concesión (Artículo 105 Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LACAP).

Por lo anterior, bajo la sujeción al principio de legalidad que rige las actuaciones de los funcionarios públicos, el equipo de Auditoría no tiene la suficiente competencia para calificar como **vencida** la concesión otorgada en el año 2006 a CEL, ya que bajo el examen especial la contrata de concesión y sus requisitos previos, no han sido incluidos dentro del proceso de auditoría por parte de la Corte de Cuentas, en tal sentido la actuación del equipo de auditoría incumple con lo señalado en el artículo 101 de la Ley de Corte de Cuentas, el cual mandata que aquellos que “realicen auditoría gubernamental

deberán cumplir sus funciones de acuerdo con esta *Ley, reglamentos, normas de auditoría y cualesquiera otras disposiciones dictadas por la Corte*", siguiendo el marco normativo y temporal que rige el examen a través del cual surge el señalamiento o hallazgo No. 1.

Aunado a lo anterior, es también menester aclarar que la concesión otorgada por la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), para la explotación del recurso hidráulico del río Torola, es una autorización que CEL tiene desde el día 06 de diciembre de 2006, misma que fue otorgada dentro del marco jurídico que regía a las concesiones y su otorgamiento en esa fecha de su otorgamiento y su primer prorroga.

La conclusión de los auditores, al señalar que se ejecutó el rediseño de la presa El Chaparral, sin modificativa de contrata de concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, respecto a la ubicación del nuevo eje y el plazo, se basa en una interpretación errónea de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional bajo el proceso de referencia 28-2008, de las ocho horas del veintisiete de junio de dos mil doce, emitida con el fin de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la Ley General de Electricidad (LGE), y de los Arts. 4, 12 y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en la cual se consideró que la concesión para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hídricos y geotérmicos, que era autorizada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, debía ser otorgada de conformidad a la atribución dada a la Asamblea Legislativa en el art. 131 Ord. 30° Cn. en cuanto a aprobar las concesiones referidas en el art. 120 Cn.

Si bien dicha Sala consideró a través de la sentencia que, el efecto principal en las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma debían de conservarse vigentes hasta que la Asamblea Legislativa revisara las condiciones bajo las cuales fueron pactadas y si a su criterio las cumplieren, realizaran la continuidad fijándoles un plazo para su finalización, no obstante el equipo auditor, omite el análisis realizado también en el apartado 2A de la Sentencia, el que se transcribe íntegramente... En definitiva, este Tribunal considera que la **calidad de concesionarios que ostentan las empresas que, de buena fe, hubieren podido entablar relaciones contractuales con la SIGET puede mantenerse**. Sin embargo, han sido efectuados bajo términos no revisados y aprobados por el ente competente -Asamblea Legislativa- y con un plazo indefinido, condiciones de ejecución que no pueden mantenerse a la luz de vulneraciones a la Constitución, además de que estarían en desarrollo al momento de dictarse este fallo y seguirían ejecutándose a partir del mismo.

En esa línea, es dable señalar que corresponderá a la Asamblea Legislativa llevar a cabo las acciones pertinentes y estipular las condiciones de revisión de los posibles contratos existentes al momento de dictarse este fallo, tomando en cuenta que, además de las condiciones de ejecución del contrato, ciertos requisitos que debe llenar el sujeto al que se otorga la concesión, verbigracia capacidad legal, técnica y financiera, a más de otros que el legislador pudiera reflexionar oportunos, y que ya se encuentran establecidos en normas que pudieran ser aplicables a esta clase de contratos, el art. 141 de la LACAP; así como aquellas que le son directamente aplicables, los artículos 13 LGE y 21 del

reglamento RLGE; de manera que las relaciones jurídicas entabladas al amparo de la ley que ahora se invalida tengan la posibilidad -si así lo considera conveniente la Asamblea Legislativa- de continuar y adecuarse paulatinamente a los parámetros establecido por la Constitución y desarrollados por este pronunciamiento...

De esta exposición, se advierte claramente la imposibilidad de obtenerse desde la emisión del fallo **ninguna modificación a la concesión de CEL del proyecto el chaparral**, ya que la concesión otorgada a CEL es de las contempladas en el párrafo anterior, ya que la misma fue otorgada por SIGET como ente regulador facultado por ley en aquel momento, para la autorización de las concesiones, en cumplimiento de los aspectos legales, técnicos y financieros requeridos para el otorgamiento de la misma, por lo que en razón de dicha sentencia la única manera de revisar cualquier cambio o modificación solo podrá realizarse a través de lo resuelto por la Asamblea Legislativa.

Con lo anterior, podemos concluir que, los auditores omiten reconocer que la Sala de lo Constitucional dotó de estabilidad jurídica a la concesión de CEL otorgada en el 2006 y en tal sentido, se esfuerzan en argumentar que la concesión está vencida por el hecho que no existe una resolución de SIGET que prorrogue el plazo de ejecución de los trabajos, aun sabiendo que la misma es de imposible obtención ya que SIGET no tiene competencia para resolver sobre lo solicitado en tiempo y forma por CEL, por no existir en el ordenamiento jurídico la norma habilitante para ello como consecuencia de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional, ampliamente discutida en el presente escrito, y qué no obstante, las gestiones realizadas por CEL, el nuevo ente facultado, es decir, la Asamblea Legislativa no se ha pronunciado sobre las peticiones presentadas ante la misma.

Si CEL solicitó en el tiempo oportuno (antes del vencimiento del plazo de ejecución de los trabajos) tal como lo señala la Concesión, pero no hubo respuesta, esto no puede configurarse como un incumplimiento de CEL y tampoco debe considerarse como vacío o contradicción con lo resuelto por la Sala, ni se debe asumir tampoco que la falta de resolución de la petición presentada a la Asamblea Legislativa, se configura como una denegatoria a la solicitud de prórroga, siendo únicamente el equipo auditor quien interpreta que la concesión está vencida, sin ninguna base legal que lo sustente, utilizando únicamente la interpretación aislada de algunos aspectos de la sentencia citada, que es clara y favorable en su contexto integral, y que impide acreditar, como se pretende en el referido hallazgo una responsabilidad para CEL, empleados o funcionarios.

Es importante además, señalar que de haber existido resolución a la prórroga, CEL hubiese planteado la solicitud de modificar la concesión con el nuevo eje alternativo, entendiendo que dicha actuación recae sobre la misma concesión, y que el "rediseño" llamado así en la notificación realizada por el equipo auditor, no es más que una actualización de la distribución de las estructuras del proyecto, enfocado únicamente en la continuidad de la construcción de la central, **en el área del sitio de concesión, sobre el mismo Río Torola, en la misma propiedad de CEL.**

En este sentido, haber detenido la obra, bajo el esquema de no tener una nueva contrata de concesión, tal como, de una u otra manera, lo hace parecer el equipo auditor de la Corte de Cuentas en su examen especial, hubiese conllevado en un total estancamiento y deterioro de la obra pública en perjuicio del desarrollo del país, así como un grave **perjuicio económico** para el Estado, en el sentido del desgaste de los recursos, y desde luego, un grave detrimento para la administración pública, lo cual, si se hubiese convertido en un hecho sujeto de señalamientos por la inactividad de la administración, y por ende, objeto de fiscalización por parte del ente contralor.

Aunado a lo anterior, es importante recalcar que parte de las obligaciones legales de CEL, tal como lo señala el artículo 2 de su Ley de Creación, se enmarca el desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos y fuentes de energía de El Salvador, dentro de lo cual, podemos abarcar la obligación del desarrollo de nuevos proyectos, CEL es la institución del estado que debe procurar el desarrollo de la generación de energía eléctrica para el desarrollo del país, para esto, CEL ha sido respetuosa del marco legal, este marco legal estableció en el año 2006 el requerimiento de obtener la concesión para la explotación de un bien demanial, sin embargo, la Sala de lo Constitucional produjo por sentencia de inconstitucionalidad, la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que habilitaba a la SIGET, otorgar concesiones, estabiliza las existentes, en tanto que se cumplieran con los requerimientos técnicos, y posibilitó la adecuación paulatina a la normativa constitucional.

Por tanto, debe respetarse el efecto de la sentencia, y el ente competente para otorgar la aprobación de las adecuaciones, dentro de una existente bajo la normativa anterior, como es el caso del rediseño apuntado dentro de la concesión, que ahora es la Asamblea Legislativa, sin embargo, este órgano del Estado debe formular las condiciones para conocer dichas adecuaciones a las concesiones existentes, en tanto no lo haga, ningún concesionario está expuesto a tener vencida dicha concesiones, o dicho de otra manera, las concesiones siguen operando normalmente, por tanto, este concesionario está respaldado para continuar cumpliendo con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión.

Derivado de lo anterior, podemos afirmar que CEL estaba obligada a continuar ejecutando las acciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el proceso de construcciones, en un plazo más largo, que hizo del conocimiento de SIGET, y con el eje alternativo (que también se hizo de conocimiento de SIGET), para lo que se anexan informes.

Es importante mencionar que, de haberse dejado abandonada la obra hasta esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa, el costo financiero por la pérdida o deterioro de la obra pública, hubiera alcanzado, al menos, decenas de millones de dólares, ya que a la fecha aún no existe un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa como nuevo ente encargado.; En adición, el deterioro de la obra que ya había sufrido las consecuencia del tiempo que duró la investigación fiscal, hubiese sido aún mayor que el encontrado al inicio de las contrataciones en el año 2015, resultando inverosímil que la Corte de Cuentas, por una mera interpretación de criterio establezca un hallazgo a funcionarios y empleados de

CEL, quienes actuaron en el marco de la ley, protegiendo la obra pública y la inversión del Estado.

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito, y como consecuencia, sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo 1 antes relacionado”.

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Coordinador de Proyectos [REDACTED] expresa lo siguiente:**

“Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinicio la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo un nuevo rediseño, **sin contar con la Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, ya que /a contrata original del Proyecto aprobada** por la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), **venció el 06/12/2011 y fue prorrogada hasta el 06/04/2014.**” (Subrayado es nuestro)

Es menester efectuar un especial pronunciamiento al contenido del hallazgo en referencia el cual se encuentra fuera del alcance del objetivo general y objetivos específicos del examen especial antes citado; específicamente porque al tenor de la literalidad el objetivo es **“Verificar el cumplimiento de aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de Contrataciones Directas relacionados con el proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución durante el período del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016”**.

Como se observa **no** es posible encuadrar la conducta señalada a la institución a la cual hace referencia el presente Hallazgo dentro del parámetro en el cual el equipo auditor debe realizar su actuación. Por lo que el equipo auditor se ha excedido en los límites en los cuales la ley le permite enmarcar su competencia pues los mismos se encuentran fuera del alcance del examen especial.

Si se definió el marco de actuación del Examen, se dispuso que la verificación dentro de dicho proceso recaería sobre los aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de **CONTRATACIÓN DIRECTA ADJUDICADOS EN EL AÑO 2015 Y EJECUTADOS ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2015 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (ANEXO 1)**, y se incluyó el cumplimiento de cláusulas contractuales, plazos establecidos y la ejecución del avance físico de los contratos objeto del examen, la aplicación de las transacciones financieras inherentes al proyecto y la denuncia ciudadana como objetivos específicos del mismo, lo cual considera que los aspectos legales y técnicos **SOLO PUEDEN SER LOS APLICABLES A DICHOS PROCESOS DE CONTRATACIONES DIRECTAS**, quedando excluido de dicho examen la verificación de requisitos que **NO** les son aplicables y que sólo son aplicables a otro tipo de contrataciones o instrumentos como lo son el Contrato Llave en Mano, contrato de obra y Concesión (Artículo 105 LACAP).

Por lo anterior, bajo la sujeción al principio de legalidad que rige las actuaciones de los funcionarios públicos, el equipo de Auditoría no tiene la suficiente competencia para

calificar como **vencida** la Concesión otorgada en el año 2006 a CEL, ya que bajo el Examen Especial la Contrata de Concesión y sus requisitos previos no han sido incluidos dentro del proceso de auditoría por parte de la Corte de Cuentas, en tal sentido la actuación del equipo de auditoría incumple con lo señalado en el artículo 101 de la Ley de Corte de Cuentas, el cual mandata que aquellos que realicen auditoría gubernamental deberán cumplir sus funciones de acuerdo con la **Ley, reglamentos, normas de auditoría y cualesquiera otras disposiciones dictadas por la Corte**, siguiendo el marco normativo y temporal que rige el examen a través del cual surge el señalamiento o Hallazgo 1.

Aunado a lo anterior es también menester aclarar que la concesión otorgada por SIGET, para la explotación del recurso hidráulico del Río Torola, es una autorización que CEL tiene desde el día 06 de diciembre de 2006, misma que fue otorgada dentro del marco jurídico que regía a las concesiones y su otorgamiento en esa fecha de su otorgamiento y su primer prorroga.

La conclusión de los auditores, al señalar que se ejecutó el rediseño de la presa El Chaparral, sin modificativa de contrata de concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, respecto a la ubicación del nuevo eje y el plazo, se basa en una interpretación errónea de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional bajo el proceso de referencia 28-2008, de las ocho horas del veintisiete de junio de dos mil doce, emitida con el fin de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la Ley General de Electricidad, y de los Arts. 4, 12 y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en la cual se consideró que la concesión para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hídricos y geotérmicos que era autorizada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; debía ser otorgada de conformidad a la atribución dada a la Asamblea Legislativa en el Art. 131 Ord. 30° Cn. en cuanto a aprobar las concesiones referidas en el art. 120 Cn.

Si bien, dicha Sala consideró a través de la sentencia que el efecto principal en las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma debían de conservarse vigentes hasta que la Asamblea Legislativa revisara las condiciones bajo las cuales fueron pactadas y si a su criterio las cumplieren, realizaran la continuidad fijándoles un plazo para su finalización, no obstante el equipo auditor, omite el análisis realizado también en el apartado 2A de la Sentencia, el que se transcribe íntegramente... En definitiva, este Tribunal considera que **la calidad de concesionarios que ostentan las empresas que, de buena fe, hubieren podido entablar relaciones contractuales con la SIGET puede mantenerse**. Sin embargo, han sido efectuados bajo términos no revisados y aprobados por el ente competente -Asamblea Legislativa- y con un plazo indefinido, condiciones de ejecución que no pueden mantenerse a la luz de vulneraciones a la Constitución, además de que estarían en desarrollo al momento de dictarse este fallo y seguirían ejecutándose a partir del mismo.

En esa línea, es dable señalar que corresponderá a la Asamblea Legislativa llevar a cabo las acciones pertinentes y estipular las condiciones de revisión de los posibles contratos existentes al momento de dictarse este fallo, tomando en cuenta, además de las

condiciones de ejecución del contrato, ciertos requisitos que debe llenar el sujeto al que se otorga la concesión, verbigracia capacidad legal, técnica y financiera, a más de otros que el legislador pudiera reflexionar oportunos y que ya se encuentran establecidos en normas que pudieran ser aplicables a esta clase de contratos, el art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; así como aquellas que le son directamente aplicables, los arts. 13 LGE y 21 RLGE; de manera que las relaciones jurídicas entabladas al amparo de la ley que ahora se invalida tengan la posibilidad -si así lo considera conveniente la Asamblea Legislativa- de continuar y adecuarse paulatinamente a los parámetros establecido por la Constitución y desarrollados por este pronunciamiento. ...

De esta exposición se advierte claramente la imposibilidad de obtenerse desde la emisión del fallo NINGUNA MODIFICACIÓN A LA CONCESIÓN DE CEL DEL PROYECTO EL CHAPARRAL, ya que la concesión otorgada a CEL es de las contempladas en el párrafo anterior ya que la misma fue otorgada por SIGET, como ente regulador facultado por ley en aquel momento para la autorización de las concesiones, en cumplimiento de los aspectos legales, técnicos y financieros requeridos para el otorgamiento de la misma, por lo que en razón de dicha sentencia la única manera de revisar cualquier cambio o modificación solo podrá realizarse a través de lo resuelto por la Asamblea Legislativa.

Con lo anterior podemos concluir que los auditores omiten reconocer que la Sala de lo Constitucional dotó de estabilidad jurídica a la Concesión de CEL otorgada en el 2006 y en tal sentido se esfuerzan en argumentar que la Concesión está vencida por el hecho que no existe una resolución de SIGET que prorrogue el plazo de ejecución de los trabajos, aun sabiendo que la misma es de imposible obtención ya que SIGET no tiene competencia para resolver sobre lo solicitado en tiempo y forma por CEL por no existir en el ordenamiento jurídico la norma habilitante para ello como consecuencia de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional ampliamente discutida con el presente escrito, y qué no obstante las gestiones realizadas por CEL, el nuevo ente facultado, es decir, la Asamblea Legislativa no se ha pronunciado sobre las peticiones presentadas ante la misma.

Si CEL solicitó en el tiempo oportuno (antes de vencimiento del plazo de ejecución de los trabajos) tal como lo señala la Concesión, pero no hubo respuesta esto no puede configurarse como un incumplimiento de CEL y tampoco debe considerarse como vacío o contradicción con lo resuelto por la Sala, ni se debe asumir tampoco que la falta de resolución de la petición presentada a la Asamblea Legislativa se configura, como una denegatoria a la solicitud de prórroga, siendo únicamente el EQUIPO AUDITOR quien interpreta que la concesión está vencida, sin ninguna base legal que lo sustente, utilizando únicamente la interpretación aislada de algunos aspectos de la sentencia citada, que es clara y favorable en su contexto integral, y que impide acreditar como se pretende en el referido hallazgo una responsabilidad para CEL, empleados o funcionarios.

Es importante además señalar que de haber existido resolución a la prórroga, CEL hubiese planteado la solicitud de modificar la concesión con el nuevo eje alternativo,

entendiendo que dicha actuación recae sobre la misma concesión, y que el “rediseño” llamado así en la notificación realizada por el equipo auditor, no es más que una actualización de la distribución de las estructuras del proyecto, enfocado únicamente en la continuidad de la Construcción de la Central, **en el área del sitio de concesión, sobre el mismo Río Torola, en la misma propiedad de CEL.**

En este sentido, haber detenido la obra, bajo el esquema de no tener una nueva contrata de concesión, tal como de una u otra manera lo hace parecer el equipo auditor de la Corte de Cuentas en su examen especial, hubiese conllevado en un total estancamiento y deterioro de la obra pública en perjuicio del desarrollo del país, así como un grave **perjuicio económico** para el Estado, en el sentido del desgaste de los recursos, y desde luego un grave detrimento para la Administración Pública, lo cual si se hubiese convertido en un hecho sujeto de señalamientos por la inactividad de la administración y por ende objeto de fiscalización por parte del ente contralor.

Aunado a lo anterior es importante recalcar que parte de las obligaciones legales de CEL, tal como lo señala el artículo 2 de su Ley de Creación, se enmarca el desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos y fuentes de energía de El Salvador, dentro de lo cual podemos abarcar la obligación del desarrollo de nuevos proyectos, CEL es la institución del estado que debe procurar el desarrollo de la generación de energía eléctrica para el desarrollo del País, para esto CEL ha sido respetuosa del marco legal, este marco legal estableció en el año 2006 el requerimiento del obtener la concesión para la explotación de un bien demanial, sin embargo la Sala de lo Constitucional produjo por sentencia de Inconstitucionalidad la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que habilitaba a la SIGET, otorgar concesiones, estabiliza las existentes, en tanto que se cumplieran con los requerimientos técnicos, y posibilitó la adecuación paulatina a la normativa constitucional.

Por tanto debe respetarse el efecto de la sentencia, y el ente competente para otorgar la aprobación de las adecuaciones dentro de una existente bajo la normativa anterior, como es el caso del rediseño apuntado dentro de la concesión, que ahora es la Asamblea Legislativa, sin embargo este órgano del Estado debe formular las condiciones para conocer dichas adecuaciones a las concesiones existentes, en tanto no lo haga, ningún concesionario está expuesto a tener vencida dicha concesión, o dicho de otra manera, las concesiones siguen operando normalmente, por tanto este concesionario está respaldado para continuar cumpliendo con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión.

Derivado de lo anterior podemos afirmar que CEL estaba obligada a continuar ejecutando las acciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el proceso de construcciones en un plazo más largo el cual se hizo del conocimiento de SIGET, y con el eje alternativo (Que también se hizo de conocimiento de SIGET) para lo cual se anexan informes.

Es importante mencionar que de haberse dejado abandonada la obra hasta esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa, el costo financiero por la pérdida o deterioro

de la obra pública hubiera alcanzado al menos de decenas de millones de dólares ya que a la fecha aún no existe un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa como nuevo ente encargado; en adición el deterioro de la obra que ya había sufrido las consecuencia del tiempo que duró la investigación fiscal, hubiese sido aún mayor que el encontrado al inicio de las contrataciones en el año 2015, resultando inverosímil que la Corte de Cuentas, por una mera interpretación de criterio establezca un hallazgo a funcionarios y empleados de CEL quienes actuaron en el marco de la Ley, protegiendo la obra pública y la inversión del Estado.

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo 1 antes relacionado.”

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, del Ex coordinador de Proyectos [REDACTED], expresa lo siguiente:**

**“Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinicio la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo un nuevo rediseño, sin contar con la Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, ya que la contrata original del Proyecto aprobada por la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), venció el 06/12/2011 y fue prorrogada hasta el 06/04/2014”.** (Subrayado es nuestro)

Es menester efectuar un especial pronunciamiento al contenido del hallazgo en referencia el cual se encuentra fuera del alcance del objetivo general y objetivos específicos del examen especial antes citado; específicamente porque al tenor de la literalidad el objetivo es **“Verificar el cumplimiento de aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de Contrataciones Directas relacionados con el proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución durante el período del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016”**.

Como se observa **no** es posible encuadrar la conducta señalada a la institución a la cual hace referencia el presente Hallazgo dentro del parámetro en el cual el equipo auditor debe realizar su actuación. Por lo que el equipo auditor se ha excedido en los límites en los cuales la ley le permite enmarcar su competencia pues los mismos se encuentran fuera del alcance del examen especial.

Si se definió el marco de actuación del Examen, se dispuso que la verificación dentro de dicho proceso recaería sobre los aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de **CONTRATACIÓN DIRECTA ADJUDICADOS EN EL AÑO 2015 Y EJECUTADOS ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2015 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (ANEXO 1)**, y se incluyó el cumplimiento de cláusulas contractuales, plazos establecidos y la ejecución del avance físico de los contratos objeto del examen, la aplicación de las transacciones financieras inherentes al proyecto y la denuncia ciudadana como objetivos específicos del mismo, lo cual considera que los aspectos legales y técnicos **SOLO PUEDEN SER LOS APLICABLES A DICHS PROCESOS DE CONTRATACIONES DIRECTAS,**

quedando excluido de dicho examen la verificación de requisitos que NO les son aplicables y que sólo son aplicables a otro tipo de contrataciones o instrumentos como lo son el Contrato Llave en Mano, contrato de obra y Concesión (Artículo 105 LACAP).

Por lo anterior, bajo la sujeción al principio de legalidad que rige las actuaciones de los funcionarios públicos, el equipo de Auditoría no tiene la suficiente competencia para calificar como **vencida** la Concesión otorgada en el año 2006 a CEL, ya que bajo el Examen Especial la Contrata de Concesión y sus requisitos previos no han sido incluidos dentro del proceso de auditoría por parte de la Corte de Cuentas, en tal sentido la actuación del equipo de auditoría incumple con lo señalado en el artículo 101 de la Ley de Corte de Cuentas, el cual mandata que aquellos que realicen auditoría gubernamental deberán cumplir sus funciones de acuerdo con la *Ley, reglamentos, normas de auditoría y cualesquiera otras disposiciones dictadas por la Corte,* siguiendo el marco normativo y temporal que rige el examen a través del cual surge el señalamiento o Hallazgo 1.

Aunado a lo anterior es también menester aclarar que la concesión otorgada por SIGET, para la explotación del recurso hidráulico del Río Torola, es una autorización que CEL tiene desde el día 06 de diciembre de 2006, misma que fue otorgada dentro del marco jurídico que regía a las concesiones y su otorgamiento en esa fecha de su otorgamiento y su primer proroga.

La conclusión de los auditores, al señalar que se ejecutó el rediseño de la presa El Chaparral, sin modificativa de contrata de concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, respecto a la ubicación del nuevo eje y el plazo, se basa en una interpretación errónea de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional bajo el proceso de referencia 28-2008, de las ocho horas del veintisiete de junio de dos mil doce, emitida con el fin de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 5 y 12 de la Ley General de Electricidad, y de los Arts. 4, 12 y 51 del Reglamento de la Ley General de Electricidad, en la cual se consideró que la concesión para la generación de energía eléctrica a partir de recursos hídricos y geotérmicos que era autorizada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; debía ser otorgada de conformidad a la atribución dada a la Asamblea Legislativa en el Art. 131 Ord. 30° Cn, en cuanto a aprobar las concesiones referidas en el art. 120 Cn.

Si bien, dicha Sala consideró a través de la sentencia que el efecto principal en las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma debían de conservarse vigentes hasta que la Asamblea Legislativa revisara las condiciones bajo las cuales fueron pactadas y si a su criterio las cumplieren, realizaran la continuidad fijándoles un plazo para su finalización, no obstante el equipo auditor, omite el análisis realizado también en el apartado 2A de la Sentencia, el que se transcribe íntegramente... “En definitiva, este Tribunal considera que la **calidad de concesionarios que ostentan las empresas que, de buena fe, hubieren podido entablar relaciones contractuales con la SIGET puede mantenerse.** Sin embargo, han sido efectuados bajo términos no revisados y aprobados por el ente competente -Asamblea Legislativa- y con un plazo indefinido, condiciones de ejecución que no pueden mantenerse a la luz de vulneraciones a la Constitución, además

de que estarían en desarrollo al momento de dictarse este fallo y seguirían ejecutándose a partir del mismo.

En esa línea, es dable señalar que corresponderá a la Asamblea Legislativa llevar a cabo las acciones pertinentes y estipular las condiciones de revisión de los posibles contratos existentes al momento de dictarse este fallo, tomando en cuenta, además de las condiciones de ejecución del contrato, ciertos requisitos que debe llenar el sujeto al que se otorga la concesión, verbigracia capacidad legal, técnica y financiera, a más de otros que el legislador pudiera reflexionar oportunos y que ya se encuentran establecidos en normas que pudieran ser aplicables a esta clase de contratos, el art. 141 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; así como aquellas que le son directamente aplicables, los Arts. 13 LGE y 21 RLGE; de manera que las relaciones jurídicas entabladas al amparo de la ley que ahora se invalida tengan la posibilidad -si así lo considera conveniente la Asamblea Legislativa- de continuar y adecuarse paulatinamente a los parámetros establecido por la Constitución y desarrollados por este pronunciamiento. ... “

De esta exposición se advierte claramente la imposibilidad de obtenerse desde la emisión del fallo NINGUNA MODIFICACIÓN A LA CONCESIÓN DE CEL DEL PROYECTO EL CHAPARRAL, ya que la concesión otorgada a CEL es de las contempladas en el párrafo anterior ya que la misma fue otorgada por SIGET, como ente regulador facultado por ley en aquel momento para la autorización de las concesiones, en cumplimiento de los aspectos legales, técnicos y financieros requeridos para el otorgamiento de la misma, por lo que en razón de dicha sentencia la única manera de revisar cualquier cambio o modificación solo podrá realizarse a través de lo resuelto por la Asamblea Legislativa.

Con lo anterior podemos concluir que los auditores omiten reconocer que la Sala de lo Constitucional dotó de estabilidad jurídica a la Concesión de CEL otorgada en el 2006 y en tal sentido se esfuerzan en argumentar que la Concesión está vencida por el hecho que no existe una resolución de SIGET que prorrogue el plazo de ejecución de los trabajos, aun sabiendo que la misma es de imposible obtención ya que SIGET no tiene competencia para resolver sobre lo solicitado en tiempo y forma por CEL por no existir en el ordenamiento jurídico la norma habilitante para ello como consecuencia de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional ampliamente discutida en el presente escrito, y qué no obstante las gestiones realizadas por CEL, el nuevo ente facultado, es decir, la Asamblea Legislativa no se ha pronunciado sobre las peticiones presentadas ante la misma.

Si CEL solicitó en el tiempo oportuno (antes de vencimiento del plazo de ejecución de los trabajos) tal como lo señala la Concesión, pero no hubo respuesta esto no puede configurarse como un incumplimiento de CEL y tampoco debe considerarse como vacío o contradicción con lo resuelto por la Sala, ni se debe asumir tampoco que la falta de resolución de la petición presentada a la Asamblea Legislativa se configura, como una denegatoria a la solicitud de prórroga, siendo únicamente el EQUIPO AUDITOR quien interpreta que la concesión está vencida, sin ninguna base legal que lo sustente, utilizando únicamente la interpretación aislada de algunos aspectos de la sentencia

citada, que es clara y favorable en su contexto integral, y que impide acreditar como se pretende en el referido hallazgo una responsabilidad para CEL, empleados o funcionarios.

Es importante además señalar que de haber existido resolución a la prórroga, CEL hubiese planteado la solicitud de modificar la concesión con el nuevo eje alternativo, entendiendo que dicha actuación recae sobre la misma concesión, y que el “rediseño” llamado así en la notificación realizada por el equipo auditor, no es más que una actualización de la distribución de las estructuras del proyecto, enfocado únicamente en la continuidad de la Construcción de la Central, **en el área del sitio de concesión, sobre el mismo Río Torola, en la misma propiedad de CEL.**

En este sentido, haber detenido la obra, bajo el esquema de no tener una nueva contrata de concesión, tal como de una u otra manera lo hace parecer el equipo auditor de la Corte de Cuentas en su examen especial, hubiese conllevado en un total estancamiento y deterioro de la obra pública en perjuicio del desarrollo del país, así como un grave **perjuicio económico** para el Estado, en el sentido del desgaste de los recursos, y desde luego un grave detrimento para la Administración Pública, lo cual si se hubiese convertido en un hecho sujeto de señalamientos por la inactividad de la administración y por ende objeto de fiscalización por parte del ente contralor.

Aunado a lo anterior es importante recalcar que parte de las obligaciones legales de CEL, tal como lo señala el artículo 2 de su Ley de Creación, se enmarca el desarrollo, conservación, administración y utilización de los recursos energéticos y fuentes de energía de El Salvador, dentro de lo cual podemos abarcar la obligación del desarrollo de nuevos proyectos, CEL es la institución del estado que debe procurar el desarrollo de la generación de energía eléctrica para el desarrollo del País, para esto CEL ha sido respetuosa del marco legal, este marco legal estableció en el año 2006 el requerimiento del obtener la concesión para la explotación de un bien demanial, sin embargo la Sala de lo Constitucional produjo por sentencia de Inconstitucionalidad la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma que habilitaba a la SIGET, otorgar concesiones, estabiliza las existentes, en tanto que se cumplieran con los requerimientos técnicos, y posibilitó la adecuación paulatina a la normativa constitucional.

Por tanto, debe respetarse el efecto de la sentencia, y el ente competente para otorgar la aprobación de las adecuaciones dentro de una existente bajo la normativa anterior, como es el caso del rediseño apuntado dentro de la concesión, que ahora es la Asamblea Legislativa, sin embargo este órgano del Estado debe formular las condiciones para conocer dichas adecuaciones a las concesiones existentes, en tanto no lo haga, ningún concesionario está expuesto a tener vencida dicha concesión, o dicho de otra manera, las concesiones siguen operando normalmente, por tanto este concesionario está respaldado para continuar cumpliendo con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión.

Derivado de lo anterior podemos afirmar que CEL estaba obligada a continuar ejecutando las acciones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el proceso

de construcciones en un plazo más largo el cual se hizo del conocimiento de SIGET, y con el eje alternativo (Que también se hizo de conocimiento de SIGET) para lo cual se anexan informes.

Es importante mencionar que de haberse dejado abandonada la obra hasta esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa, el costo financiero por la pérdida o deterioro de la obra pública hubiera alcanzado al menos de decenas de millones de dólares ya que a la fecha aún no existe un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa como nuevo ente encargado; en adición el deterioro de la obra que ya había sufrido las consecuencia del tiempo que duró la investigación fiscal, hubiese sido aún mayor que el encontrado al inicio de las contrataciones en el año 2015, resultando inverosímil que la Corte de Cuentas, por una mera interpretación de criterio establezca un hallazgo a funcionarios y empleados de CEL quienes actuaron en el marco de la Ley, protegiendo la obra pública y la inversión del Estado.

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo 1 antes relacionado”.

**En nota de fecha 22 de junio del 2018, el Jefe UACI** [REDACTED]

[REDACTED] manifiesta lo siguiente:

“No obstante haberse demostrado que la responsabilidad de realizar todos los actos preparatorios (obtención de permisos, licencias y los efectos sobre el medio ambiente) son responsabilidad de la Dependencia Solicitante, la Auditoría, en el apartado “COMENTARIOS DE LOS AUDITORES” de este hallazgo y con respecto a la UACI (párrafo cuarto) hace el siguiente comentario: “con lo que no desvirtúa lo observado ya que corresponde a la UACI verificar los requisitos legales de los documentos solicitados y acompañar a las dependencias solicitantes en los procesos de adquisiciones y contrataciones, por lo tanto, la deficiencia se mantiene”, **desafortunadamente la Auditoría en este comentario no hace mención a que artículo de la LACAP o del RELACAP o de alguna otra normativa en que se establece dicha función.**

En toda la base legal expuesta por la Auditoría en este hallazgo 1 del informe preliminar, no existe algún apartado donde se indique que la UACI tiene como responsabilidad “verificar los requisitos legales de los documentos solicitados y acompañar a las dependencias solicitantes en los procesos de adquisiciones y contrataciones”.

En el único artículo que se hace mención de algo similar está en el artículo 20 inciso tercero del RELACAP, en donde se establece:

ELABORACIÓN DE INSTRUMENTOS DE CONTRATACIÓN Art. 20.-...

La Unidad solicitante definirá objeto, cantidad, calidad, especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras, bienes y servicios, valores estimados, condiciones específicas de administración de los contratos **y la necesidad, en su caso, de permisos administrativos, incluyendo ambientales y de salud; y el Jefe UACI** o la persona que

éste designe, **verificará los requisitos legales, administrativos y financieros que serán solicitados y el procedimiento de contratación para cada una de las situaciones que lo requieran**”.

Primeramente, hay que establecer *¿Que son los instrumentos de contratación?*, la definición se encuentra en el RELACAP en su artículo 2, letra e), que indica:

“e) **Instrumentos de contratación:** Son los instrumentos generados para realizar el proceso de contratación: **Términos de Referencia, Especificaciones Técnicas, Bases de Licitación o de Concurso**”.

Si la Auditoría se refiere al artículo 20 del RELACAP, en donde se hace mención que la UACI verificará los requisitos legales, está claro que se refiere a los requisitos **legales de los “Términos de Referencia, Especificaciones Técnicas, Bases de Licitación o de Concurso”** no de los antecedentes de la solicitud de inicio de un proceso; **así como queda claro en la primera parte de dicho artículo, la responsabilidad de la unidad solicitante en “la necesidad, en su caso, de permisos administrativos, incluyendo ambientales y de salud”.**

En adición a todo lo anterior, la Unidad Solicitante no remite a la UACI todos los antecedentes de la solicitud, como es el caso de estudios o investigaciones anteriores realizadas, ni si tiene o no los permisos requeridos, **los solicitantes remiten únicamente lo establecido en el artículo 20 Bis, en su letra h), que indica:**

#### **Artículo. 20 Bis. Responsabilidades de los Solicitantes**

Para efectos de esta Ley se entenderá por solicitantes, las unidades o dependencias internas de la institución que requieran a la UACI la adquisición de obras, bienes o servicios. Estos deberán realizar los actos preparatorios de conformidad a **las responsabilidades siguientes:**

...

b) **Elaborar la solicitud de las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes o servicios, la cual deberá acompañarse de las especificaciones o características técnicas de las mismas, así como toda aquella información que especifique el objeto contractual y que facilite la formulación de las bases de licitación:**

Como se puede observar, la documentación enviada por las Unidades Solicitantes está relacionada **exclusivamente con la información necesaria para la elaboración del documento base de licitación o del concurso.**

#### **SOLICITUD**

El responsable de obtener los permisos y licencia, según lo manifiesta expresamente la LACAP y RELACAP es la Unidad Solicitante, la participación de la UACI en todos los procesos de contratación es la de elaborar coordinadamente con la Unidad Solicitante **los instrumentos de contratación**, ya que ni la **LACAP** ni la **RELACAP**, ni ningún otro documento normativo **hace referencia expresa** que la UACI tiene la obligación de **revisar los aspectos de antecedentes de la solicitud** de inicio de un proceso, ni que ésta

tenga que acompañar a las Unidades Solicitantes en los procesos previos a la realización de la solicitud, lo que manda la LACAP es acompañar en el proceso de adquisición, por lo que solicitamos con base al principio de legalidad y tipicidad, eliminar este hallazgo como responsabilidad de la UACI."

## COMENTARIOS DE LOS AUDITORES

Analizamos los comentarios vertidos por el **Presidente de CEL** [REDACTED], quien aduce vulneración al principio de congruencia, respecto del texto de la presunta deficiencia notificada originalmente, por lo que es pertinente aclarar que con base a nuestro marco normativo la condición inicial únicamente fue modificada en redacción no así en su esencia por lo que se mantiene conforme se comunicó preliminarmente; adicionalmente es importante destacar que en esta y durante la fase jurisdiccional somos respetuosos del derecho de defensa de los relacionados.

Por otra es importante mencionar que en esta observación no señalamos las razones que respaldaron la decisión de reiniciar el proyecto ya que sin duda contara con el respaldo técnico, lo que si señalamos es que no se haya observado el debido proceso en cuanto a la modificación de la contrata para darle absoluta legitimidad al reinicio.

Entre los alegatos planteados en su defensa el Presidente externó que: "la Cláusula Cuarta de la Contrata no definen la ubicación de los componentes del proyecto de forma detallada taxativa o de acuerdo a un diseño"; aseveración que no compartimos, ya que la contrata si lo define y lo ratifica el Dictamen Técnico favorable de la modificación del permiso ambiental, en el numeral 3. "Solicitud de la Modificación de la Resolución MARN No. 1256-1584-2008", actualización de la distribución de estructuras en el área del proyecto, establece que: "Consiste en ajustar la posición del eje de la presa en una ubicación de 670 mts. aguas arriba de la ubicación declarada...".

Con respecto, a la Cláusula sexta numeral ocho que regula el plazo para la ejecución del proyecto, el Presidente menciona que, en realidad, no regula el plazo de construcción, sino el plazo de entrada en operación comercial; es una situación que no debatimos, ya que precisamente a ese plazo nos referimos al plazo máximo que tiene la entidad para ejecutar y finalizar el proyecto y que es el mismo para entrar en operación comercial, al cual no se le dio cumplimiento.

Ratificamos se ha valorado la prueba presentada el 06 de julio de 2017; sin embargo, la administración no demuestra que se hubiera remitido a la Asamblea Legislativa para su correspondiente modificación.

Hacemos énfasis en que examinamos el proceso de contratación directa CD 10/15 el cual forma parte de los 14 que señala la administración que estaban fuera del alcance de la auditoría, confirmando que el examinado si está dentro de nuestro alcance los 13 restantes fueron indicados solo para efectos de referencia.

Por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

Analizamos los comentarios vertidos por el **Director Suplente** [REDACTED], **Director Propietario** [REDACTED], **Director Propietario** [REDACTED], **Ex Director Propietario** [REDACTED] y **Directora Propietaria** [REDACTED], quienes expresan que: "Los Auditores de la Corte de Cuentas no han considerado que la Comisión es una entidad sin fines de lucro por mandato legal, pues su función es pública..."; por lo que aclaramos que sí se ha identificado, ya que de no ser una institución pública no sería objetivo de fiscalización.

Además, la Administración hace un especial pronunciamiento al contenido del hallazgo, argumentando que no se relaciona con el objetivo del examen, lo cual no aceptamos ya que dentro de los objetivos específico se encuentra el relacionado con las denuncias y tiene relación directa con lo comunicado.

Por otra parte, concluye la Administración que: "los auditores omiten reconocer que la Sala de lo Constitucional dotó de estabilidad jurídica a la Concesión de CEL otorgada en el 2006 y en tal sentido se esfuerzan en argumentar que la Concesión está vencida por el hecho que no existe una resolución de SIGET que prorogue el plazo de ejecución de los trabajos..."; sobre lo anterior, hacemos referencia a que la condición define el incumplimiento que existe en la Contrata de Concesión, y que en ningún momento nos referimos a que la SIGET tiene competencia para resolver, sino que es la Asamblea Legislativa quien debe otorgar la aprobación de modificación, lo cual no demuestra haberse gestionado.

Por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

Analizamos los comentarios vertidos por el **Ex Director Ejecutivo** [REDACTED], **Exdirector del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral** [REDACTED], **Exdirector de Proyectos** [REDACTED] y **Ex Coordinador de Proyectos** [REDACTED], quienes mencionan que: "Además, la Administración hace un especial pronunciamiento al contenido del hallazgo en referencia el cual se encuentra fuera del alcance del objetivo general y objetivos específicos del examen especial antes citado"; no obstante, en los objetivos del Examen, se establece uno relacionado con el seguimiento a Denuncias, el cual se concluye con esta observación.

Con respecto, a los comentarios que: "la conclusión de los auditores, al señalar que se ejecutó el rediseño de la presa El Chaparral, sin modificativa de Contrata de Concesión aprobada por la Asamblea Legislativa, respecto a la ubicación del nuevo eje y el plazo, se basa en una interpretación errónea de la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional"; sin embargo, el Equipo Auditor con el apoyo jurídico ha podido concluir al respecto, y es que la Administración no ha demostrado que en tiempo y forma solicitó a la Asamblea Legislativa, la ampliación del plazo para ejecutar el proyecto y conforme el nuevo diseño.

Además, manifiestan que, con la continuidad se evitó el deterioro total de los componentes y obras que se habían ejecutado en el pasado; pero aclaramos que nuestro señalamiento, se centra en la legalidad del debido proceso que debió acompañar la decisión tomada.

Por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

Retomamos los comentarios expresados por el **Jefe UACI** [REDACTED] [REDACTED], quien argumentó que: "desafortunadamente la Auditoría en este comentario no hace mención a que artículo de la LACAP o del RELACAP o de alguna otra normativa en que se establece dicha función...", y que además considera que "la responsabilidad únicamente es del solicitante tramitar los permisos, autorizaciones y licencias necesarias"; no obstante, no hay que interpretar ciertos artículos de la LACAP y RELACAP aisladamente, sino que en todo el contexto de la Normativa, y para especificar la responsabilidad del Jefe UACI citamos el siguiente Artículo de la LACAP:

#### JEFE DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES INSTITUCIONAL

"Art. 10.- LA UACI ESTARÁ A CARGO DE UN JEFE, EL CUAL SERÁ NOMBRADO POR EL TITULAR DE LA INSTITUCIÓN; QUIEN DEBERÁ REUNIR LOS MISMOS REQUISITOS EXIGIDOS EN EL ARTÍCULO 8 DE LA PRESENTE LEY, Y SUS ATRIBUCIONES SERÁN LAS SIGUIENTES:

- a) CUMPLIR LAS POLÍTICAS, LINEAMIENTOS Y DISPOSICIONES TÉCNICAS QUE SEAN ESTABLECIDAS POR LA UNAC, Y EJECUTAR TODOS LOS PROCESOS DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES OBJETO DE ESTA LEY;
- q) CUMPLIR Y HACER CUMPLIR TODAS LAS DEMÁS RESPONSABILIDADES QUE SE ESTABLEZCAN EN ESTA LEY".

Con lo anterior, se demuestra que la Ley no solo lo manda a elaborar conjuntamente con la Unidad Solicitante los instrumentos de Contratación, ya que dentro de sus atribuciones está velar por que se cumpla con la ley.

Con todo lo anterior, el Jefe UACI no se desvincula de su responsabilidad, por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

## **2. Falta de actualización de los permisos ambiental y de construcción, para la continuidad del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral en el nuevo eje**

Determinamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinició en el año 2015 y continuo posterior a esa fecha la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral en el nuevo eje, sin contar de manera previa con la actualización de los permisos ambiental y de construcción; según el siguiente detalle:

- a) El permiso del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (MARN), para el rediseño, fue otorgado hasta el 10 de agosto de 2016, mediante resolución No. 1256-624-2016.

- b) El permiso de la Secretaría de la Cultura de la Presidencia (SECULTURA, antes CONCULTURA), modificado en 2014 se refiere a seguimientos a las condiciones o recomendaciones de resoluciones de permisos anteriores, que corresponden al primer diseño de la presa, por consiguiente, no contiene los nuevos elementos del rediseño.
- c) La actualización de los permisos de las Alcaldías Municipales de San Luís de la Reina y Carolina del Departamento de San Miguel, fueron solicitados con posterioridad al reinicio de las obras hasta el 01 de abril de 2016.

**Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública**, establece que:

#### **“Seguimiento y Responsabilidad**

Art. 19.- El titular de la institución o la persona designada por éste, está en la obligación de dar seguimiento a la actuación de los subalternos y será responsable por la negligencia en que incurriere en la observancia de esta obligación. Si hubiere indicio de la comisión de algún delito por parte de los subalternos en el cumplimiento de sus funciones, deberá comunicarse de inmediato a la autoridad competente para no incurrir en responsabilidad por la omisión del aviso correspondiente. El Titular será responsable solidariamente por la actuación de sus subalternos en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley; asimismo, en su caso deberá iniciar los procedimientos e imponer las sanciones que la misma establece, sin perjuicio de deducir la responsabilidad penal si la hubiere.

Los subalternos que tuvieren a su cargo los actos preparatorios de las adquisiciones y contrataciones, así como lo relacionado con la vigilancia de su ejecución y liquidación, responderán personalmente por las infracciones o delitos que ellos cometieren, en ocasión de los actos regulados en esta Ley.

Asimismo, los subalternos estarán obligados a denunciar pronta y oportunamente ante la Fiscalía General de la República, las infracciones o delitos de que tuvieren conocimiento, inclusive los cometidos por cualquiera de sus superiores en cumplimiento de esta Ley.

Para lo cual se le garantizará estabilidad en su empleo, no pudiendo por esta causa ser destituido o trasladado ni suprimida su plaza en la partida presupuestaria correspondiente; la Corte de Cuentas de la República verificará el cumplimiento de lo anterior”.

#### **“Requisitos para el Contrato de Obra**

Art. 105.- Las obras que la Administración Pública deba construir o reparar, deberán contar por lo menos con tres componentes, los cuales serán: a) El Diseño; b) La Construcción; y c) La Supervisión. Dichos componentes, deberán ser ejecutados por personas naturales o jurídicas diferentes para cada fase.

Los contratos para la construcción de obras que la Administración Pública deba formalizar, sean de diseño, construcción o supervisión, deberán incluir en sus respectivos instrumentos contractuales, además de lo señalado en el artículo anterior lo siguiente:

- a) La autorización ambiental, de salud, municipal o cualquier otra que por su naturaleza la obra necesita antes de iniciar su construcción;
- b) El estudio previo que se realizó y que demostró la factibilidad de la obra. Si el constructor no teniendo intervención en el diseño, o el supervisor de la obra, manifiesta su desacuerdo con el diseño proporcionado por la institución, podrá dentro del proceso de licitación respectivo, presentar una opción más favorable para la obra a contratar. El plazo y etapa para dicha presentación se regulará en las bases de licitación;
- c) La declaración del contratista o contratistas, que conoce y está de acuerdo con el diseño proporcionado por la institución, siendo factible realizarlo con los materiales, precio y plazo convenido;
- d) Cualquier otra que se establezca en el Reglamento de la presente Ley, bases de licitación o especificaciones técnicas”.

**Reglamento Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública,** establece que:

#### **“Verificación de permisos y licencias**

Art.18.- La Unidad solicitante, previo a la contratación, deberá obtener de las autoridades competentes los dictámenes, permisos, licencias, derechos de propiedad intelectual y demás necesarios para la ejecución de los contratos, cuando legalmente sea procedente, salvo que, por su naturaleza, corresponda al contratista tramitarlos o que, en los términos de referencia, especificaciones técnicas o bases de licitación o consumo, se estipulare previamente”.

#### **“Impacto ambiental y patrimonio cultural**

Art.19.- La Unidad solicitante previo a la contratación y cuando sea necesario, está obligada a considerar los efectos que sobre el medio ambiente pueda causar la realización de las obras públicas, tomando en cuenta la evaluación de impacto ambiental realizada por la autoridad competente.

Los proyectos deberán apegarse a lo establecido en los permisos y autorizaciones correspondientes emitidos por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales y las instituciones del Estado que tengan atribuciones en la materia.

Asimismo, las Unidades solicitantes deberán disponer de lo necesario para la conservación del patrimonio cultural de conformidad a la Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural de El Salvador y su respectivo Reglamento”.

**Ley de la Corte de Cuentas de la República,** establece:

#### **“Responsabilidades en procesos contractuales**

Art. 100.- Los funcionarios y empleados que dirijan los procesos previos a la celebración de los contratos de construcción, suministro, asesoría o servicios al gobierno y demás

entidades a que se refiere al Art. 3 de esta Ley, serán responsables por lo apropiado y aplicable de las especificaciones técnicas y por su legal celebración. (...)

**Ley del Medio Ambiente**, establece que:

“Art. 19.- Para el inicio y operación, de las actividades, obras o proyectos definidos en esta ley, deberán contar con un permiso ambiental. Corresponderá al Ministerio emitir el permiso ambiental, previa aprobación del estudio de impacto ambiental.”

**Ley Especial al Patrimonio Cultural de El Salvador**, establece que:

“Art. 8.- párrafo segundo, Los Planes de desarrollo urbanos y rurales, los de obras públicas en general y los de construcciones o restauraciones privadas que de un modo u otro se relacionan con un bien cultural inmueble serán sometidos por la entidad responsable de la obra a la autorización previa del Ministerio a través de sus respectivas dependencias”.

**ORDENANZA MUNICIPAL PARA EL CONTROL Y PROTECCIÓN DE RECURSOS FORESTALES E HÍDRICOS DEL MUNICIPIO DE SAN LUIS DE LA REINA, DEPARTAMENTO DE SAN MIGUEL**, establece:

“Art. 15.- A efectos de proteger las fuentes de agua y sus soportes se establecen las siguientes medidas preventivas:

I. Cualquier actividad obra o proyecto que tenga que ver con el uso, disponibilidad y aprovechamiento del recurso hídrico, deberá contar con el aval de la Municipalidad de SAN LUIS DE LA REINA.

Art. 21.- Constituyen contravenciones a la Presente Ordenanza, las acciones u omisiones cometidas por personas naturales o jurídicas las siguientes:

e. Iniciar actividades, obras o proyectos que afecten medios acuáticos de cualquier naturaleza, sin haber obtenido los permisos administrativos correspondientes, inclusive el permiso de esta municipalidad”.

**ORDENANZA PARA LA PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE DEL MUNICIPIO DE LA VILLA DE CAROLINA, DEPARTAMENTO DE SAN MIGUEL**, establece:

“Art. 10.- Del permiso municipal

La persona, empresa o institución que realice obras que puedan afectar el cauce de los ríos, quebradas, y el medio ambiente; en el desarrollo un fin lícito y compatible con el mantenimiento del ecosistema, deberá solicitar el permiso al Alcalde Municipal, debiendo haber obtenido previamente el permiso extendido por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, y cuando fuere pertinente los extendidos por el Ministerio de agricultura y Ganadería conforme a la Ley de Riego y Avenamiento.

Alcalde llevará un registro detallado de las personas, instituciones y empresas a las que se les haya otorgado tales permisos, y una resolución técnica que sustente la decisión de la autorización, debiendo especificarse los usos para los que ha autorizado la utilización del agua, los períodos de tiempo durante los que hará dicho uso, y el caudal que se destinará para tal fin”.

La deficiencia se debe a que la Junta Directiva, el Coordinador de Proyectos, el Director del Proyecto y el Jefe UACI, realizaron los procesos de contratación relacionados con el proyecto en su rediseño, sin contar con los permisos actualizados de las autoridades competentes, necesarias para los actos preparatorios.

No contar con los permisos actualizados por las autoridades competentes, pueden generar la imposición de sanciones por las instancias otorgantes de los permisos.

### **COMENTARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN**

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibió comentarios del Presidente de CEL, quien expresa lo siguiente:**

“Determinamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinició en el año 2015 y continuó posterior a esa fecha la ejecución del proyecto Hidroeléctrico El Chaparral en el nuevo eje, sin contar de manera previa con la actualización de los permisos ambientales y de construcción; según el siguiente detalle:

- a) El permiso del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (MARN), para el rediseño, fue otorgado mediante resolución No. 1256-624-2016, hasta el 10 de agosto de 2016.
- b) El permiso de la Secretaria de Cultura de la presidencia (SECULTURA, antes CONCULTURA) modificado en 2014, se refiere a seguimientos a las condiciones o recomendaciones de resoluciones de permisos anteriores que corresponden al primer diseño de la presa, por consiguiente, no contiene los nuevos elementos del rediseño.
- c) La actualización de los permisos de las Alcaldías Municipales de San Luís de la Reina y Carolina del Departamento de San Miguel, fueron solicitados con posterioridad al reinicio de las obras hasta el 01 de abril de 2016.

...

La deficiencia se debe a que la Junta Directiva, el Coordinador de Proyectos, el Director del Proyecto y el Jefe de UACI, realizaron el proceso de adquisiciones y su aprobación para la ejecución del proyecto en su rediseño, sin contar con los permisos actualizados de las autoridades competentes, necesarias para los actos preparatorios.

No contar con los permisos actualizados por las autoridades competentes, para el rediseño del proyecto, genera incumplimientos legales, así como que las instituciones responsables de otorgar los permisos impongan multas o sanciones por incumplimiento a sus normativas”.

Al igual que en el hallazgo antes citado, el alcance del examen especial es **aspectos legales y técnicos aplicables a las contrataciones directas adjudicadas en el año 2015**, y en el romano II. Procedimientos de auditoría Aplicados, se detalla que fueron 5 los expedientes examinados de contrataciones directas, por lo que de conformidad al principio de legalidad a ellos me referiré.

De los expedientes examinados por ustedes, se advierte que dos son de servicios, uno de suministros y dos de estudios geológicos, y ninguno de obra, por lo que en art. 105 de la LACAP no es aplicable como criterio, asimismo ninguno se refiere a la ejecución material de algún trabajo que tenga un impacto en relación a los permisos.

Como reitero en esta respuesta, en mi calidad de Director de la Junta Directiva, que todo lo relacionado a los actos preparatorios o requisitos previos (permisos) necesarios para el inicio del proceso de adquisición **son responsabilidad de las dependencias solicitantes**, conforme lo establecido en la LACAP en sus artículos 19 inc. 2, 20 bis, en sus letras c y g; y en el Reglamento de esta Ley en sus artículos 18, 19 y 20 en su tercer inciso en relación a los artículos 59 Inciso 1 y 100 inciso 1 de la Ley de la Corte de Cuentas, todo antes transcritos.

Ante esta respuesta los comentarios que he recibido de los auditores son:

"Analizados los comentarios presentados por el Presidente de la Institución y los Directores Propietarios de la Junta Directiva (Lic. José Eduardo Aguilar Molina y Dr. Carlos Humberto Henríquez López) en lo cual manifiestan que todo lo relacionado a los actos preparatorios del proceso de contratación corresponde a la Unidad solicitante y que son ellos los responsables, se considera que es responsabilidad de ellos pero también la LACAP establece en su art. 19 inciso primero "El Titular será responsable solidariamente por la actuación de sus subalternos en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley; asimismo, en su caso deberá iniciar los procedimientos e imponer las sanciones que la misma establece, sin perjuicio de deducir la responsabilidad penal si la hubiere". Por lo que es parte de su responsabilidad velar que se estén llevando a cabo de forma correcta los procesos de contratación, por lo tanto, la observación se mantiene."

Con lo anterior no estoy de acuerdo, la presunta deficiencia notificada fue en carácter general y sobre la misma planteé mis comentarios y prueba de defensa, lo cual mantengo y cuya respuesta en este borrador de informe fue que *"corresponde a la Unidad solicitante y que son ellos los responsables"*, lo cual paso a desarrollar en el siguiente párrafo.

Respecto a que es parte de mi responsabilidad velar que se estén llevando a cabo *de forma correcta los procesos de contratación*, y señalan el art. 19 inciso 1º de la LACAP se establece en lo pertinente *"la responsabilidad solidaria de forma general respecto a la actuación de los subalternos"*, esta es una regla general, ya que en el inciso 2º, se establece una excepcionalidad señalando específicamente: **que los subalternos que tuvieron a su cargo los actos preparatorios de las adquisiciones y contrataciones**,

asi como lo relacionado con la vigilancia de su ejecución y liquidación, RESPONDERÁN PERSONALMENTE por las infracciones o delitos que ellos cometieren, en ocasión de los actos regulados en esta LACAP, es decir que claramente establece que existirá **RESPONSABILIDAD PERSONAL (NO SOLIDARIA)** respecto a las infracciones que cometieren en materia de actos preparatorios, y para determinar quiénes son los encargados de los actos preparatorios el art. 20 bis de la LACAP señala claramente cuáles son sus responsabilidades y quienes las conforman, y en ningún momento se encuentra relacionada que corresponde al titular la vigilancia, verificación o seguimiento de esos actos, y esto tiene relación directa con el art. 100 de la Ley de la Corte de Cuentas que establece la responsabilidad en procesos contractuales, señalando claramente que los funcionarios o empleados que dirijan los procesos previos a la celebración de los contratos, serán responsables por lo apropiado y aplicable de las especificaciones técnicas y por su legal celebración; y que los encargados de **supervisar, controlar o calificar (en ningún momento dice adjudicar)** tales contratos responderán solidariamente con los responsables directos, y además éste artículo SEÑALA UNA COMPETENCIA ESPECIAL CUANDO DICE: "PARA TALES EFECTOS, LA CORTE EJERCERÁ JURISDICCIÓN SOBRE LAS PERSONAS MENCIONADAS", lo cual robustece la independencia entre el inciso 1º y el 2º del art. 19 de la LACAP.

La aplicación del art. 100 de la Ley de la Corte de Cuentas tiene total relación con el título III, capítulo I, de la determinación de responsabilidades de la misma Ley, señalando en el art. 53 que la Corte es la competente para establecer responsabilidades y a partir del art. 57 establece los grados de responsabilidad, clasificándola en directa, principal, conjunta o solidaria, subsidiaria y acción u omisión; para el caso que nos ocupa, el art. 59 define que "*habrá responsabilidad conjunta cuando dos o más personas aparezcan como coautores del mismo acto administrativo que haya generado la responsabilidad, será solidaria cuando la Ley lo determine*". como es el caso del art. 100 o del Artículo 19 Inc. 1; no así en el inciso 2 en el cual se exceptúa solidaridad al utilizar el término: "RESPONDERÁN PERSONALMENTE".

En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Director Suplente [REDACTED]

[REDACTED] en sus comentarios expresa:

"Determinamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, (CEL), reinicio en el año 2015 y continuo posterior a esa fecha la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral en el nuevo eje, sin contar de manera previa con la actualización de los permisos ambientales y de construcción según el siguiente detalle:

- a) El permiso del Ministerio de Medio y Recursos Naturales (MARN), para el rediseño, fue otorgado mediante Resolución No. 1256-624-2016, hasta el 10 de agosto de 2016.
- b) El permiso de la Secretaría de la Cultura de la Presidencia (SECULTURA, antes CONCULTURA) modificado en 2014, se refiere a seguimientos a las condiciones o recomendaciones de resoluciones de permisos anteriores, que corresponden al primer diseño de la presa, por consiguiente, no contiene los nuevos elementos del rediseño.

c) **La actualización de los permisos de las Alcaldías Municipales de San Luís de la Reina y Carolina del departamento de San Miguel, fueron solicitados con posterioridad del inicio de las obras hasta el 01 de abril de 2016**". (Los subrayados son míos)

Es importante reiterar en primer lugar que toda actuación de la administración pública está sometido al principio de legalidad el cual condiciona a que las actuaciones de esta deberán estar respaldadas con una habilitación legal, dicho de otra manera, la administración solo puede hacer lo que la Ley expresamente le manda. El equipo de auditores de la Corte de Cuentas del presente Examen Especial no son la excepción a esta regla, es decir que están sometidos al principio de legalidad que define que sus actuaciones deben estar vinculadas a normas que habiliten el alcance sobre el cual serán competentes en pronunciarse.

También es importante mencionar que otro requisito que debe cumplir el equipo de auditoría es identificar el incumplimiento de una disposición legal -específica y pertinente- por parte de la institución auditada, para que se produzca un señalamiento, una observación, o un hallazgo con validez jurídica. Este requisito excluye la posibilidad que el equipo de auditoría interprete o yerre en la identificación de la norma incumplida. Es importante señalar que este elemento es una condición indispensable para que el servidor público pueda ejercer su derecho de defensa que se verá involucrado como resultado de la función sancionadora que desarrolla el equipo de auditoría de la Corte de Cuentas.

En el presente caso en concreto, identificamos que el equipo de Auditoría ha señalado erradamente las disposiciones siguientes:

Art. 19 Inc. 2 LACAP:

"Los subalternos que tuvieren a su cargo los actos preparatorios de las adquisiciones y contrataciones, así como lo relacionado con la vigilancia de su ejecución y liquidación, responderán personalmente por las infracciones o delitos que ellos cometieren, en ocasión de los actos regulados en esta Ley".

**Art. 105 LACAP Requisitos para el Contrato de Obra**

"Las obras que la administración pública deba construir o reparar, deberán contar por lo menos con tres componentes, los cuales serán: a) el diseño; b) la construcción; y c) la supervisión. Dichos componentes, deberán ser ejecutadas por personas naturales o jurídicas diferentes para cada fase. Excepcionalmente, el titular de la institución podrá razonar mediante una resolución, que la obra por su naturaleza o complejidad, sea diseñada y construida por el mismo contratista. Dicha resolución deberá ser conocida, según el caso, por el Consejo de Ministros, el Concejo Municipal, las Juntas Directivas de las Instituciones y Empresas Estatales de Carácter Autónoma, inclusive la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL) y el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS), la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa y la Corte Suprema de Justicia, antes de proceder a convocar la licitación correspondiente.

En los contratos a que se refiere el inciso anterior, se acordará a precio firme toda la obra o en casos muy complejos, se podrá establecer a precio firme la superestructura y a precio unitario la subestructura o las obras a ejecutarse en el sub-suelo. En lo pactado a precio firme se prohíbe la introducción de órdenes de cambio y ajustes de precio, el plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo en los casos de fuerza mayor o caso fortuito. En lo pactado a precio unitario se pagará por obra ejecutada, la cual podrá modificarse mediante orden de cambio y no excederá del 20% de lo pactado a precio unitario.

Los contratos para la construcción de obras que la Administración Pública deba formalizar, sean de diseño, construcción o supervisión, deberán incluir en sus respectivos instrumentos contractuales, además de lo señalado en el artículo anterior lo siguiente:

- a) La autorización ambiental, de salud, municipal o cualquier otra que por su naturaleza la obra necesita antes de iniciar su construcción;
- b) El estudio previo que se realizó y que demostró la factibilidad de la obra. Si el constructor no teniendo intervención en el diseño, o el supervisor de la obra, manifiesta su desacuerdo con el diseño proporcionado por la institución, podrá dentro del proceso de licitación respectivo, presentar una opción más favorable para la obra a contratar. El plazo y etapa para dicha presentación se regulará en las bases de licitación;
- c) La declaración del contratista o contratistas, que conoce y está de acuerdo con el diseño proporcionado por la institución, siendo factible realizarlo con los materiales, precio y plazo convenido;
- d) Cualquier otra que se establezca en el Reglamento de la presente Ley, bases de licitación o especificaciones técnicas”.

#### RELACAP

#### **VERIFICACIÓN DE PERMISOS Y LICENCIAS.**

“**Art. 18.-** La Unidad solicitante, previo a la contratación, deberá obtener de las autoridades competentes los dictámenes, permisos, licencias, derechos de propiedad intelectual y demás necesarios para la ejecución de los contratos, cuando legalmente sea procedente, salvo que, por su naturaleza, corresponda al contratista tramitarlos o que, en los términos de referencia, especificaciones técnicas o bases de licitación o concurso, se estipulare previamente”.

#### **“ELABORACIÓN DE INSTRUMENTOS DE CONTRATACIÓN Art. 20.-**

..

La Unidad solicitante definirá objeto, cantidad, calidad, especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras, bienes y servicios, valores estimados, condiciones específicas de administración de los contratos y la necesidad, en su caso, de permisos administrativos, incluyendo ambientales y de salud; y el Jefe UACI o la persona que éste designe, verificará los requisitos legales, administrativos y financieros que serán solicitados y el procedimiento de contratación para cada una de las situaciones que lo requieran”.

En este caso, señalamos que las normas indicadas como incumplidas por el equipo de auditoría no son aplicables o pertinentes a los casos sometidos al Examen Especial, cuyo objeto contractual es la de asesoría, realización de estudios y el suministro de bienes el cual bajo el principio de tipicidad no encajan en el artículo 105 el cual se refiere a realización de diseño, construcción y supervisión, son requisitos exigibles para cumplir el CONTRATO LLAVE EN MANO; bajo el principio de transparencia en nuestra defensa presentamos la lista de las contrataciones objeto del examen, en el que se agregan los objetos contractuales en cada una.

Categoricamente se expone que el equipo de Auditoría, ha hecho una mala interpretación al intentar vincular o señalar como norma incumplida, el artículo 105 LACAP que aplica UNICAMENTE PARA LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO (OBRA PÚBLICA), cuando el objeto del examen es evaluar el cumplimiento de los requisitos legales aplicables a 5 CONTRATACIONES DIRECTAS CUYO OBJETO CONTRACTUAL NO CABEN NI EN LA CONDICIÓN DE OBRA PÚBLICA NI EN LA CONDICIÓN DE LLAVE EN MANO.

Por lo anterior se advierte, que en el caso en análisis se ha configurado la ruptura del principio de legalidad por parte del equipo de auditores de la Corte de Cuentas, principio de legalidad consagrado en el artículo 86 inciso final de nuestra Constitución de la República, en tanto el equipo auditor procedió por sí a determinar aspectos fuera del alcance del examen especial: pues la apreciación o interpretación de considerar la necesidad de contar con permisos ambientales, municipales, etc. solo puede aplicar si el objeto del examen fuera evaluar el cumplimiento aspectos legales del Proyecto Hidroeléctrico en su contexto general, pero esto no es el objetivo del Examen Especial EL OBJETO DEL EXAMEN ESPECIAL ES LA EVALUACIÓN DE LOS REQUISITOS LEGALES APLICABLES A CINCO PROCESOS DE CONTRATACIÓN DIRECTA Y LA EJECUCIÓN EN EL PERÍODO DETERMINADO.

Si el examen se mantiene dentro de los límites legales, deben coincidir los requisitos legales al tipo de contrato a ser auditado, en este caso las contrataciones directas y la ejecución de estos contratos, no puede el equipo de auditoría homologar sin base legal alguna de los requisitos que la Ley pone para un Contrato Llave en Mano o de Obra Pública, a un contrato de Suministro o a un contrato de Consultoría, caso contrario se violaría en principio de legalidad y tipicidad al concluir, un hallazgo que está fuera del marco legal (artículo 105 LACAP)

Por todo lo antes indicado, manifestamos que los ÚNICOS CONTRATOS sobre los cuales el equipo de auditoría puede pronunciarse o evaluar son las 5 Contrataciones Directas antes identificadas, los cuales no son contratos de obras y por tanto no corresponde aplicar el artículo 105 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LACAP.

Así mismo, procederemos no obstante lo anterior a reiterar que los permisos del Proyecto El Chaparral se encuentran en debida forma:

### **Literal a) Permiso Ambiental**

El criterio utilizado por el equipo auditor, trata de establecer que reiniciar los trabajos de construcción (interrumpidos por causas no imputables a CEL, como es el proceso de investigación por parte de la FGR al proyecto El Chaparral), requería el nuevo permiso ambiental. Dicha aseveración carece de base legal, ya que CEL está ejecutando la misma obra, que dicho sea de paso es de interés nacional. El ente rector que otorga el permiso de medio ambiente, requerido en la Ley no ha emitido un acto administrativo que expresa o presuntamente establezca que CEL requería de un nuevo permiso ambiental al reiniciar los trabajos.

Con lo anterior, queda demostrado que al reiniciar la ejecución del proyecto no ha existido ninguna norma incumplida; pues no existe como tal un permiso ambiental para el rediseño y tal concepto no tiene fundamento en la Ley.

El enfoque de la observación hecha por el Equipo Auditor, atribuyendo falta de permiso ambiental por haber optado CEL por un eje alternativo en la construcción de la obra, por convenir así a los intereses de la institución, no supone ningún incumplimiento al Art. 105 de la LACAP.

El numeral 5 del Permiso Ambiental Resolución MARN No. 1256-2008 establece que: "Será responsabilidad del titular, corregir cualquier impacto negativo significativo originado por las actividades no contemplada en el EsIA y su documentación conexas".

CEL no incurrió en ninguna infracción por el hecho de la existencia de la Resolución MARN No. 1256-624-2016, de fecha 10 de agosto de 2016 ya que no se está contraviniendo lo establecido en el Permiso Ambiental (artículo 86 literales a) y c) de la LMA), se ha cumplido con el deber de prevención y precaución cumpliendo con el artículo 2 y 117 de la Constitución. Es de aclarar que el MARN en el Permiso Ambiental avala el Proyecto, y no debe éste actualizarse o modificarse en atención a realizar una actividad concreta como es la construcción del eje en específico.

**Respecto al literal b**, permiso de la Secretaría de la Cultura de la Presidencia (SECULTURA, antes CONCULTURA) modificado en 2014, se refiere a seguimientos a las condiciones o recomendaciones de resoluciones de permisos anteriores, que corresponden al primer diseño de la presa, por consiguiente, no contiene los nuevos elementos del rediseño. En la fase de formulación del Estudio de Impacto Ambiental del Impacto ambiental específicamente en el apartado 4.3.11 y 4.3.12 se efectuó una investigación orientada a identificar los componentes de patrimonio arqueológico, históricos, culturales y paleontológico presente en la zona de influencia directa del proyecto y sitios aledaños en las Jurisdicciones de San Luis de La Reina, Carolina y San Antonio.

Por lo que presenta documentación de respaldo de las gestiones realizadas a la fecha ante dicha Secretaría.

El Arreglo General Ajustado del Proyecto, considera el desplazamiento del eje de presa 670 metros aproximadamente hacia aguas arriba de su anterior ubicación, sin intervenir ni impactar nuevas áreas más allá de las declaradas como área de influencia directa del Proyecto Hidroeléctrico, al contrario, habrá una disminución en el área inundar entre la ubicación del anterior eje de presa y el actual.

Dicho lo anterior, es importante recapitular que las prospecciones en superficie que se realizaron en coordinación con personal técnico de SECULTURA (antes CONCULTURA), además de los estudios y prospecciones realizadas por CEL a través de contratación de servicios y Convenios, que sirvieron de base para investigaciones y rescates posteriores en sitios de interés arqueológico y paleontológico han sido sobre el área proyectada a inundar con el futuro embalse; "los nuevos elementos del rediseño" se circunscriben en dicha área, por lo cual no se ha intervenido en otras que no hayan sido consideradas en el permiso actual y vigente.

**Con respecto al literal c del supuesto hallazgo 2**, que responde a la actualización de los permisos de las Alcaldías Municipales de San Luis de la Reina y Carolina del Departamento de San Miguel, fueron solicitados con posterioridad al reinicio de las obras en fecha 01/04/2016.

La Municipalidad de San Luis de la Reina otorgó a CEL una licencia de construcción para la Central Hidroeléctrica El Chaparral, estableciendo que debía pagarse a la comuna en concepto de tasas por servicios jurídicos de emisión de la licencia contra el pago de la suma de \$1,729,206.82 más el 5% de fiestas patronales.

CEL pagó la suma requerida e inició la construcción, sin embargo, posteriormente la Municipalidad requirió un pago complementario en razón NO al cambio del eje sino al incremento del monto de la obra en la jurisdicción lo cual NO puede tomarse como una nueva licencia, pues los efectos jurídicos previstos para este tributo no son previstos de esa manera.

Por lo antes expuesto solicito tener por evacuada mi explicación y comentario ante la supuesta deficiencia y con base en las explicaciones tenga por desvanecido dicho supuesto Hallazgo".

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron comentarios del Director Propietario [REDACTED] quien manifiesta lo siguiente:**

"... Es importante reiterar en primer lugar que toda actuación de la administración pública está sometido al principio de legalidad el cual condiciona a que las actuaciones de esta deberán estar respaldadas en una habilitación legal, dicho de otra manera, la administración solo puede hacer lo que la Ley expresamente le manda. El equipo de auditores de la Corte de Cuentas del presente examen especial no son la excepción a esta regla, es decir que están sometidos al principio de legalidad que define que sus actuaciones deben estar vinculadas a normas que habiliten el alcance sobre el cual serán

competentes en pronunciarse, verificando la aplicación correcta y fehaciente de una disposición legal, concluye que la administración pública ha omitido o errado en la aplicación de dicha disposición legal.

También es importante mencionar que otro requisito que debe cumplir el equipo de auditoría es identificar el incumplimiento de una disposición legal -específica y pertinente- por parte de la institución auditada, para se produzca un señalamiento, una observación, o un hallazgo con validez jurídica. Este requisito excluye la posibilidad que el equipo de auditoría interprete o yerre en la identificación de la norma incumplida. Es importante señalar que este elemento es una condición indispensable para que el servidor público pueda ejercer su derecho de defensa que se verá involucrado como resultado de la función sancionadora que desarrolla el equipo de auditoría de la Corte de Cuentas.

En el presente caso en concreto, identificamos que el equipo de Auditoría ha señalado erradamente las disposiciones siguientes:

...

En este caso, señalamos que las normas indicadas como incumplidas por el equipo de auditoría no son aplicables o pertinentes a los casos sometidos al Examen Especial respecto a la lista de las contrataciones directas identificadas por el equipo auditor, que a continuación copio conforme al informe; por las razones que argumentaré luego de verificar lo siguiente:

...

1) ARTÍCULO 105 LACAP: ESTE ARTÍCULO SE REFIERE A LOS REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL CONTRATO LLAVE EN MANO ESTE ARTÍCULO SEÑALA COMO REQUISITO PREVIO A LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO LLAVE EN MANO QUE SE CUENTE CON LOS PERMISOS AMBIENTALES.....

Categorícamente se expone que el equipo de Auditoría, ha cometido un grave error al intentar vincular un señalamiento o presunto Hallazgo al artículo 105 que aplica ÚNICAMENTE PARA LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO (OBRA PÚBLICA), cuando el objeto del examen se trata de evaluar el cumplimiento de los requisitos legales de 5 CONTRATACIONES DIRECTAS CUYO OBJETO CONTRACTUAL NO CABEN NI EN LA CONDICION DE OBRA PÚBLICA NI EN LA CONDICIÓN DE LLAVE EN MANO.

Por lo anterior se advierte, que en el caso en análisis se ha configurado la ruptura del principio de legalidad por parte del equipo de auditores de la Corte de Cuentas, principio de legalidad consagrado en el artículo 86 inciso final de nuestra Constitución de la República, en tanto el equipo auditor procedió por sí a determinar aspectos fuera del alcance del examen especial; pues la apreciación o interpretación de considerar la necesidad de contar con permisos ambientales, municipales, etc. solo puede aplicar SI se evalúa el cumplimiento de los requisitos del Proyecto Hidroeléctrico, pero esto no es el objetivo del Examen Especial EL OBJETO DEL EXAMEN ESPECIAL ES LA EVALUACIÓN DE LOS REQUISITOS LEGALES APLICABLES A CINCO PROCESOS DE CONTRATACIÓN DIRECTA Y LA EJECUCIÓN EN EL PERIODO DETERMINADO.

Si el examen se mantiene dentro de los límites legales, deben coincidir los requisitos legales al tipo de contrato a ser auditado, en este caso las contrataciones directas y la ejecución de estos contratos, no puede el equipo de auditoría homologar sin base legal alguna los requisitos que la Ley pone para un Contrato Llave en Mano o de Obra Pública, a un contrato de Suministro o a un contrato de Consultoría.

Por todo lo antes indicado, manifestamos que los ÚNICOS CONTRATOS sobre los cuales el equipo de auditoría puede pronunciarse o evaluar son las 5 Contrataciones Directas antes identificadas, los cuales no son contratos de obras y por tanto no corresponde aplicar el artículo 105 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LACAP.

#### **Literal a) Permiso Ambiental**

El criterio utilizado por el equipo auditor, trata de establecer que reiniciar los trabajos de construcción (interrumpidos por causas no imputables a CEL, como es el proceso de investigación por parte de la FGR al proyecto El Chaparral), requería el nuevo permiso ambiental. Dicha aseveración carece de base legal, ya que CEL está ejecutando la misma obra, que dicho sea de paso es de interés nacional. El ente rector que otorga el permiso de medio ambiente, requerido en la Ley no ha emitido un acto administrativo que expresa o presuntamente establezca que CEL requería de un nuevo permiso ambiental al reiniciar los trabajos.

Con lo anterior, queda demostrado que al reiniciar la ejecución del proyecto no ha existido ninguna norma incumplida; pues no existe como tal un permiso ambiental para el rediseño y tal concepto no tiene fundamento en la Ley.

El enfoque de la observación hecha por el Equipo Auditor, atribuyendo falta de permiso ambiental por haber optado CEL por un eje alternativo en la construcción de la obra, por convenir así a los intereses de la institución, no supone ningún incumplimiento al Art. 105 de la LACAP.

El numeral 5 del Permiso Ambiental Resolución MARN No. 1256-2008 establece que "Será responsabilidad del titular, corregir cualquier impacto negativo significativo originado por las actividades no contemplada en el EsIA y su documentación conexas". CEL no incurrió en ninguna infracción por el hecho de la existencia de la Resolución MARN No. 1256-624-2016, de fecha 10 de agosto de 2016 ya que no se está contraviniendo lo establecido en el Permiso Ambiental (artículo 86 literales a) y c) de la LMA), se ha cumplido con el deber de prevención y precaución cumpliendo con el artículo 2 y 117 de la Constitución. Es de aclarar que el MARN en el Permiso Ambiental avala el Proyecto, y no debe éste actualizarse o modificarse en atención a realizar una actividad concreta como es la construcción del eje en específico.

**Respecto al literal b**, permiso de la Secretaría de la Cultura de la Presidencia (SECULTURA, antes CONCULTURA) modificado en 2014, se refiere a seguimientos a las condiciones o recomendaciones de resoluciones de permisos anteriores, que corresponden al primer diseño de la presa, por consiguiente, no contiene los nuevos

elementos del rediseño. En la fase de formulación del Estudio de Impacto Ambiental del Impacto ambiental específicamente en el apartado 4.3.11 y 4.3.12 se efectuó una investigación orientada a identificar los componentes de patrimonio arqueológico, históricos, culturales y paleontológico presente en la zona de influencia directa del proyecto y sitios aledaños en las Jurisdicciones de San Luis de La Reina, Carolina y San Antonio.

Por lo que presenta documentación de respaldo de las gestiones realizadas a la fecha ante dicha Secretaría.

El Arreglo General Ajustado del Proyecto, considera el desplazamiento del eje de presa 670 metros aproximadamente hacia aguas arriba de su anterior ubicación, sin intervenir ni impactar nuevas áreas más allá de las declaradas como área de influencia directa del Proyecto Hidroeléctrico, al contrario, habrá una disminución en el área inundar entre la ubicación del anterior eje de presa y el actual.

Dicho lo anterior, es importante recapitular que las prospecciones en superficie que se realizaron en coordinación con personal técnico de SECULTURA (antes CONCULTURA), además de los estudios y prospecciones realizadas por CEL a través de contratación de servicios y Convenios, que sirvieron de base para investigaciones y rescates posteriores en sitios de interés arqueológico y paleontológico han sido sobre el área proyectada a inundar con el futuro embalse; “los nuevos elementos del rediseño” se circunscriben en dicha área, por lo cual no se ha intervenido en otras que no hayan sido consideradas en el permiso actual y vigente.

**Con respecto al literal c del supuesto hallazgo 2**, que responde a la actualización de los permisos de las Alcaldías Municipales de San Luis de la Reina y Carolina del Departamento de San Miguel, fueron solicitados con posterioridad al reinicio de las obras en fecha 01/04/2016.

La Municipalidad de San Luis de la Reina otorgó a CEL una licencia de construcción para la Central Hidroeléctrica El Chaparral, estableciendo que debía pagarse a la comuna en concepto de tasas por servicios jurídicos de emisión de la licencia contra el pago de la suma de \$1,729.206.82 más el 5% de fiestas patronales.

CEL pagó la suma requerida e inició la construcción, sin embargo, posteriormente la Municipalidad requirió un pago complementario en razón NO al cambio del eje sino al incremento del monto de la obra en la jurisdicción lo cual NO puede tomarse como una nueva licencia, pues los efectos jurídicos previstos para este tributo no son previstos de esa manera.

Por lo antes expuesto solicito tener por evacuada mi explicación y comentario ante la supuesta deficiencia y con base en las explicaciones tenga por desvanecido dicho supuesto Hallazgo”.

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron comentarios del Director Propietario [REDACTED] quien manifiesta lo siguiente:**

“...Es importante reiterar en primer lugar que toda actuación de la administración pública está sometido al principio de legalidad el cual condiciona a que las actuaciones de esta deberán estar respaldadas en una habilitación legal, dicho de otra manera, la administración solo puede hacer lo que la Ley expresamente le manda. El equipo de auditores de la Corte de Cuentas del presente examen especial no son la excepción a esta regla, es decir que están sometidos al principio de legalidad que define que sus actuaciones deben estar vinculadas a normas que habiliten el alcance sobre el cual serán competentes en pronunciarse, verificando la aplicación correcta y fehaciente de una disposición legal, concluye que la administración pública ha omitido o errado en la aplicación de dicha disposición legal.

También es importante mencionar que otro requisito que debe cumplir el equipo de auditoría es identificar el incumplimiento de una disposición legal -específica y pertinente- por parte de la institución auditada, para se produzca un señalamiento, una observación, o un hallazgo con validez jurídica. Este requisito excluye la posibilidad que el equipo de auditoría interprete o yerre en la identificación de la norma incumplida. Es importante señalar que este elemento es una condición indispensable para que el servidor público pueda ejercer su derecho de defensa que se verá involucrado como resultado de la función sancionadora que desarrolla el equipo de auditoría de la Corte de Cuentas.

En el presente caso en concreto, identificamos que el equipo de Auditoría ha señalado erradamente las disposiciones siguientes:

...

En este caso, señalamos que las normas indicadas como incumplidas por el equipo de auditoría no son aplicables o pertinentes a los casos sometidos al Examen Especial respecto a la lista de las contrataciones directas identificadas por el equipo auditor, que a continuación copio conforme al informe; por las razones que argumentaré luego de verificar lo siguiente:

...

1) ARTÍCULO 105 LACAP: ESTE ARTÍCULO SE REFIERE A LOS REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL CONTRATO LLAVE EN MANO ESTE ARTÍCULO SEÑALA COMO REQUISITO PREVIO A LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO LLAVE EN MANO QUE SE CUENTE CON LOS PERMISOS AMBIENTALES.....

Categoricamente se expone que el equipo de Auditoría, ha cometido un grave error al intentar vincular un señalamiento o presunto Hallazgo al artículo 105 que aplica ÚNICAMENTE PARA LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO (OBRA PÚBLICA), cuando el objeto del examen se trata de evaluar el cumplimiento de los requisitos legales de 5 CONTRATACIONES DIRECTAS CUYO OBJETO CONTRACTUAL NO CABEN NI EN LA CONDICION DE OBRA PÚBLICA NI EN LA CONDICIÓN DE LLAVE EN MANO.

Por lo anterior se advierte, que en el caso en análisis se ha configurado la ruptura del principio de legalidad por parte del equipo de auditores de la Corte de Cuentas, principio

de legalidad consagrado en el artículo 86 inciso final de nuestra Constitución de la República, en tanto el equipo auditor procedió por sí a determinar aspectos fuera del alcance del examen especial; pues la apreciación o interpretación de considerar la necesidad de contar con permisos ambientales, municipales, etc. solo puede aplicar SI se evalúa el cumplimiento de los requisitos del Proyecto Hidroeléctrico, pero esto no es el objetivo del Examen Especial EL OBJETO DEL EXAMEN ESPECIAL ES LA EVALUACIÓN DE LOS REQUISITOS LEGALES APLICABLES A CINCO PROCESOS DE CONTRATACIÓN DIRECTA Y LA EJECUCIÓN EN EL PERÍODO DETERMINADO.

Si el examen se mantiene dentro de los límites legales, deben coincidir los requisitos legales al tipo de contrato a ser auditado, en este caso las contrataciones directas y la ejecución de estos contratos, no puede el equipo de auditoría homologar sin base legal alguna los requisitos que la Ley pone para un Contrato Llave en Mano o de Obra Pública, a un contrato de Suministro o a un contrato de Consultoría.

Por todo lo antes indicado, manifestamos que los ÚNICOS CONTRATOS sobre los cuales el equipo de auditoría puede pronunciarse o evaluar son las 5 Contrataciones Directas antes identificadas, los cuales no son contratos de obras y por tanto no corresponde aplicar el artículo 105 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LACAP.

#### **Literal a) Permiso Ambiental**

El criterio utilizado por el equipo auditor, trata de establecer que reiniciar los trabajos de construcción (interrumpidos por causas no imputables a CEL, como es el proceso de investigación por parte de la FGR al proyecto El Chaparral), requería el nuevo permiso ambiental. Dicha aseveración carece de base legal, ya que CEL está ejecutando la misma obra, que dicho sea de paso es de interés nacional. El ente rector que otorga el permiso de medio ambiente, requerido en la Ley no ha emitido un acto administrativo que expresa o presuntamente establezca que CEL requería de un nuevo permiso ambiental al reiniciar los trabajos.

Con lo anterior, queda demostrado que al reiniciar la ejecución del proyecto no ha existido ninguna norma incumplida; pues no existe como tal un permiso ambiental para el rediseño y tal concepto no tiene fundamento en la Ley.

El enfoque de la observación hecha por el Equipo Auditor, atribuyendo falta de permiso ambiental por haber optado CEL por un eje alternativo en la construcción de la obra, por convenir así a los intereses de la institución, no supone ningún incumplimiento al Art. 105 de la LACAP.

El numeral 5 del Permiso Ambiental Resolución MARN No. 1256-2008 establece que "Será responsabilidad del titular, corregir cualquier impacto negativo significativo originado por las actividades no contemplada en el EsIA y su documentación conexas". CEL no incurrió en ninguna infracción por el hecho de la existencia de la Resolución MARN No. 1256-624-2016, de fecha 10 de agosto de 2016 ya que no se está contraviniendo lo establecido en el Permiso Ambiental (artículo 86 literales a) y c) de la

LMA), se ha cumplido con el deber de prevención y precaución cumpliendo con el artículo 2 y 117 de la Constitución. Es de aclarar que el MARN en el Permiso Ambiental avala el Proyecto, y no debe éste actualizarse o modificarse en atención a realizar una actividad concreta como es la construcción del eje en específico.

**Respecto al literal b**, permiso de la Secretaría de la Cultura de la Presidencia (SECULTURA, antes CONCULTURA) modificado en 2014. se refiere a seguimientos a las condiciones o recomendaciones de resoluciones de permisos anteriores, que corresponden al primer diseño de la presa, por consiguiente, no contiene los nuevos elementos del rediseño. En la fase de formulación del Estudio de Impacto Ambiental del Impacto ambiental específicamente en el apartado 4.3.11 y 4.3.12 se efectuó una investigación orientada a identificar los componentes de patrimonio arqueológico, históricos, culturales y paleontológico presente en la zona de influencia directa del proyecto y sitios aledaños en las Jurisdicciones de San Luis de La Reina, Carolina y San Antonio.

Por lo que presenta documentación de respaldo de las gestiones realizadas a la fecha ante dicha Secretaría.

El Arreglo General Ajustado del Proyecto, considera el desplazamiento del eje de presa 670 metros aproximadamente hacia aguas arriba de su anterior ubicación, sin intervenir ni impactar nuevas áreas más allá de las declaradas como área de influencia directa del Proyecto Hidroeléctrico, al contrario, habrá una disminución en el área inundar entre la ubicación del anterior eje de presa y el actual.

Dicho lo anterior, es importante recapitular que las prospecciones en superficie que se realizaron en coordinación con personal técnico de SECULTURA (antes CONCULTURA), además de los estudios y prospecciones realizadas por CEL a través de contratación de servicios y Convenios, que sirvieron de base para investigaciones y rescates posteriores en sitios de interés arqueológico y paleontológico han sido sobre el área proyectada a inundar con el futuro embalse; "los nuevos elementos del rediseño" se circunscriben en dicha área, por lo cual no se ha intervenido en otras que no hayan sido consideradas en el permiso actual y vigente.

**Con respecto al literal c del supuesto hallazgo 2**, que responde a la actualización de los permisos de las Alcaldías Municipales de San Luis de la Reina y Carolina del Departamento de San Miguel, fueron solicitados con posterioridad al reinicio de las obras en fecha 01/04/2016.

La Municipalidad de San Luis de la Reina otorgó a CEL una licencia de construcción para la Central Hidroeléctrica El Chaparral, estableciendo que debía pagarse a la comuna en concepto de tasas por servicios jurídicos de emisión de la licencia contra el pago de la suma de \$1,729,206.82 más el 5% de fiestas patronales.

CEL pagó la suma requerida e inició la construcción, sin embargo, posteriormente la Municipalidad requirió un pago complementario en razón NO al cambio del eje sino al

incremento del monto de la obra en la jurisdicción lo cual NO puede tomarse como una nueva licencia, pues los efectos jurídicos previstos para este tributo no son previstos de esa manera.

Por lo antes expuesto solicito tener por evacuada mi explicación y comentario ante la supuesta deficiencia y con base en las explicaciones tenga por desvanecido dicho supuesto Hallazgo.”

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron Director Propietario [REDACTED] [REDACTED] quien manifiesta lo siguiente:**

“...Es importante reiterar en primer lugar que toda actuación de la administración pública está sometido al principio de legalidad el cual condiciona a que las actuaciones de esta deberán estar respaldadas en una habilitación legal, dicho de otra manera, la administración solo puede hacer lo que la Ley expresamente le manda. El equipo de auditores de la Corte de Cuentas del presente examen especial no son la excepción a esta regla, es decir que están sometidos al principio de legalidad que define que sus actuaciones deben estar vinculadas a normas que habiliten el alcance sobre el cual serán competentes en pronunciarse, verificando la aplicación correcta y fehaciente de una disposición legal, concluye que la administración pública ha omitido o errado en la aplicación de dicha disposición legal.

También es importante mencionar que otro requisito que debe cumplir el equipo de auditoría es identificar el incumplimiento de una disposición legal -específica y pertinente- por parte de la institución auditada, para se produzca un señalamiento, una observación, o un hallazgo con validez jurídica. Este requisito excluye la posibilidad que el equipo de auditoría interprete o yerre en la identificación de la norma incumplida. Es importante señalar que este elemento es una condición indispensable para que el servidor público pueda ejercer su derecho de defensa que se verá involucrado como resultado de la función sancionadora que desarrolla el equipo de auditoría de la Corte de Cuentas.

En el presente caso en concreto, identificamos que el equipo de Auditoría ha señalado erradamente las disposiciones siguientes:

...

En este caso, señalamos que las normas indicadas como incumplidas por el equipo de auditoría no son aplicables o pertinentes a los casos sometidos al Examen Especial respecto a la lista de las contrataciones directas identificadas por el equipo auditor, que a continuación copio conforme al informe; por las razones que argumentaré luego de verificar lo siguiente:

...

1) ARTÍCULO 105 LACAP: ESTE ARTÍCULO SE REFIERE A LOS REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL CONTRATO LLAVE EN MANO ESTE ARTÍCULO SEÑALA COMO REQUISITO PREVIO A LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO LLAVE EN MANO QUE SE CUENTE CON LOS PERMISOS AMBIENTALES.....

Categoricamente se expone que el equipo de Auditoría, ha cometido un grave error al intentar vincular un señalamiento o presunto Hallazgo al artículo 105 que aplica ÚNICAMENTE PARA LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO (OBRA PÚBLICA), cuando el objeto del examen se trata de evaluar el cumplimiento de los requisitos legales de 5 CONTRATACIONES DIRECTAS CUYO OBJETO CONTRACTUAL NO CABEN NI EN LA CONDICIÓN DE OBRA PÚBLICA NI EN LA CONDICIÓN DE LLAVE EN MANO.

Por lo anterior se advierte, que en el caso en análisis se ha configurado la ruptura del principio de legalidad por parte del equipo de auditores de la Corte de Cuentas, principio de legalidad consagrado en el artículo 86 inciso final de nuestra Constitución de la República, en tanto el equipo auditor procedió por sí a determinar aspectos fuera del alcance del examen especial; pues la apreciación o interpretación de considerar la necesidad de contar con permisos ambientales, municipales, etc. solo puede aplicar si se evalúa el cumplimiento de los requisitos del Proyecto Hidroeléctrico, pero esto no es el objetivo del Examen Especial, EL OBJETO DEL EXAMEN ESPECIAL ES LA EVALUACIÓN DE LOS REQUISITOS LEGALES APLICABLES A CINCO PROCESOS DE CONTRATACIÓN DIRECTO Y LA EJECUCIÓN EN EL PERÍODO DETERMINADO.

Si el examen se mantiene dentro de los límites legales, deben coincidir los requisitos legales al tipo de contrato a ser auditado, en este caso las contrataciones directas y la ejecución de estos contratos, no puede el equipo de auditoría homologar sin base legal alguna los requisitos que la Ley pone para un Contrato Llave en Mano o de Obra Pública, a un contrato de Suministro o a un contrato de Consultoría.

Por todo lo antes indicado, manifestamos que los ÚNICOS CONTRATOS sobre los cuales el equipo de auditoría puede pronunciarse o evaluar son las 5 Contrataciones Directas antes identificadas, los cuales no son contratos de obras y por tanto no corresponde aplicar el artículo 105 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LACAP.

#### **Literal a) Permiso Ambiental**

El criterio utilizado por el equipo auditor, trata de establecer que reiniciar los trabajos de construcción (interrumpidos por causas no imputables a CEL, como es el proceso de investigación por parte de la FGR al proyecto El Chaparral), requería el nuevo permiso ambiental. Dicha aseveración carece de base legal, ya que CEL está ejecutando la misma obra, que dicho sea de paso es de interés nacional. El ente rector que otorga el permiso de medio ambiente, requerido en la Ley no ha emitido un acto administrativo que expresa o presuntamente establezca que CEL requería de un nuevo permiso ambiental al reiniciar los trabajos.

Con lo anterior, queda demostrado que al reiniciar la ejecución del proyecto no ha existido ninguna norma incumplida; pues no existe como tal un permiso ambiental para el rediseño y tal concepto no tiene fundamento en la Ley.

El enfoque de la observación hecha por el Equipo Auditor, atribuyendo falta de permiso ambiental por haber optado CEL por un eje alternativo en la construcción de la obra, por

convenir así a los intereses de la institución, no supone ningún incumplimiento al Art. 105 de la LACAP.

El numeral 5 del Permiso Ambiental Resolución MARN No. 1256-2008 establece que "Será responsabilidad del titular, corregir cualquier impacto negativo significativo originado por las actividades no contemplada en el EsIA y su documentación conexas". CEL no incurrió en ninguna infracción por el hecho de la existencia de la Resolución MARN No. 1256-624-2016, de fecha 10 de agosto de 2016 ya que no se está contraviniendo lo establecido en el Permiso Ambiental (artículo 86 literales a) y c) de la LMA), se ha cumplido con el deber de prevención y precaución cumpliendo con el artículo 2 y 117 de la Constitución. Es de aclarar que el MARN en el Permiso Ambiental avala el Proyecto, y no debe éste actualizarse o modificarse en atención a realizar una actividad concreta como es la construcción del eje en específico.

**Respecto al literal b**, permiso de la Secretaría de la Cultura de la Presidencia (SECULTURA, antes CONCULTURA) modificado en 2014. se refiere a seguimientos a las condiciones o recomendaciones de resoluciones de permisos anteriores, que corresponden al primer diseño de la presa, por consiguiente, no contiene los nuevos elementos del rediseño. En la fase de formulación del Estudio de Impacto Ambiental del Impacto ambiental específicamente en el apartado 4.3.11 y 4.3.12 se efectuó una investigación orientada a identificar los componentes de patrimonio arqueológico, históricos, culturales y paleontológico presente en la zona de influencia directa del proyecto y sitios aledaños en las Jurisdicciones de San Luis de La Reina, Carolina y San Antonio.

Por lo que presenta documentación de respaldo de las gestiones realizadas a la fecha ante dicha Secretaría.

El Arreglo General Ajustado del Proyecto, considera el desplazamiento del eje de presa 670 metros aproximadamente hacia aguas arriba de su anterior ubicación, sin intervenir ni impactar nuevas áreas más allá de las declaradas como área de influencia directa del Proyecto Hidroeléctrico, al contrario, habrá una disminución en el área inundar entre la ubicación del anterior eje de presa y el actual.

Dicho lo anterior, es importante recapitular que las prospecciones en superficie que se realizaron en coordinación con personal técnico de SECULTURA (antes CONCULTURA), además de los estudios y prospecciones realizadas por CEL a través de contratación de servicios y Convenios, que sirvieron de base para investigaciones y rescates posteriores en sitios de interés arqueológico y paleontológico han sido sobre el área proyectada a inundar con el futuro embalse; "los nuevos elementos del rediseño" se circunscriben en dicha área, por lo cual no se ha intervenido en otras que no hayan sido consideradas en el permiso actual y vigente.

**Con respecto al literal c del supuesto hallazgo 2**, que responde a la actualización de los permisos de las Alcaldías Municipales de San Luis de la Reina y Carolina del Departamento de San Miguel, fueron solicitados con posterioridad al reinicio de las obras

en fecha 01/04/2016.

La Municipalidad de San Luis de la Reina otorgó a CEL una licencia de construcción para la Central Hidroeléctrica El Chaparral, estableciendo que debía pagarse a la comuna en concepto de tasas por servicios jurídicos de emisión de la licencia contra el pago de la suma de \$1,729.206.82 más el 5% de fiestas patronales.

CEL pagó la suma requerida e inició la construcción, sin embargo, posteriormente la Municipalidad requirió un pago complementario en razón NO al cambio del eje sino al incremento del monto de la obra en la jurisdicción lo cual NO puede tomarse como una nueva licencia, pues los efectos jurídicos previstos para este tributo no son previstos de esa manera.

Por lo antes expuesto solicito tener por evacuada mi explicación y comentario ante la supuesta deficiencia y con base en las explicaciones tenga por desvanecido dicho supuesto Hallazgo."

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron comentarios de la Directora Propietaria [REDACTED] quien manifiesta lo siguiente:**

"...Es importante reiterar en primer lugar que toda actuación de la administración pública está sometido al principio de legalidad el cual condiciona a que las actuaciones de esta deberán estar respaldadas en una habilitación legal, dicho de otra manera, la administración solo puede hacer lo que la Ley expresamente le manda. El equipo de auditores de la Corte de Cuentas del presente examen especial no son la excepción a esta regla, es decir que están sometidos al principio de legalidad que define que sus actuaciones deben estar vinculadas a normas que habiliten el alcance sobre el cual serán competentes en pronunciarse, verificando la aplicación correcta y fehaciente de una disposición legal, concluye que la administración pública ha omitido o errado en la aplicación de dicha disposición legal.

También es importante mencionar que otro requisito que debe cumplir el equipo de auditoría es identificar el incumplimiento de una disposición legal -específica y pertinente- por parte de la institución auditada, para se produzca un señalamiento, una observación, o un hallazgo con validez jurídica. Este requisito excluye la posibilidad que el equipo de auditoría interprete o yerre en la identificación de la norma incumplida. Es importante señalar que este elemento es una condición indispensable para que el servidor público pueda ejercer su derecho de defensa que se verá involucrado como resultado de la función sancionadora que desarrolla el equipo de auditoría de la Corte de Cuentas.

En el presente caso en concreto, identificamos que el equipo de Auditoría ha señalado erradamente las disposiciones siguientes:

En este caso, señalamos que las normas indicadas como incumplidas por el equipo de auditoría no son aplicables o pertinentes a los casos sometidos al Examen Especial respecto a la lista de las contrataciones directas identificadas por el equipo auditor, que

a continuación copio conforme al informe; por las razones que argumentaré luego de verificar lo siguiente:

...

1) ARTÍCULO 105 LACAP: ESTE ARTÍCULO SE REFIERE A LOS REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL CONTRATO LLAVE EN MANO ESTE ARTÍCULO SEÑALA COMO REQUISITO PREVIO A LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO LLAVE EN MANO QUE SE CUENTE CON LOS PERMISOS AMBIENTALES.....

Categorícamente se expone que el equipo de Auditoría, ha cometido un grave error al intentar vincular un señalamiento o presunto Hallazgo al artículo 105 que aplica ÚNICAMENTE PARA LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO (OBRA PÚBLICA), cuando el objeto del examen se trata de evaluar el cumplimiento de los requisitos legales de 5 CONTRATACIONES DIRECTAS CUYO OBJETO CONTRACTUAL NO CABEN NI EN LA CONDICIÓN DE OBRA PÚBLICA NI EN LA CONDICIÓN DE LLAVE EN MANO.

Por lo anterior se advierte, que en el caso en análisis se ha configurado la ruptura del principio de legalidad por parte del equipo de auditores de la Corte de Cuentas, principio de legalidad consagrado en el artículo 86 inciso final de nuestra Constitución de la República, en tanto el equipo auditor procedió por sí a determinar aspectos fuera del alcance del examen especial; pues la apreciación o interpretación de considerar la necesidad de contar con permisos ambientales, municipales, etc. solo puede aplicar SI se evalúa el cumplimiento de los requisitos del Proyecto Hidroeléctrico, pero esto no es el objetivo del Examen Especial EL OBJETO DEL EXAMEN ESPECIAL ES LA EVALUACIÓN DE LOS REQUISITOS LEGALES APLICABLES A CINCO PROCESOS DE CONTRATACIÓN DIRECTA Y LA EJECUCIÓN EN EL PERÍODO DETERMINADO.

Si el examen se mantiene dentro de los límites legales, deben coincidir los requisitos legales al tipo de contrato a ser auditado, en este caso las contrataciones directas y la ejecución de estos contratos, no puede el equipo de auditoría homologar sin base legal alguna los requisitos que la Ley pone para un Contrato Llave en Mano o de Obra Pública, a un contrato de Suministro o a un contrato de Consultoría.

Por todo lo antes indicado, manifestamos que los ÚNICOS CONTRATOS sobre los cuales el equipo de auditoría puede pronunciarse o evaluar son las 5 Contrataciones Directas antes identificadas, los cuales no son contratos de obras y por tanto no corresponde aplicar el artículo 105 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LACAP.

#### **Literal a) Permiso Ambiental**

El criterio utilizado por el equipo auditor, trata de establecer que reiniciar los trabajos de construcción (interrumpidos por causas no imputables a CEL, como es el proceso de investigación por parte de la FGR al proyecto El Chaparral), requería el nuevo permiso ambiental. Dicha aseveración carece de base legal, ya que CEL está ejecutando la misma obra, que dicho sea de paso es de interés nacional. El ente rector que otorga el permiso de medio ambiente, requerido en la Ley no ha emitido un acto administrativo que expresa o presuntamente establezca que CEL requería de un nuevo permiso ambiental

al reiniciar los trabajos.

Con lo anterior, queda demostrado que al reiniciar la ejecución del proyecto no ha existido ninguna norma incumplida; pues no existe como tal un permiso ambiental para el rediseño y tal concepto no tiene fundamento en la Ley.

El enfoque de la observación hecha por el Equipo Auditor, atribuyendo falta de permiso ambiental por haber optado CEL por un eje alternativo en la construcción de la obra, por convenir así a los intereses de la institución, no supone ningún incumplimiento al Art. 105 de la LACAP.

El numeral 5 del Permiso Ambiental Resolución MARN No. 1256-2008 establece que "Será responsabilidad del titular, corregir cualquier impacto negativo significativo originado por las actividades no contemplada en el EsIA y su documentación conexas". CEL no incurrió en ninguna infracción por el hecho de la existencia de la Resolución MARN No. 1256-624-2016, de fecha 10 de agosto de 2016 ya que no se está contraviniendo lo establecido en el Permiso Ambiental (artículo 86 literales a) y c) de la LMA), se ha cumplido con el deber de prevención y precaución cumpliendo con el artículo 2 y 117 de la Constitución. Es de aclarar que el MARN en el Permiso Ambiental avala el Proyecto, y no debe éste actualizarse o modificarse en atención a realizar una actividad concreta como es la construcción del eje en específico.

**Respecto al literal b**, permiso de la Secretaría de la Cultura de la Presidencia (SECULTURA, antes CONCULTURA) modificado en 2014. se refiere a seguimientos a las condiciones o recomendaciones de resoluciones de permisos anteriores, que corresponden al primer diseño de la presa, por consiguiente, no contiene los nuevos elementos del rediseño. En la fase de formulación del Estudio de Impacto Ambiental del Impacto ambiental específicamente en el apartado 4.3.11 y 4.3.12 se efectuó una investigación orientada a identificar los componentes de patrimonio arqueológico, históricos, culturales y paleontológico presente en la zona de influencia directa del proyecto y sitios aledaños en las Jurisdicciones de San Luis de La Reina, Carolina y San Antonio.

Por lo que presenta documentación de respaldo de las gestiones realizadas a la fecha ante dicha Secretaría.

El Arreglo General Ajustado del Proyecto, considera el desplazamiento del eje de presa 670 metros aproximadamente hacia aguas arriba de su anterior ubicación, sin intervenir ni impactar nuevas áreas más allá de las declaradas como área de influencia directa del Proyecto Hidroeléctrico, al contrario, habrá una disminución en el área inundar entre la ubicación del anterior eje de presa y el actual.

Dicho lo anterior, es importante recapitular que las prospecciones en superficie que se realizaron en coordinación con personal técnico de SECULTURA (antes CONCULTURA), además de los estudios y prospecciones realizadas por CEL a través de contratación de servicios y Convenios, que sirvieron de base para investigaciones y

rescates posteriores en sitios de interés arqueológico y paleontológico han sido sobre el área proyectada a inundar con el futuro embalse; "los nuevos elementos del rediseño" se circunscriben en dicha área, por lo cual no se ha intervenido en otras que no hayan sido consideradas en el permiso actual y vigente.

**Con respecto al literal c del supuesto hallazgo 2**, que responde a la actualización de los permisos de las Alcaldías Municipales de San Luis de la Reina y Carolina del Departamento de San Miguel, fueron solicitados con posterioridad al reinicio de las obras en fecha 01/04/2016.

La Municipalidad de San Luis de la Reina otorgó a CEL una licencia de construcción para la Central Hidroeléctrica El Chaparral, estableciendo que debía pagarse a la comuna en concepto de tasas por servicios jurídicos de emisión de la licencia contra el pago de la suma de \$1,729,206.82 más el 5% de fiestas patronales.

CEL pagó la suma requerida e inició la construcción, sin embargo, posteriormente la Municipalidad requirió un pago complementario en razón NO al cambio del eje sino al incremento del monto de la obra en la jurisdicción lo cual NO puede tomarse como una nueva licencia, pues los efectos jurídicos previstos para este tributo no son previstos de esa manera.

Por lo antes expuesto solicito tener por evacuada mi explicación y comentario ante la supuesta deficiencia y con base en las explicaciones tenga por desvanecido dicho supuesto Hallazgo."

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron comentarios del Coordinador del Proyecto [REDACTED] en los cuales manifiesta lo siguiente:**

"...Es importante reiterar en primer lugar que toda actuación de la administración pública está sometido al principio de legalidad el cual condiciona a que las actuaciones de esta deberán estar respaldadas en una habilitación legal, dicho de otra manera, la administración solo puede hacer lo que la Ley expresamente le manda. El equipo de auditores de la Corte de Cuentas del presente examen especial no son la excepción a esta regla, es decir que están sometidos al principio de legalidad que define que sus actuaciones deben estar vinculadas a normas que habiliten el alcance sobre el cual serán competentes en pronunciarse, verificando la aplicación correcta y fehaciente de una disposición legal, concluye que la administración pública ha omitido o errado en la aplicación de dicha disposición legal.

También es importante mencionar que otro requisito que debe cumplir el equipo de auditoría es identificar el incumplimiento de una disposición legal -específica y pertinente- por parte de la institución auditada, para se produzca un señalamiento, una observación, o un hallazgo con validez jurídica. Este requisito excluye la posibilidad que el equipo de auditoría interprete o yerre en la identificación de la norma incumplida. Es importante señalar que este elemento es una condición indispensable para que el servidor público pueda ejercer su derecho de defensa que se verá involucrado como resultado de la función sancionadora que desarrolla el equipo de auditoría de la Corte de Cuentas.

En el presente caso en concreto, identificamos que el equipo de Auditoría ha señalado erradamente las disposiciones siguientes:

...

En este caso, señalamos que las normas indicadas como incumplidas por el equipo de auditoría no son aplicables o pertinentes a los casos sometidos al Examen Especial respecto a la lista de las contrataciones directas identificadas por el equipo auditor, que a continuación copio conforme al informe; por las razones que argumentaré luego de verificar lo siguiente:

...

1) ARTÍCULO 105 LACAP: ESTE ARTÍCULO SE REFIERE A LOS REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL CONTRATO LLAVE EN MANO ESTE ARTÍCULO SEÑALA COMO REQUISITO PREVIO A LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO LLAVE EN MANO QUE SE CUENTE CON LOS PERMISOS AMBIENTALES.....

Categoricamente se expone que el equipo de Auditoría, ha cometido un grave error al intentar vincular un señalamiento o presunto Hallazgo al artículo 105 que aplica ÚNICAMENTE PARA LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO (OBRA PÚBLICA), cuando el objeto del examen se trata de evaluar el cumplimiento de los requisitos legales de 5 CONTRATACIONES DIRECTAS CUYO OBJETO CONTRACTUAL NO CABEN NI EN LA CONDICION DE OBRA PÚBLICA NI EN LA CONDICIÓN DE LLAVE EN MANO.

Por lo anterior se advierte, que en el caso en análisis se ha configurado la ruptura del principio de legalidad por parte del equipo de auditores de la Corte de Cuentas, principio de legalidad consagrado en el artículo 86 inciso final de nuestra Constitución de la República, en tanto el equipo auditor procedió por sí a determinar aspectos fuera del alcance del examen especial; pues la apreciación o interpretación de considerar la necesidad de contar con permisos ambientales, municipales, etc. solo puede aplicar Si se evalúa el cumplimiento de los requisitos del Proyecto Hidroeléctrico, pero esto no es el objetivo del Examen Especial EL OBJETO DEL EXAMEN ESPECIAL ES LA EVALUACIÓN DE LOS REQUISITOS LEGALES APLICABLES A CINCO PROCESOS DE CONTRATACIÓN DIRECTA Y LA EJECUCIÓN EN EL PERÍODO DETERMINADO.

Si el examen se mantiene dentro de los límites legales, deben coincidir los requisitos legales al tipo de contrato a ser auditado, en este caso las contrataciones directas y la ejecución de estos contratos, no puede el equipo de auditoría homologar sin base legal alguna los requisitos que la Ley pone para un Contrato Llave en Mano o de Obra Pública, a un contrato de Suministro o a un contrato de Consultoría.

Por todo lo antes indicado, manifestamos que los ÚNICOS CONTRATOS sobre los cuales el equipo de auditoría puede pronunciarse o evaluar son las 5 Contrataciones Directas antes identificadas, los cuales no son contratos de obras y por tanto no corresponde aplicar el artículo 105 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LACAP.

### **Literal a) Permiso Ambiental**

El criterio utilizado por el equipo auditor, trata de establecer que reiniciar los trabajos de construcción (interrumpidos por causas no imputables a CEL, como es el proceso de investigación por parte de la FGR al proyecto El Chaparral), requería el nuevo permiso ambiental. Dicha aseveración carece de base legal, ya que CEL está ejecutando la misma obra, que dicho sea de paso es de interés nacional. El ente rector que otorga el permiso de medio ambiente, requerido en la Ley no ha emitido un acto administrativo que expresa o presuntamente establezca que CEL requería de un nuevo permiso ambiental al reiniciar los trabajos.

Con lo anterior, queda demostrado que al reiniciar la ejecución del proyecto no ha existido ninguna norma incumplida; pues no existe como tal un permiso ambiental para el rediseño y tal concepto no tiene fundamento en la Ley.

El enfoque de la observación hecha por el Equipo Auditor, atribuyendo falta de permiso ambiental por haber optado CEL por un eje alternativo en la construcción de la obra, por convenir así a los intereses de la institución, no supone ningún incumplimiento al Art. 105 de la LACAP.

El numeral 5 del Permiso Ambiental Resolución MARN No. 1256-2008 establece que "Será responsabilidad del titular, corregir cualquier impacto negativo significativo originado por las actividades no contemplada en el EslA y su documentación conexas". CEL no incurrió en ninguna infracción por el hecho de la existencia de la Resolución MARN No. 1256-624-2016, de fecha 10 de agosto de 2016 ya que no se está contraviniendo lo establecido en el Permiso Ambiental (artículo 86 literales a) y c) de la LMA), se ha cumplido con el deber de prevención y precaución cumpliendo con el artículo 2 y 117 de la Constitución. Es de aclarar que el MARN en el Permiso Ambiental avala el Proyecto, y no debe éste actualizarse o modificarse en atención a realizar una actividad concreta como es la construcción del eje en específico.

**Respecto al literal b**, permiso de la Secretaría de la Cultura de la Presidencia (SECULTURA, antes CONCULTURA) modificado en 2014. se refiere a seguimientos a las condiciones o recomendaciones de resoluciones de permisos anteriores, que corresponden al primer diseño de la presa, por consiguiente, no contiene los nuevos elementos del rediseño. En la fase de formulación del Estudio de Impacto Ambiental del Impacto ambiental específicamente en el apartado 4.3.11 y 4.3.12 se efectuó una investigación orientada a identificar los componentes de patrimonio arqueológico, históricos, culturales y paleontológico presente en la zona de influencia directa del proyecto y sitios aledaños en las Jurisdicciones de San Luis de La Reina, Carolina y San Antonio.

Por lo que presenta documentación de respaldo de las gestiones realizadas a la fecha ante dicha Secretaría.

El Arreglo General Ajustado del Proyecto, considera el desplazamiento del eje de presa 670 metros aproximadamente hacia aguas arriba de su anterior ubicación, sin intervenir

ni impactar nuevas áreas más allá de las declaradas como área de influencia directa del Proyecto Hidroeléctrico, al contrario, habrá una disminución en el área inundar entre la ubicación del anterior eje de presa y el actual.

Dicho lo anterior, es importante recapitular que las prospecciones en superficie que se realizaron en coordinación con personal técnico de SECULTURA (antes CONCULTURA), además de los estudios y prospecciones realizadas por CEL a través de contratación de servicios y Convenios, que sirvieron de base para investigaciones y rescates posteriores en sitios de interés arqueológico y paleontológico han sido sobre el área proyectada a inundar con el futuro embalse; “los nuevos elementos del rediseño” se circunscriben en dicha área, por lo cual no se ha intervenido en otras que no hayan sido consideradas en el permiso actual y vigente.

**Con respecto al literal c del supuesto hallazgo 2**, que responde a la actualización de los permisos de las Alcaldías Municipales de San Luis de la Reina y Carolina del Departamento de San Miguel, fueron solicitados con posterioridad al reinicio de las obras en fecha 01/04/2016.

La Municipalidad de San Luis de la Reina otorgó a CEL una licencia de construcción para la Central Hidroeléctrica El Chaparral, estableciendo que debía pagarse a la comuna en concepto de tasas por servicios jurídicos de emisión de la licencia contra el pago de la suma de \$1,729.206.82 más el 5% de fiestas patronales.

CEL pagó la suma requerida e inició la construcción, sin embargo, posteriormente la Municipalidad requirió un pago complementario en razón NO al cambio del eje sino al incremento del monto de la obra en la jurisdicción lo cual NO puede tomarse como una nueva licencia, pues los efectos jurídicos previstos para este tributo no son previstos de esa manera.

Finalizados ambos argumentos, en cuanto a los hallazgos 1 y 2; exhorto al equipo auditor sean verdaderamente considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por los hallazgos 1 y 2 antes relacionados.”

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron comentarios del Ex Coordinador de Proyectos [REDACTED] quien manifiesta lo siguiente:**

“...Es importante reiterar en primer lugar que toda actuación de la administración pública está sometido al principio de legalidad el cual condiciona a que las actuaciones de esta deberán estar respaldadas en una habilitación legal, dicho de otra manera, la administración solo puede hacer lo que la Ley expresamente le manda. El equipo de auditores de la Corte de Cuentas del presente examen especial no son la excepción a esta regla, es decir que están sometidos al principio de legalidad que define que sus actuaciones deben estar vinculadas a normas que habiliten el alcance sobre el cual serán competentes en pronunciarse, verificando la aplicación correcta y fehaciente de una

disposición legal, concluye que la administración pública ha omitido o errado en la aplicación de dicha disposición legal.

También es importante mencionar que otro requisito que debe cumplir el equipo de auditoría es identificar el incumplimiento de una disposición legal -específica y pertinente- por parte de la institución auditada, para se produzca un señalamiento, una observación, o un hallazgo con validez jurídica. Este requisito excluye la posibilidad que el equipo de auditoría interprete o yerre en la identificación de la norma incumplida. Es importante señalar que este elemento es una condición indispensable para que el servidor público pueda ejercer su derecho de defensa que se verá involucrado como resultado de la función sancionadora que desarrolla el equipo de auditoría de la Corte de Cuentas.

En el presente caso en concreto, identificamos que el equipo de Auditoría ha señalado erradamente las disposiciones siguientes:

...

En este caso, señalamos que las normas indicadas como incumplidas por el equipo de auditoría no son aplicables o pertinentes a los casos sometidos al Examen Especial respecto a la lista de las contrataciones directas identificadas por el equipo auditor, que a continuación copio conforme al informe; por las razones que argumentaré luego de verificar lo siguiente:

...

1) ARTÍCULO 105 LACAP: ESTE ARTÍCULO SE REFIERE A LOS REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL CONTRATO LLAVE EN MANO ESTE ARTÍCULO SEÑALA COMO REQUISITO PREVIO A LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO LLAVE EN MANO QUE SE CUENTE CON LOS PERMISOS AMBIENTALES.....

Categorícamente se expone que el equipo de Auditoría, ha cometido un grave error al intentar vincular un señalamiento o presunto Hallazgo al artículo 105 que aplica ÚNICAMENTE PARA LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO (OBRA PÚBLICA), cuando el objeto del examen se trata de evaluar el cumplimiento de los requisitos legales de 5 CONTRATACIONES DIRECTAS CUYO OBJETO CONTRACTUAL NO CABEN NI EN LA CONDICION DE OBRA PÚBLICA NI EN LA CONDICIÓN DE LLAVE EN MANO.

Por lo anterior se advierte, que en el caso en análisis se ha configurado la ruptura del principio de legalidad por parte del equipo de auditores de la Corte de Cuentas, principio de legalidad consagrado en el artículo 86 inciso final de nuestra Constitución de la República, en tanto el equipo auditor procedió por sí a determinar aspectos fuera del alcance del examen especial; pues la apreciación o interpretación de considerar la necesidad de contar con permisos ambientales, municipales, etc. solo puede aplicar SI se evalúa el cumplimiento de los requisitos del Proyecto Hidroeléctrico, pero esto no es el objetivo del Examen Especial EL OBJETO DEL EXAMEN ESPECIAL ES LA EVALUACIÓN DE LOS REQUISITOS LEGALES APLICABLES A CINCO PROCESOS DE CONTRATACION DIRECTO Y LA EJECUCIÓN EN EL PERIODO DETERMINADO.

Si el examen se mantiene dentro de los límites legales, deben coincidir los requisitos legales al tipo de contrato a ser auditado, en este caso las contrataciones directas y la

ejecución de estos contratos, no puede el equipo de auditoría homologar sin base legal alguna los requisitos que la Ley pone para un Contrato Llave en Mano o de Obra Pública, a un contrato de Suministro o a un contrato de Consultoría.

Por todo lo antes indicado, manifestamos que los ÚNICOS CONTRATOS sobre los cuales el equipo de auditoría puede pronunciarse o evaluar son las 5 Contrataciones Directas antes identificadas, los cuales no son contratos de obras y por tanto no corresponde aplicar el artículo 105 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LACAP.

#### **Literal a) Permiso Ambiental**

El criterio utilizado por el equipo auditor, trata de establecer que reiniciar los trabajos de construcción (interrumpidos por causas no imputables a CEL, como es el proceso de investigación por parte de la FGR al proyecto El Chaparral), requería el nuevo permiso ambiental. Dicha aseveración carece de base legal, ya que CEL está ejecutando la misma obra, que dicho sea de paso es de interés nacional. El ente rector que otorga el permiso de medio ambiente, requerido en la Ley no ha emitido un acto administrativo que expresa o presuntamente establezca que CEL requería de un nuevo permiso ambiental al reiniciar los trabajos.

Con lo anterior, queda demostrado que al reiniciar la ejecución del proyecto no ha existido ninguna norma incumplida; pues no existe como tal un permiso ambiental para el rediseño y tal concepto no tiene fundamento en la Ley.

El enfoque de la observación hecha por el Equipo Auditor, atribuyendo falta de permiso ambiental por haber optado CEL por un eje alternativo en la construcción de la obra, por convenir así a los intereses de la institución, no supone ningún incumplimiento al Art. 105 de la LACAP.

El numeral 5 del Permiso Ambiental Resolución MARN No. 1256-2008 establece que "Será responsabilidad del titular, corregir cualquier impacto negativo significativo originado por las actividades no contemplada en el EslA y su documentación conexas". CEL no incurrió en ninguna infracción por el hecho de la existencia de la Resolución MARN No. 1256-624-2016, de fecha 10 de agosto de 2016 ya que no se está contraviniendo lo establecido en el Permiso Ambiental (artículo 86 literales a) y c) de la LMA), se ha cumplido con el deber de prevención y precaución cumpliendo con el artículo 2 y 117 de la Constitución. Es de aclarar que el MARN en el Permiso Ambiental avala el Proyecto, y no debe éste actualizarse o modificarse en atención a realizar una actividad concreta como es la construcción del eje en específico.

**Respecto al literal b**, permiso de la Secretaría de la Cultura de la Presidencia (SECULTURA, antes CONCULTURA) modificado en 2014. se refiere a seguimientos a las condiciones o recomendaciones de resoluciones de permisos anteriores, que corresponden al primer diseño de la presa, por consiguiente, no contiene los nuevos elementos del rediseño. En la fase de formulación del Estudio de Impacto Ambiental del Impacto ambiental específicamente en el apartado 4.3.11 y 4.3.12 se efectuó una

investigación orientada a identificar los componentes de patrimonio arqueológico, históricos, culturales y paleontológico presente en la zona de influencia directa del proyecto y sitios aledaños en las Jurisdicciones de San Luis de La Reina, Carolina y San Antonio.

Por lo que presenta documentación de respaldo de las gestiones realizadas a la fecha ante dicha Secretaría.

El Arreglo General Ajustado del Proyecto, considera el desplazamiento del eje de presa 670 metros aproximadamente hacia aguas arriba de su anterior ubicación, sin intervenir ni impactar nuevas áreas más allá de las declaradas como área de influencia directa del Proyecto Hidroeléctrico, al contrario, habrá una disminución en el área inundar entre la ubicación del anterior eje de presa y el actual.

Dicho lo anterior, es importante recapitular que las prospecciones en superficie que se realizaron en coordinación con personal técnico de SECULTURA (antes CONCULTURA), además de los estudios y prospecciones realizadas por CEL a través de contratación de servicios y Convenios, que sirvieron de base para investigaciones y rescates posteriores en sitios de interés arqueológico y paleontológico han sido sobre el área proyectada a inundar con el futuro embalse; “los nuevos elementos del rediseño” se circunscriben en dicha área, por lo cual no se ha intervenido en otras que no hayan sido consideradas en el permiso actual y vigente.

**Con respecto al literal c del supuesto hallazgo 2**, que responde a la actualización de los permisos de las Alcaldías Municipales de San Luis de la Reina y Carolina del Departamento de San Miguel, fueron solicitados con posterioridad al reinicio de las obras en fecha 01/04/2016.

La Municipalidad de San Luis de la Reina otorgó a CEL una licencia de construcción para la Central Hidroeléctrica El Chaparral, estableciendo que debía pagarse a la comuna en concepto de tasas por servicios jurídicos de emisión de la licencia contra el pago de la suma de \$1,729.206.82 más el 5% de fiestas patronales.

CEL pagó la suma requerida e inició la construcción, sin embargo, posteriormente la Municipalidad requirió un pago complementario en razón NO al cambio del eje sino al incremento del monto de la obra en la jurisdicción lo cual NO puede tomarse como una nueva licencia, pues los efectos jurídicos previstos para este tributo no son previstos de esa manera.

Finalizados ambos argumentos, en cuanto a los hallazgos 1 y 2; exhorto al equipo auditor sean verdaderamente considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por los hallazgos 1 y 2 antes relacionados”.

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron comentarios del Exdirector de Proyectos [REDACTED] quien manifiesta lo siguiente:**

“...Es importante reiterar en primer lugar que toda actuación de la administración pública está sometido al principio de legalidad el cual condiciona a que las actuaciones de esta deberán estar respaldadas en una habilitación legal, dicho de otra manera, la administración solo puede hacer lo que la Ley expresamente le manda. El equipo de auditores de la Corte de Cuentas del presente examen especial no son la excepción a esta regla, es decir que están sometidos al principio de legalidad que define que sus actuaciones deben estar vinculadas a normas que habiliten el alcance sobre el cual serán competentes en pronunciarse, verificando la aplicación correcta y fehaciente de una disposición legal, concluye que la administración pública ha omitido o errado en la aplicación de dicha disposición legal.

También es importante mencionar que otro requisito que debe cumplir el equipo de auditoría es identificar el incumplimiento de una disposición legal -específica y pertinente- por parte de la institución auditada, para se produzca un señalamiento, una observación, o un hallazgo con validez jurídica. Este requisito excluye la posibilidad que el equipo de auditoría interprete o yerre en la identificación de la norma incumplida. Es importante señalar que este elemento es una condición indispensable para que el servidor público pueda ejercer su derecho de defensa que se verá involucrado como resultado de la función sancionadora que desarrolla el equipo de auditoría de la Corte de Cuentas.

En el presente caso en concreto, identificamos que el equipo de Auditoría ha señalado erradamente las disposiciones siguientes:

...

En este caso, señalamos que las normas indicadas como incumplidas por el equipo de auditoría no son aplicables o pertinentes a los casos sometidos al Examen Especial respecto a la lista de las contrataciones directas identificadas por el equipo auditor, que a continuación copio conforme al informe; por las razones que argumentaré luego de verificar lo siguiente:

...

1) ARTÍCULO 105 LACAP: ESTE ARTÍCULO SE REFIERE A LOS REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL CONTRATO LLAVE EN MANO ESTE ARTÍCULO SEÑALA COMO REQUISITO PREVIO A LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO LLAVE EN MANO QUE SE CUENTE CON LOS PERMISOS AMBIENTALES.....

Categorícamente se expone que el equipo de Auditoría, ha cometido un grave error al intentar vincular un señalamiento o presunto Hallazgo al artículo 105 que aplica ÚNICAMENTE PARA LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO (OBRA PÚBLICA), cuando el objeto del examen se trata de evaluar el cumplimiento de los requisitos legales de 5 CONTRATACIONES DIRECTAS CUYO OBJETO CONTRACTUAL NO CABEN NI EN LA CONDICIÓN DE OBRA PÚBLICA NI EN LA CONDICIÓN DE LLAVE EN MANO.

Por lo anterior se advierte, que en el caso en análisis se ha configurado la ruptura del principio de legalidad por parte del equipo de auditores de la Corte de Cuentas, principio

de legalidad consagrado en el artículo 86 inciso final de nuestra Constitución de la República, en tanto el equipo auditor procedió por sí a determinar aspectos fuera del alcance del examen especial; pues la apreciación o interpretación de considerar la necesidad de contar con permisos ambientales, municipales, etc. solo puede aplicar si se evalúa el cumplimiento de los requisitos del Proyecto Hidroeléctrico, pero esto no es el objetivo del Examen Especial EL OBJETO DEL EXAMEN ESPECIAL ES LA EVALUACIÓN DE LOS REQUISITOS LEGALES APLICABLES A CINCO PROCESOS DE CONTRATACIÓN DIRECTA Y LA EJECUCIÓN EN EL PERÍODO DETERMINADO.

Si el examen se mantiene dentro de los límites legales, deben coincidir los requisitos legales al tipo de contrato a ser auditado, en este caso las contrataciones directas y la ejecución de estos contratos, no puede el equipo de auditoría homologar sin base legal alguna los requisitos que la Ley pone para un Contrato Llave en Mano o de Obra Pública, a un contrato de Suministro o a un contrato de Consultoría.

Por todo lo antes indicado, manifestamos que los ÚNICOS CONTRATOS sobre los cuales el equipo de auditoría puede pronunciarse o evaluar son las 5 Contrataciones Directas antes identificadas, los cuales no son contratos de obras y por tanto no corresponde aplicar el artículo 105 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LACAP.

#### **Literal a) Permiso Ambiental**

El criterio utilizado por el equipo auditor, trata de establecer que reiniciar los trabajos de construcción (interrumpidos por causas no imputables a CEL, como es el proceso de investigación por parte de la FGR al proyecto El Chaparral), requería el nuevo permiso ambiental. Dicha aseveración carece de base legal, ya que CEL está ejecutando la misma obra, que dicho sea de paso es de interés nacional. El ente rector que otorga el permiso de medio ambiente, requerido en la Ley no ha emitido un acto administrativo que expresa o presuntamente establezca que CEL requería de un nuevo permiso ambiental al reiniciar los trabajos.

Con lo anterior, queda demostrado que al reiniciar la ejecución del proyecto no ha existido ninguna norma incumplida; pues no existe como tal un permiso ambiental para el rediseño y tal concepto no tiene fundamento en la Ley.

El enfoque de la observación hecha por el Equipo Auditor, atribuyendo falta de permiso ambiental por haber optado CEL por un eje alternativo en la construcción de la obra, por convenir así a los intereses de la institución, no supone ningún incumplimiento al Art. 105 de la LACAP.

El numeral 5 del Permiso Ambiental Resolución MARN No. 1256-2008 establece que "Será responsabilidad del titular, corregir cualquier impacto negativo significativo originado por las actividades no contemplada en el EsIA y su documentación conexas". CEL no incurrió en ninguna infracción por el hecho de la existencia de la Resolución MARN No. 1256-624-2016, de fecha 10 de agosto de 2016 ya que no se está contraviniendo lo establecido en el Permiso Ambiental (artículo 86 literales a) y c) de la

LMA), se ha cumplido con el deber de prevención y precaución cumpliendo con el artículo 2 y 117 de la Constitución. Es de aclarar que el MARN en el Permiso Ambiental avala el Proyecto, y no debe éste actualizarse o modificarse en atención a realizar una actividad concreta como es la construcción del eje en específico.

**Respecto al literal b**, permiso de la Secretaría de la Cultura de la Presidencia (SECULTURA, antes CONCULTURA) modificado en 2014. se refiere a seguimientos a las condiciones o recomendaciones de resoluciones de permisos anteriores, que corresponden al primer diseño de la presa, por consiguiente, no contiene los nuevos elementos del rediseño. En la fase de formulación del Estudio de Impacto Ambiental del Impacto ambiental específicamente en el apartado 4.3.11 y 4.3.12 se efectuó una investigación orientada a identificar los componentes de patrimonio arqueológico, históricos, culturales y paleontológico presente en la zona de influencia directa del proyecto y sitios aledaños en las Jurisdicciones de San Luis de La Reina, Carolina y San Antonio.

Por lo que presenta documentación de respaldo de las gestiones realizadas a la fecha ante dicha Secretaría.

El Arreglo General Ajustado del Proyecto, considera el desplazamiento del eje de presa 670 metros aproximadamente hacia aguas arriba de su anterior ubicación, sin intervenir ni impactar nuevas áreas más allá de las declaradas como área de influencia directa del Proyecto Hidroeléctrico, al contrario, habrá una disminución en el área inundar entre la ubicación del anterior eje de presa y el actual.

Dicho lo anterior, es importante recapitular que las prospecciones en superficie que se realizaron en coordinación con personal técnico de SECULTURA (antes CONCULTURA), además de los estudios y prospecciones realizadas por CEL a través de contratación de servicios y Convenios, que sirvieron de base para investigaciones y rescates posteriores en sitios de interés arqueológico y paleontológico han sido sobre el área proyectada a inundar con el futuro embalse; "los nuevos elementos del rediseño" se circunscriben en dicha área, por lo cual no se ha intervenido en otras que no hayan sido consideradas en el permiso actual y vigente.

**Con respecto al literal c del supuesto hallazgo 2**, que responde a la actualización de los permisos de las Alcaldías Municipales de San Luis de la Reina y Carolina del Departamento de San Miguel, fueron solicitados con posterioridad al reinicio de las obras en fecha 01/04/2016.

La Municipalidad de San Luis de la Reina otorgó a CEL una licencia de construcción para la Central Hidroeléctrica El Chaparral, estableciendo que debía pagarse a la comuna en concepto de tasas por servicios jurídicos de emisión de la licencia contra el pago de la suma de \$1,729.206.82 más el 5% de fiestas patronales.

CEL pagó la suma requerida e inició la construcción, sin embargo, posteriormente la Municipalidad requirió un pago complementario en razón NO al cambio del eje sino al

incremento del monto de la obra en la jurisdicción lo cual NO puede tomarse como una nueva licencia, pues los efectos jurídicos previstos para este tributo no son previstos de esa manera.

Por todo lo anterior, se puede evidenciar que no era necesaria realizar la obtención de los cambios señalados por el Equipo Auditor ya que la normativa legal aplicada para requerirla no es consecuente con los contratos suscritos y examinados, no obstante ello ya se contaba con todos los permisos y licencias para el funcionamiento del proyecto y se evidencia la gestión realizada para la obtención de lo requerido en el permiso ambiental, por lo que solicitó que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito, así como todo lo antes ampliamente expuesto dentro del examen realizado, y que el mismo traiga como consecuencia que sea desvanecida mi presunta responsabilidad por el Hallazgo 2 antes relacionado."

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron comentarios del Exdirector de Proyectos [REDACTED] quien manifiesta lo siguiente:**

"...Es importante reiterar en primer lugar que toda actuación de la administración pública está sometido al principio de legalidad el cual condiciona a que las actuaciones de esta deberán estar respaldadas en una habilitación legal, dicho de otra manera, la administración solo puede hacer lo que la Ley expresamente le manda. El equipo de auditores de la Corte de Cuentas del presente examen especial no son la excepción a esta regla, es decir que están sometidos al principio de legalidad que define que sus actuaciones deben estar vinculadas a normas que habiliten el alcance sobre el cual serán competentes en pronunciarse, verificando la aplicación correcta y fehaciente de una disposición legal, concluye que la administración pública ha omitido o errado en la aplicación de dicha disposición legal.

También es importante mencionar que otro requisito que debe cumplir el equipo de auditoría es identificar el incumplimiento de una disposición legal -específica y pertinente- por parte de la institución auditada, para se produzca un señalamiento, una observación, o un hallazgo con validez jurídica. Este requisito excluye la posibilidad que el equipo de auditoría interprete o yerre en la identificación de la norma incumplida. Es importante señalar que este elemento es una condición indispensable para que el servidor público pueda ejercer su derecho de defensa que se verá involucrado como resultado de la función sancionadora que desarrolla el equipo de auditoría de la Corte de Cuentas.

En el presente caso en concreto, identificamos que el equipo de Auditoría ha señalado erradamente las disposiciones siguientes:

...

En este caso, señalamos que las normas indicadas como incumplidas por el equipo de auditoría no son aplicables o pertinentes a los casos sometidos al Examen Especial respecto a la lista de las contrataciones directas identificadas por el equipo auditor, que a continuación copio conforme al informe; por las razones que argumentaré luego de verificar lo siguiente:

...

1) ARTÍCULO 105 LACAP: ESTE ARTÍCULO SE REFIERE A LOS REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL CONTRATO LLAVE EN MANO ESTE ARTÍCULO SEÑALA COMO REQUISITO PREVIO A LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO LLAVE EN MANO QUE SE CUENTE CON LOS PERMISOS AMBIENTALES.....

Categorícamente se expone que el equipo de Auditoría, ha cometido un grave error al intentar vincular un señalamiento o presunto Hallazgo al artículo 105 que aplica ÚNICAMENTE PARA LOS CONTRATOS LLAVE EN MANO (OBRA PÚBLICA), cuando el objeto del examen se trata de evaluar el cumplimiento de los requisitos legales de 5 CONTRATACIONES DIRECTAS CUYO OBJETO CONTRACTUAL NO CABEN NI EN LA CONDICION DE OBRA PÚBLICA NI EN LA CONDICIÓN DE LLAVE EN MANO.

Por lo anterior se advierte, que en el caso en análisis se ha configurado la ruptura del principio de legalidad por parte del equipo de auditores de la Corte de Cuentas, principio de legalidad consagrado en el artículo 86 inciso final de nuestra Constitución de la República, en tanto el equipo auditor procedió por sí a determinar aspectos fuera del alcance del examen especial; pues la apreciación o interpretación de considerar la necesidad de contar con permisos ambientales, municipales, etc. solo puede aplicar SI se evalúa el cumplimiento de los requisitos del Proyecto Hidroeléctrico, pero esto no es el objetivo del Examen Especial EL OBJETO DEL EXAMEN ESPECIAL ES LA EVALUACIÓN DE LOS REQUISITOS LEGALES APLICABLES A CINCO PROCESOS DE CONTRATACIÓN DIRECTA Y LA EJECUCIÓN EN EL PERIODO DETERMINADO.

Si el examen se mantiene dentro de los límites legales, deben coincidir los requisitos legales al tipo de contrato a ser auditado, en este caso las contrataciones directas y la ejecución de estos contratos, no puede el equipo de auditoría homologar sin base legal alguna los requisitos que la Ley pone para un Contrato Llave en Mano o de Obra Pública, a un contrato de Suministro o a un contrato de Consultoría.

Por todo lo antes indicado, manifestamos que los ÚNICOS CONTRATOS sobre los cuales el equipo de auditoría puede pronunciarse o evaluar son las 5 Contrataciones Directas antes identificadas, los cuales no son contratos de obras y por tanto no corresponde aplicar el artículo 105 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, LACAP.

#### **Literal a) Permiso Ambiental**

El criterio utilizado por el equipo auditor, trata de establecer que reiniciar los trabajos de construcción (interrumpidos por causas no imputables a CEL, como es el proceso de investigación por parte de la FGR al proyecto El Chaparral), requería el nuevo permiso ambiental. Dicha aseveración carece de base legal, ya que CEL está ejecutando la misma obra, que dicho sea de paso es de interés nacional. El ente rector que otorga el permiso de medio ambiente, requerido en la Ley no ha emitido un acto administrativo que expresa o presuntamente establezca que CEL requería de un nuevo permiso ambiental al reiniciar los trabajos.

Con lo anterior, queda demostrado que al reiniciar la ejecución del proyecto no ha existido

ninguna norma incumplida; pues no existe como tal un permiso ambiental para el rediseño y tal concepto no tiene fundamento en la Ley.

El enfoque de la observación hecha por el Equipo Auditor, atribuyendo falta de permiso ambiental por haber optado CEL por un eje alternativo en la construcción de la obra, por convenir así a los intereses de la institución, no supone ningún incumplimiento al Art. 105 de la LACAP.

El numeral 5 del Permiso Ambiental Resolución MARN No. 1256-2008 establece que "Será responsabilidad del titular, corregir cualquier impacto negativo significativo originado por las actividades no contemplada en el EsIA y su documentación conexas". CEL no incurrió en ninguna infracción por el hecho de la existencia de la Resolución MARN No. 1256-624-2016, de fecha 10 de agosto de 2016 ya que no se está contraviniendo lo establecido en el Permiso Ambiental (artículo 86 literales a) y c) de la LMA), se ha cumplido con el deber de prevención y precaución cumpliendo con el artículo 2 y 117 de la Constitución. Es de aclarar que el MARN en el Permiso Ambiental avala el Proyecto, y no debe éste actualizarse o modificarse en atención a realizar una actividad concreta como es la construcción del eje en específico.

**Respecto al literal b**, permiso de la Secretaría de la Cultura de la Presidencia (SECULTURA, antes CONCULTURA) modificado en 2014. se refiere a seguimientos a las condiciones o recomendaciones de resoluciones de permisos anteriores, que corresponden al primer diseño de la presa, por consiguiente, no contiene los nuevos elementos del rediseño. En la fase de formulación del Estudio de Impacto Ambiental del Impacto ambiental específicamente en el apartado 4.3.11 y 4.3.12 se efectuó una investigación orientada a identificar los componentes de patrimonio arqueológico, históricos, culturales y paleontológico presente en la zona de influencia directa del proyecto y sitios aledaños en las Jurisdicciones de San Luis de La Reina, Carolina y San Antonio.

Por lo que presenta documentación de respaldo de las gestiones realizadas a la fecha ante dicha Secretaría.

El Arreglo General Ajustado del Proyecto, considera el desplazamiento del eje de presa 670 metros aproximadamente hacia aguas arriba de su anterior ubicación, sin intervenir ni impactar nuevas áreas más allá de las declaradas como área de influencia directa del Proyecto Hidroeléctrico, al contrario, habrá una disminución en el área inundar entre la ubicación del anterior eje de presa y el actual.

Dicho lo anterior, es importante recapitular que las prospecciones en superficie que se realizaron en coordinación con personal técnico de SECULTURA (antes CONCULTURA), además de los estudios y prospecciones realizadas por CEL a través de contratación de servicios y Convenios, que sirvieron de base para investigaciones y rescates posteriores en sitios de interés arqueológico y paleontológico han sido sobre el área proyectada a inundar con el futuro embalse; "los nuevos elementos del rediseño" se circunscriben en dicha área, por lo cual no se ha intervenido en otras que no hayan

sido consideradas en el permiso actual y vigente.

**Con respecto al literal c del supuesto hallazgo 2**, que responde a la actualización de los permisos de las Alcaldías Municipales de San Luis de la Reina y Carolina del Departamento de San Miguel, fueron solicitados con posterioridad al reinicio de las obras en fecha 01/04/2016.

La Municipalidad de San Luis de la Reina otorgó a CEL una licencia de construcción para la Central Hidroeléctrica El Chaparral, estableciendo que debía pagarse a la comuna en concepto de tasas por servicios jurídicos de emisión de la licencia contra el pago de la suma de \$1,729.206.82 más el 5% de fiestas patronales.

CEL pagó la suma requerida e inició la construcción, sin embargo, posteriormente la Municipalidad requirió un pago complementario en razón NO al cambio del eje sino al incremento del monto de la obra en la jurisdicción lo cual NO puede tomarse como una nueva licencia, pues los efectos jurídicos previstos para este tributo no son previstos de esa manera.

Finalizados ambos argumentos, en cuanto a los hallazgos 1 y 2; exhorto al equipo auditor sean verdaderamente considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por los hallazgos 1 y 2 antes relacionados."

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron comentarios del Jefe UACI** [REDACTED] en los cuales declara que:

"No obstante haberse demostrado que la responsabilidad de realizar todos los actos preparatorios (obtención de permisos, licencias y los efectos sobre el medio ambiente) son responsabilidad de la Dependencia Solicitante, la Auditoría en el apartado "COMENTARIOS DE LOS AUDITORES" de este hallazgo y con respecto a la UACI (párrafo cuarto) hace el siguiente comentario "Consideramos que los comentarios expresados por el Jefe UACI no desvirtúa lo observado ya que corresponde a la UACI acompañar a las dependencias solicitantes en los procesos de adquisiciones y contrataciones, además el Reglamento de la LACAP en su Art. 14.- ELABORACIÓN DE LA PROGRAMACIÓN ANUAL, hace referencia a la coordinación que debe tener la UACI con la UFI para desarrollar dicho plan, en el referido artículo se establece ciertos aspectos que se deben tomar en cuenta para la elaboración de la Programación Anual de Compras (...) "e) los permisos, autorizaciones y licencias que se requieren para la realización de las diversas obras, cuando su tramitación y obtención corresponda a la Institución contratante por lo tanto la deficiencia se mantiene".

Como ya se indicó en nuestra respuesta al hallazgo 1, no existe en toda la base legal expuesta por la Auditoría en este hallazgo 2 de este informe preliminar, algún apartado donde se indique que la UACI tiene como responsabilidad la de "verificar los requisitos legales de los documentos solicitados y acompañar a las dependencias solicitantes en los procesos de adquisiciones y contrataciones".

Y de igual forma, únicamente existe la responsabilidad de parte de la UACI de **acompañar a las Unidades Solicitantes** en la preparación de los **instrumentos de contratación** (artículo 20 Bis letra "b" de la LACAP y artículo 20 del RELACAP), relacionados a dichos instrumentos que son los "Términos de Referencia, Especificaciones Técnicas, Bases de Licitación o de Concurso".

En relación a los aspectos que deben ser considerados en la elaboración del Programa Anual, los Auditores no han considerados los siguientes aspectos:

- i. La Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones inicia con la incorporación de parte de las **unidades solicitantes, de sus necesidades**, como parte de la elaboración del presupuesto institucional, esto está establecido en el artículo 20 Bis, **letra a) de la LACAP**, en el que se indica:

*"Artículo. 20 Bis. Responsabilidades de los Solicitantes.*

*Para efectos de esta Ley se entenderá por solicitantes, las unidades o dependencias internas de la institución que requieran a la UACI la adquisición de obras, bienes o servicios. Estos deberán realizar los actos preparatorios de conformidad a las responsabilidades siguientes:*

- a) *Garantizar que las necesidades de obras, bienes y servicios, estén incorporadas en la Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones;*
- ii. Es la Unidad Solicitante la que da los insumos para preparar la Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones, y es lo que se establece en el segundo inciso del artículo 16 del RELACAP, en donde se indica:

*"Sin perjuicio de lo establecido en el Art. 16 de la Ley, para la elaboración de la Programación Anual, las instituciones deberán tomar en cuenta los aspectos siguientes:*

- a) Los lineamientos emitidos por la UNAC para facilitar el manejo de la programación respecto al presupuesto;
- b) Las necesidades de obras, bienes o servicios requeridos en programas especiales, de apoyo administrativo y de inversiones de cada institución;
- c) Los requerimientos de mantenimiento de los bienes muebles e inmuebles que por su naturaleza así lo exijan;
- d) El costo estimado de las obras y de los bienes o servicios relacionados con las mismas, cuando se tengan elementos para determinarlos;
- e) Los permisos, autorizaciones y licencias que se requieran para la realización de las diversas obras, cuando su tramitación y obtención corresponda a la Institución contratante;
- f) Las potenciales prórrogas en los contratos que por su naturaleza puedan requerirlas, en la medida que las mismas sean previsibles; y,
- g) Las características de la región donde deba realizarse la obra pública, incluyendo condiciones ambientales, climáticas y geográficas, a efecto de definir el momento oportuno para su ejecución.

Estos son los aspectos que **deben ser tomados en cuenta** por las Unidades Solicitantes para la formulación de su Programación Anual y Presupuesto, esta **información no queda registrada en el Programa**, ni la UACI, ni la UFI conocen las necesidades particulares de cada una de las dependencias de la CEL, a esto se refiere y manda el artículo 20 Bis, letra a), de la LACAP, y No a que específicamente dicha información debe agregarse a la programación anual de compras.

El Contenido de la Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones ya está establecido y definido en el artículo 15 del RELACAP, el cual indica:

### iii. CONTENIDO DE LA PROGRAMACIÓN ANUAL DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES

Art. 15.- En la programación anual de adquisiciones y contrataciones, las instituciones incluirán, por lo menos, los siguientes datos, para cada adquisición:

- a) Tipo o clase de obra, bien o servicio por adquirir o contratar, según el caso;
- b) El valor estimado de los bienes, servicios y obras que se van a adquirir o contratar;
- c) El mes estimado de adquisición o contratación, en el cual se prevé formalizar la misma;
- d) La fuente de financiamiento; y,
- e) Cualquier otro requisito o especificación establecida o requerida por la UNAC, en los formatos que se remitan para tal efecto, en los términos de la Ley y el presente Reglamento.

Como se puede observar, en el contenido requerido en el RELACAP de la Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones no se establece si la obra, bien o servicio por adquirir o contratar requiere de permiso o licencias, por lo que no es posible para la UACI, ni para la UFI identificar que de estas adquisiciones requieren de permiso o licencias, ya que para la formulación del presupuesto no se requiere de éste detalle, los únicos que conocen de dicha necesidad son las Unidades Solicitantes.

### SOLICITUD

Como ya se indicó en la SOLICITUD del hallazgo 1, el responsable de obtener los permisos y licencia, según lo manifiesta expresamente la LACAP y RELACAP es la Unidad Solicitante, y NO de la UACI, a que si le corresponde otras actividades diferentes, entre otras la de participar en todos los proceso de contratación en la de elaboración coordinada con la Unidad Solicitante **los instrumentos de contratación**, ya que ni la LACAP, ni la RELACAP, ni ningún otro documento normativo **hace referencia expresa** que la UACI tiene la obligación de **revisar los aspectos legales de los antecedentes de la solicitud**, adicionalmente en el Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones NO queda registrado que las Unidades Solicitantes vayan a requerir de permisos, licencias o determinar el impacto ambiental, por lo que no es posible que la UACI conozca anticipadamente que contrataciones requerirán de estos cumplir con estos requisitos, por lo que se solicita eliminar de este hallazgo preliminar, la responsabilidad de la UACI."

## COMENTARIOS DE LOS AUDITORES

Analizados los comentarios presentados por el **Presidente de CEL** [REDACTED] [REDACTED] quien argumenta que: "De los expedientes examinados por ustedes, se advierte que dos son de servicios, uno de suministros y dos de estudios geológicos, y ninguno de obra..., ninguno se refiere a la ejecución material de algún trabajo que tenga un impacto en relación a los permisos"; sin embargo, exponemos qué, para reiniciar el proyecto, es necesario contar con todos los permisos requeridos por la Ley, y que como se demuestra en el cuadro de procesos adjudicados en el Hallazgo 1, desde el año 2015 se reinició el proyecto; asimismo, el CD10/15 se refiere a suministro de Equipo Electromecánico, propio del proyecto y que por la modalidad en que CEL está desarrollando la obra, CEL lo define como un contrato de suministro, pero es parte de la obra del proyecto, ya que la turbina y sus componentes van dentro de una estructura de concreto. Por otra parte, aclaramos que dentro de los objetivos del examen está el seguimiento a Denuncias, el cual se concluyen con esta observación.

Además, menciona el Presidente de CEL, que: "...los actos preparatorios o requisitos previos (permisos) necesarios para el inicio del proceso de adquisición **son responsabilidad de las dependencias solicitantes**"; no obstante, verificamos nuevamente los argumentos emitidos por la máxima autoridad, determinando que de acuerdo a lo que establece la LACAP en su Art. 19 el Titular será responsable solidariamente por la actuación de sus subalternos en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley, además, la Máxima Autoridad de CEL Adjudicó procesos de contratación, sin contar con los referidos permisos detallados en la condición.

Por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

Analizamos los comentarios vertidos por la Administración (**Director Suplente,** [REDACTED] **Director Propietario,** [REDACTED] **Director Propietario,** [REDACTED] **Director Propietario,** [REDACTED] **Directora Propietaria,** [REDACTED] **Coordinador de Proyectos,** [REDACTED] **Ex Coordinador de Proyectos,** [REDACTED] **Ex Director del Proyecto,** [REDACTED] **y el Exdirector de Proyectos,** [REDACTED] [REDACTED] quienes consideran que "el actuar del Equipo Auditor esta fuera de los alcances legales"; no obstante, como Equipo Auditor hacemos las siguientes aclaraciones:

- En primer lugar, nuestro trabajo fue realizado en cumplimiento a lo establecido en el Art. 195, ordinal 4º de la Constitución de la República y las atribuciones y funciones que conferidas en el Artículo 5 numerales 4, 7 y 16, Art. 30 y 31 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República.

- En segundo lugar, definimos claramente los alcances del examen, dentro de los cuales se incluyen entre otros aspectos, el período objeto de examen y el seguimiento a Denuncias; asimismo, los Objetivos del Examen, también lo definen, como se pueden corroborar en el Romano I de este Informe.
- Y por último, para reiniciar el proyecto, es necesario contar con todos los permisos requeridos por la Ley, y que no hay excepción alguna para CEL, el cual se reinició desde el año 2015 como se demuestra en el cuadro de procesos adjudicados, que se detallan en el Hallazgo 1, y que además, dentro de las Contrataciones Directas que se examinaron está la CD10/15 que se refiere a suministro de Equipo Electromecánico, y que por la modalidad en que CEL está desarrollando el proyecto, lo define como un contrato de suministro, no obstante, es un contrato que se deriva del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, ya que la turbina y sus componentes van dentro de una estructura de concreto, por lo tanto, no puede la Administración, aislar las diferentes contrataciones que son parte del proyecto.

Con lo anterior, queda demostrada la pertinencia de la observación y los alcances legales conferidos a los Auditores de la Corte de Cuentas.

Con respecto a los comentarios sobre los literales, la Administración considera que no debieron haber actualizado ningún permiso de los mencionados en la condición, por el rediseño del proyecto; argumentos, que no compartimos, ya que el proyecto ha sufrido modificaciones con el rediseño y además se han incrementado los costos del proyecto, y como entidad Pública debe darle cumplimiento a toda la normativa legal y técnica citada en este hallazgo.

Por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

Analizamos los comentarios expresados por el **Jefe UACI**, quien argumenta que no es responsabilidad de él, y que ningún otro documento normativo hace referencia expresa que la UACI tiene la obligación de revisar los aspectos legales de los antecedentes de la solicitud, con lo cual no desvirtúa lo observado, ya que corresponde a la UACI acompañar a las dependencias solicitantes en los procesos de adquisiciones y contrataciones, además el Reglamento de la LACAP en su Art. 14.- ELABORACIÓN DE LA PROGRAMACIÓN ANUAL, hace referencia a la coordinación que debe tener la UACI con la UFI para desarrollar dicho plan, en el referido artículo se establecen ciertos aspectos que se deben tomar en cuenta para la elaboración de la Programación Anual de Compras (...) “e) los permisos, autorizaciones y licencias que se requieran para la realización de las diversas obras, cuando su tramitación y obtención corresponda a la Institución contratante”, por lo tanto la deficiencia se mantiene.

### **3. Reinicio de la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, bajo el rediseño en su nuevo eje, sin autorización de Junta Directiva**

Comprobamos que Junta Directiva mediante acta No. 3767 del 30 de mayo de 2017 aprobó el rediseño del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral en su nuevo eje, no obstante, la ejecución de éste se reinició desde el año 2015.

**Ley de Constitución de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, establece:**

"Art. 5°.- Son atribuciones de la Comisión:

d) Preparar o hacer preparar estudios, planos, diseños y presupuestos para la construcción, reconstrucción, expansión, mejora, ampliación y reparación de cualquiera obra necesaria para la realización de los fines que esta Ley le encomienda, y modificar, cuando fuere conveniente, tales planos, diseños y presupuestos."

**Reglamento para la Aplicación de la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, establece:**

"Art. 5.- La Junta Directiva es la única facultada para resolver en lo relacionado con:

a) - Las atribuciones que le confiere su Ley Constitutiva;..."

La deficiencia se debe a que Junta Directiva, no resolvió en acta su aprobación antes del reinicio del proyecto.

La falta de formalización de la aprobación del rediseño por parte de Junta Directiva, genera inseguridad jurídica a los procesos de contratación relacionados con el proyecto, por lo que no contribuye a la transparencia en el manejo de los fondos públicos.

#### **COMENTARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN**

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron comentarios del Presidente de CEL [REDACTED] en los cuales expresa lo siguiente:**

Debo destacar, que el equipo de auditores no ha tomado en cuenta en las valoraciones antes transcritas de algunos aspectos que fueron explicados en carta de fecha 12 de septiembre de 2017, de las cuales me permito transcribir el párrafo siguiente:

"Finalmente es importante señalar que no es adecuado sostener: "Comprobamos que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reinició la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, bajo el rediseño en su nueve eje, a partir del 19 de febrero de 2015..." por lo siguiente:

a) Se omite relacionar la base probatoria fáctica o documental que establezca que el proyecto se reinició el 19 de febrero de 2015, y mucho menos que ese reinicio sea conceptualizado o denominado como rediseño, CEL a esa fecha no había finalizado los estudios técnicos necesarios y debía cumplir con la orden emanada de la Fiscalía General de la República.

b) Junta Directiva instruyó a la administración realizar por medio de un tercero: "Servicios de auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral" y sobre este dictamen recibió su informe, de tal forma que

no existe la presunta deficiencia notificada, pues ese acuerdo en ningún momento significa una orden de reinicio o de modificación de planos, diseños o presupuestos, que ameriten una autorización de Junta Directiva.

Como puede observarse, en la fecha indicada se explicó aspectos relacionados a que, en el año 2015, no se reinició el proyecto bajo un rediseño y que en ese momento únicamente se estaba en la etapa de análisis para la procedencia del mismo, por lo que la formulación de la deficiencia en ese momento a criterio de este servidor no estaba sustentada.

Se debe tener presente que, en los alcances de esta auditoría, solamente aplican a los procesos de contratación directa adjudicados en 2015, por lo que resulta pertinente valorar únicamente las contrataciones generadas hasta ese período y las cuales fueron puntualmente 5, las cuales detallo a continuación:

1. Elaboración de informe de análisis de resultados de campaña geológica/geotécnica en el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, correspondiente al contrato CEL-5138-S, suscrito el 04 de febrero de 2015, entre CEL y DYCSA, S.A. DE C.V.
2. Asesoría técnica especializada para el diseño del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral en el nuevo eje, correspondiente al contrato CEL-5231-S, suscrito el 19 de junio de 2015, entre CEL y CONINVER, S.A. DE C.V.
3. Primera Fase de estudios geológicos y geotécnicos para el diseño del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral en el nuevo eje, correspondiente al contrato CEL-5248-S, suscrito el 30 de junio de 2015, entre CEL y RODIO SWISSBORING EL SALVADOR, S.A. DE C.V.
4. Segunda Fase de estudios geológicos y geotécnicos para el diseño del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral en el nuevo eje, correspondiente al contrato CEL-5293-S, suscrito el 29 de septiembre de 2015, entre CEL y RODIO SWISSBORING EL SALVADOR, S.A. DE C.V.
5. Suministro y Montaje de Equipos Electromecánicos, correspondiente al contrato CEL- 5321-S, suscrito el 02 de diciembre de 2015, entre CEL y TYAZHMASH, S.A.

Es evidente que estas contrataciones tienen que ver, las primeras 4 únicamente con estudios y evaluaciones a efecto de determinar la viabilidad de ajustes en la obra, es decir que **no representaban un inicio de ejecución de alguna obra para implementar un nuevo eje con su contratación o que estuviese dentro de sus alcances**, asimismo respecto a la quinta contratación, que se refiere al suministro y montaje de equipos electromecánicos, este contrato de suministro tiene como lugar de ejecución el sitio en el cual se había configurado la casa de máquinas desde el año 2008, por lo que no es una obra a ejecutarse producto de un rediseño (como le llaman) aprobado, por lo tanto los alcances de los contratos antes enlistados constituyen la ejecución de servicios relacionados a un rediseño o a un diseño a definir a futuro, por lo que reitero que no está bien plasmar: "el reinicio de ejecución del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral bajo el rediseño en su nuevo eje sin autorización de Junta Directiva desde el año 2015".

Por último, con las consideraciones anteriores, se demuestra que de ninguna manera se ejecutó contratación alguna sin considerar un nuevo diseño en el año 2015, pues ninguno de los contratos así lo contempló.

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Director Suplente** [REDACTED]

[REDACTED] presentó los comentarios siguientes:

"...

En razón de lo anterior procedo a responder de la siguiente manera:

Como vemos, el artículo 5 de la Ley de CEL, en su conjunto configura los actos cuya competencia está reservada a la Junta Directiva como el órgano superior jerárquico dentro de la institución. Esta atribución de competencia no obsta para que la Junta Directiva, se apoye de los órganos inferiores dentro de la institución para cumplir con la preparación de estudios, planos, diseños y presupuestos, etc.

Por otra parte, el literal d) que cita el equipo auditor no puede leerse separadamente del resto de literales que configuran la competencia de la Junta Directiva, y esencialmente debe interpretarse integrando lo dispuesto en los literales e) y p) del artículo 5 citado. Estos literales exponen textualmente lo siguiente:

e) Construir o reconstruir, mediante contrato, previa licitación o bajo la dirección de sus propios funcionarios, agentes y empleados, o por conducto o mediación de los mismos, cualquiera obra necesaria para la realización de los fines que esta Ley le encomienda, y las adiciones mejoras y ampliaciones a tales obras.

p) Crear las divisiones técnicas y administrativas que juzgue necesarias para ejercer las funciones y facultades que le otorguen las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general. Lo subrayado es nuestro.

Según consta en el acta de la Sesión No. 3674 de Junta Directiva de CEL del jueves 19 de febrero de 2015 lo que se sometió a conocimiento fue un Informe Final de los "Servicios de auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral" del Contrato No. CEL-5021-S.

Es preciso señalar que la Fiscalía General de la República, Unidad Especializada de Delitos de Corrupción mediante Oficio 002-2014/Ref. 04. UEDC-2014, instruyó lo siguiente: "...se evite la realización de cualquier actividad que pudiere alterar o modificar el estado actual de dicha obra, ya que se encuentra pendiente la realización de un peritaje técnico en las instalaciones del proyecto, siendo esencial que el lugar y las cosas se mantengan en el estado en el que se encuentran en la actualidad, a fin de evitar futuros inconvenientes." en el desarrollo de la investigación clasificada bajo el expediente fiscal de referencia 04-UEDC- 2014, sobre el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral.

No obstante lo anterior, CEL en el año 2014 estaba evaluando técnicamente el trabajo ejecutado por INTERTECHNE para definir la conveniencia de continuar con el contrato o darlo por terminado, pues a su criterio el servicio de ingeniería de detalle estaba resultando inconveniente para la obra, y por otra parte la actividad de explotación de las calicatas no podían ser concluidas por las restricciones que en ese momento se mantenía por la investigación que se realizaba por la Fiscalía General de la República de El Salvador.

A pesar que CEL estaba cumpliendo con las restricciones ordenadas por las autoridades fiscales y judiciales en relación al proyecto, el Asesor Legal en materia penal informó a Junta Directiva que el impedimento para continuar la construcción del proyecto podría ser levantado por la FGR, por lo que se consideró necesario emprender todos los actos preparatorios para reactivar el proceso constructivo, llevando a cabo acciones tendientes a tal objetivo para evitar el deterioro de la obra por el paso del tiempo.

CONTRATACIÓN DE AUDITORÍA TÉCNICA. Las áreas técnicas de la CEL. Coordinador de Proyectos y Director del Proyecto expusieron a la Junta Directiva en la Sesión No. 3658 de fecha 16 de octubre de 2014 que técnicamente era necesario e imprescindible para la CEL, que previo a la continuación de las actividades que concluirán el diseño detallado del proyecto se realizará una **auditoría técnica especializada del diseño** de las obras hidráulicas, con el propósito que la Junta Directiva y administración actual contarán con el respaldo necesario frente al reto que representaron las decisiones que se tomaron en relación con este proyecto. La Junta Directiva en el Punto VI de la Sesión No. 3661 del 6 de noviembre de 2014, autorizó la Contratación Directa a **CONSTRUCCIÓN e INVERSIONES, S.A. DE C.V.**, de los **“Servicios de auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la central Hidroeléctrica El Chaparral”**, cuyo plazo de ejecución de los servicios sería para un plazo de 90 días calendario. POR TANTO, DESDE ESTA FECHA JUNTA DIRECTIVA CONOCÍA EL PROPÓSITO DEL SERVICIO REQUERIDO Y LOS PRODUCTOS DE DICHA AUDITORÍA SIEMPRE FUERON SOMETIDOS AL CONOCIMIENTO Y DECISIÓN DE JUNTA DIRECTIVA, TAL COMO HA SIDO VERIFICADO EN LAS ACTAS CORRESPONDIENTE QUE ESE EQUIPO DE AUDITORIA DE LA CORTE DE CUENTAS TUVO ACCESO DURANTE EN EL PRESENTE EXAMEN.

Los expertos designados por la empresa CONINVER, presentaron informe a la Junta Directiva de la CEL en la Sesión No. 3674 de fecha 19 de febrero de 2015, informe final del producto resultante del Contrato No. CEL-5021-S, concluyendo principalmente que el diseño propuesto por INTERTECHNE CONSULTORES, S.A., era un diseño atípico, no práctico e incierto, por lo cual recomendaron entre otros aspectos técnicos **una solución en concreto compactado con rodillo en un eje alternativo**, circunstancia por la cual es importante recalcar ha conocido y tomado todas las decisiones para calificar la solución propuesta por CONINVER como la más conveniente a los intereses de la Comisión, con lo cual ha cumplido fielmente con el artículo 5 literal d).

Prueba de ello, es que el informe recibido en febrero de 2015 con las recomendaciones técnicas de parte de CONINVER era resultado que la Junta Directiva había ordenado

preparar esta auditoría que arrojaría aspectos técnicos relevantes en el diseño, incluido el eje.

Otra prueba que la Junta Directiva conoció y controló el cambio del eje o diseño alternativo es porque Junta Directiva acordó contratar todos los servicios subsecuentes incluidos en las recomendaciones de CONINVER

- Nuevas exploraciones geológicas.
- Continuar con la construcción de la original casa de máquinas.
- Iniciar un diseño detallado con nuevo dique.
- Diseño detallado de nuevas obras de desvío de Río.
- Continuar con licitación electromecánica de casa de máquinas.
- Revisión de nuevos documentos licitatorios de los componentes de la presa CCR, previendo el eje alternativo propuesto.
- Mantener los proveedores originales que abastecen los equipos electromecánicos para evitar rediseños.

Con actos ejecutados a partir de la fecha 19 de febrero de 2015, CEL progresivamente fue confirmando que la solución propuesta por CONINVER en su informe, representaba la modalidad más conveniente a los intereses de la institución, razón por la cual la Junta Directiva con las recomendaciones técnicas respectivas, fue autorizando los actos objetivos subsecuentes, hasta que incluso en la Sesión 3767 de fecha 30 de mayo 2017 se emite un acuerdo de Junta Directiva, confirmó que la voluntad jurídica y técnica de CEL fue aprobar una modalidad del diseño que garantizara el menor costo posible y con la mayor seguridad física para el referido proyecto; contando con el respaldo técnico-científico requerido y que esto fue del conocimiento y control de la Junta Directiva desde el día 19 de febrero de 2015 por tanto sí se cumplió con el artículo 5) literal d) de la Ley de CEL cuyo texto es: Preparar o hacer preparar estudios, planos, diseños y presupuestos para la construcción, reconstrucción, expansión, mejora, ampliación y reparación de cualquiera obra necesaria para la realización de los fines que esta Ley le encomienda, **y modificar, cuando fuere conveniente, tales planos, diseños y presupuestos.**

Como puede advertirse de toda la prueba presentada al equipo de la Corte, es evidente que la Junta Directiva hizo preparar los estudios, planos y diseños para el eje alternativo del Proyecto El Chaparral, para modificar si resultaba conveniente el diseño, pero teniendo claro, que la reserva del caso en ese momento implicaba tener un especial cuidado y responsabilidad para con las instrucciones giradas por la Fiscalía General de la República de no vulnerar la investigación fiscal, por lo cual la Junta Directiva estaba inhibida de pronunciarse o emitir sus resoluciones de manera explícita o abierta como lo hace en todos los otros procesos, esta situación no se ha valorado adecuadamente por el Equipo Auditor, por tanto, es necesario reiterarlo para que los evalúe conforme a la verdad de los hechos.

Por lo antes expuesto solicito tener por evacuada mi explicación y comentario ante la supuesta deficiencia y con base en las explicaciones tenga por desvanecido dicho supuesto Hallazgo”.

En nota de fecha 22 de junio de 2018, Director Propietario [REDACTED]

[REDACTED] presentó los comentarios siguientes:

En razón de lo anterior procedo a responder de la siguiente manera:

Como vemos, el artículo 5 de la Ley de CEL, en su conjunto configura los actos cuya competencia está reservada a la Junta Directiva como el órgano superior jerárquico dentro de la institución. Esta atribución de competencia no obsta para que la Junta Directiva, se apoye de los órganos inferiores dentro de la institución para cumplir con la preparación de estudios, planos, diseños y presupuestos, etc.

Por otra parte, el literal d) que cita el equipo auditor no puede leerse separadamente del resto de literales que configuran la competencia de la Junta Directiva, y esencialmente debe interpretarse integrando lo dispuesto en los literales e) y p) del artículo 5 citado. Estos literales exponen textualmente lo siguiente:

e) Construir o reconstruir, mediante contrato, previa licitación o bajo la dirección de sus propios funcionarios, agentes y empleados, o por conducto o mediación de los mismos, cualquiera obra necesaria para la realización de los fines que esta Ley le encomienda, y las adiciones mejoras y ampliaciones a tales obras.

p) Crear las divisiones técnicas y administrativas que juzgue necesarias para ejercer las funciones y facultades que le otorguen las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general. Lo subrayado es nuestro.

Según consta en el acta de la Sesión No. 3674 de Junta Directiva de CEL del jueves 19 de febrero de 2015 lo que se sometió a conocimiento fue un Informe Final de los "Servicios de auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral" del Contrato No. CEL-5021-S.

Es preciso señalar que la Fiscalía General de la República, Unidad Especializada de Delitos de Corrupción mediante Oficio 002-2014/Ref. 04. UEDC-2014, instruyó lo siguiente: "...se evite la realización de cualquier actividad que pudiere alterar o modificar el estado actual de dicha obra, ya que se encuentra pendiente la realización de un peritaje técnico en las instalaciones del proyecto, siendo esencial que el lugar y las cosas se mantengan en el estado en el que se encuentran en la actualidad, a fin de evitar futuros inconvenientes." en el desarrollo de la investigación clasificada bajo el expediente fiscal de referencia 04-UEDC- 2014, sobre el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral.

No obstante lo anterior, CEL en el año 2014 estaba evaluando técnicamente el trabajo ejecutado por INTERTECHNE para definir la conveniencia de continuar con el contrato o darlo por terminado, pues a su criterio el servicio de ingeniería de detalle estaba resultando inconveniente para la obra, y por otra parte la actividad de explotación de las

calicatas no podían ser concluidas por las restricciones que en ese momento se mantenía por la investigación que se realizaba por la Fiscalía General de la República de El Salvador.

A pesar que CEL estaba cumpliendo con las restricciones ordenadas por las autoridades fiscales y judiciales en relación al proyecto, el Asesor Legal en materia penal informó a Junta Directiva que el impedimento para continuar la construcción del proyecto podría ser levantado por la FGR, por lo que se consideró necesario emprender todos los actos preparatorios para reactivar el proceso constructivo, llevando a cabo acciones tendientes a tal objetivo para evitar el deterioro de la obra por el paso del tiempo.

CONTRATACIÓN DE AUDITORÍA TÉCNICA. Las áreas técnicas de la CEL, Coordinador de Proyectos y Director del Proyecto expusieron a la Junta Directiva en la Sesión No. 3658 de fecha 16 de octubre de 2014 que técnicamente era necesario e imprescindible para la CEL, que previo a la continuación de las actividades que concluirán el diseño detallado del proyecto se realizará una **auditoría técnica especializada del diseño** de las obras hidráulicas, con el propósito que la Junta Directiva y administración actual contaran con el respaldo necesario frente al reto que representaron las decisiones que se tomaron en relación con este proyecto. La Junta Directiva en el Punto VI de la Sesión No. 3661 del 6 de noviembre de 2014, autorizó la Contratación Directa a **CONSTRUCCIÓN e INVERSIONES, S.A. DE C.V.**, de los “**Servicios de auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la central Hidroeléctrica El Chaparral**”, cuyo plazo de ejecución de los servicios sería para un plazo de 90 días calendario. POR TANTO, DESDE ESTA FECHA JUNTA DIRECTIVA CONOCÍA EL PROPÓSITO DEL SERVICIO REQUERIDO Y LOS PRODUCTOS DE DICHA AUDITORÍA SIEMPRE FUERON SOMETIDOS AL CONOCIMIENTO Y DECISIÓN DE JUNTA DIRECTIVA, TAL COMO HA SIDO VERIFICADO EN LAS ACTAS CORRESPONDIENTE QUE ESE EQUIPO DE AUDITORIA DE LA CORTE DE CUENTAS TUVO ACCESO DURANTE EN EL PRESENTE EXAMEN.

Los expertos designados por la empresa CONINVER, presentaron informe a la Junta Directiva de la CEL en la Sesión No. 3674 de fecha 19 de febrero de 2015, informe final del producto resultante del Contrato No. CEL-5021-S, concluyendo principalmente que el diseño propuesto por INTERTECHNE CONSULTORES, S.A., era un diseño atípico, no práctico e incierto, por lo cual recomendaron entre otros aspectos técnicos **una solución en concreto compactado con rodillo en un eje alternativo**, circunstancia por la cual es importante recalcar ha conocido y tomado todas las decisiones para calificar la solución propuesta por CONINVER como la más conveniente a los intereses de la Comisión, con lo cual ha cumplido fielmente con el artículo 5 literal d).

Prueba de ello, es que el informe recibido en febrero de 2015 con las recomendaciones técnicas de parte de CONINVER era resultado que la Junta Directiva había ordenado preparar esta auditoría que arrojaría aspectos técnicos relevantes en el diseño, incluido el eje.

Otra prueba que la Junta Directiva conoció y controló el cambio del eje o diseño alternativo es porque Junta Directiva acordó contratar todos los servicios subsecuentes incluidos en las recomendaciones de CONINVER

- Nuevas exploraciones geológicas.
- Continuar con la construcción de la original casa de máquinas.
- Iniciar un diseño detallado con nuevo dique.
- Diseño detallado de nuevas obras de desvío de Río.
- Continuar con licitación electromecánica de casa de máquinas.
- Revisión de nuevos documentos licitatorios de los componentes de la presa CCR, previendo el eje alternativo propuesto.
- Mantener los proveedores originales que abastecen los equipos electromecánicos para evitar rediseños.

Con actos ejecutados a partir de la fecha 19 de febrero de 2015, CEL progresivamente fue confirmando que la solución propuesta por CONINVER en su informe, representaba la modalidad más conveniente a los intereses de la institución, razón por la cual la Junta Directiva con las recomendaciones técnicas respectivas, fue autorizando los actos objetivos subsecuentes, hasta que incluso en la Sesión 3767 de fecha 30 de mayo 2017 se emite un acuerdo de Junta Directiva, confirmó que la voluntad jurídica y técnica de CEL fue aprobar una modalidad del diseño que garantizara el menor costo posible y con la mayor seguridad física para el referido proyecto; contando con el respaldo técnico-científico requerido y que esto fue del conocimiento y control de la Junta Directiva desde el día 19 de febrero de 2015 por tanto sí se cumplió con el artículo 5) literal d) de la Ley de CEL cuyo texto es: Preparar o hacer preparar estudios, planos, diseños y presupuestos para la construcción, reconstrucción, expansión, mejora, ampliación y reparación de cualquiera obra necesaria para la realización de los fines que esta Ley le encomienda, **y modificar, cuando fuere conveniente, tales planos, diseños y presupuestos.**

Como puede advertirse de toda la prueba presentada al equipo de la Corte, es evidente que la Junta Directiva hizo preparar los estudios, planos y diseños para el eje alternativo del Proyecto El Chaparral, para modificar si resultaba conveniente el diseño, pero teniendo claro, que la reserva del caso en ese momento implicaba tener un especial cuidado y responsabilidad para con las instrucciones giradas por la Fiscalía General de la República de no vulnerar la investigación fiscal, por lo cual la Junta Directiva estaba inhibida de pronunciarse o emitir sus resoluciones de manera explícita o abierta como lo hace en todos los otros procesos, esta situación no se ha valorado adecuadamente por el Equipo Auditor, por tanto, es necesario reiterarlo para que los evalúe conforme a la verdad de los hechos.

Por lo antes expuesto solicito tener por evacuada mi explicación y comentario ante la supuesta deficiencia y con base en las explicaciones tenga por desvanecido dicho supuesto Hallazgo”.

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, Exdirector Propietario** [REDACTED]

[REDACTED] presentó los comentarios siguientes:

“

En razón de lo anterior procedo a responder de la siguiente manera:

Como vemos, el artículo 5 de la Ley de CEL, en su conjunto configura los actos cuya competencia está reservada a la Junta Directiva como el órgano superior jerárquico dentro de la institución. Esta atribución de competencia no obsta para que la Junta Directiva, se apoye de los órganos inferiores dentro de la institución para cumplir con la preparación de estudios, planos, diseños y presupuestos, etc.

Por otra parte, el literal d) que cita el equipo auditor no puede leerse separadamente del resto de literales que configuran la competencia de la Junta Directiva, y esencialmente debe interpretarse integrando lo dispuesto en los literales e) y p) del artículo 5 citado. Estos literales exponen textualmente lo siguiente:

e) Construir o reconstruir, mediante contrato, previa licitación o bajo la dirección de sus propios funcionarios, agentes y empleados, o por conducto o mediación de los mismos, cualquiera obra necesaria para la realización de los fines que esta Ley le encomienda, y las adiciones mejoras y ampliaciones a tales obras.

p) Crear las divisiones técnicas y administrativas que juzgue necesarias para ejercer las funciones y facultades que le otorguen las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general. Lo subrayado es nuestro.

Según consta en el acta de la Sesión No. 3674 de Junta Directiva de CEL del jueves 19 de febrero de 2015 lo que se sometió a conocimiento fue un Informe Final de los “Servicios de auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral” del Contrato No. CEL-5021-S.

Es preciso señalar que la Fiscalía General de la República, Unidad Especializada de Delitos de Corrupción mediante Oficio 002-2014/Ref. 04. UEDC-2014, instruyó lo siguiente: “...se evite la realización de cualquier actividad que pudiere alterar o modificar el estado actual de dicha obra, ya que se encuentra pendiente la realización de un peritaje técnico en las instalaciones del proyecto, siendo esencial que el lugar y las cosas se mantengan en el estado en el que se encuentran en la actualidad, a fin de evitar futuros inconvenientes.” en el desarrollo de la investigación clasificada bajo el expediente fiscal de referencia 04-UEDC- 2014, sobre el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral.

No obstante lo anterior, CEL en el año 2014 estaba evaluando técnicamente el trabajo ejecutado por INTERTECHNE para definir la conveniencia de continuar con el contrato o darlo por terminado, pues a su criterio el servicio de ingeniería de detalle estaba resultando inconveniente para la obra, y por otra parte la actividad de explotación de las calicatas no podían ser concluidas por las restricciones que en ese momento se mantenía

por la investigación que se realizaba por la Fiscalía General de la República de El Salvador.

A pesar que CEL estaba cumpliendo con las restricciones ordenadas por las autoridades fiscales y judiciales en relación al proyecto, el Asesor Legal en materia penal informó a Junta Directiva que el impedimento para continuar la construcción del proyecto podría ser levantado por la FGR, por lo que se consideró necesario emprender todos los actos preparatorios para reactivar el proceso constructivo, llevando a cabo acciones tendientes a tal objetivo para evitar el deterioro de la obra por el paso del tiempo.

CONTRATACIÓN DE AUDITORÍA TÉCNICA. Las áreas técnicas de la CEL. Coordinador de Proyectos y Director del Proyecto expusieron a la Junta Directiva en la Sesión No. 3658 de fecha 16 de octubre de 2014 que técnicamente era necesario e imprescindible para la CEL, que previo a la continuación de las actividades que concluirán el diseño detallado del proyecto se realizará una **auditoría técnica especializada del diseño** de las obras hidráulicas, con el propósito que la Junta Directiva y administración actual contaran con el respaldo necesario frente al reto que representaron las decisiones que se tomaron en relación con este proyecto. La Junta Directiva en el Punto VI de la Sesión No. 3661 del 6 de noviembre de 2014, autorizó la Contratación Directa a **CONSTRUCCIÓN e INVERSIONES, S.A. DE C.V.**, de los **“Servicios de auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la central Hidroeléctrica El Chaparral”**, cuyo plazo de ejecución de los servicios sería para un plazo de 90 días calendario. POR TANTO, DESDE ESTA FECHA JUNTA DIRECTIVA CONOCÍA EL PROPÓSITO DEL SERVICIO REQUERIDO Y LOS PRODUCTOS DE DICHA AUDITORÍA SIEMPRE FUERON SOMETIDOS AL CONOCIMIENTO Y DECISIÓN DE JUNTA DIRECTIVA, TAL COMO HA SIDO VERIFICADO EN LAS ACTAS CORRESPONDIENTE QUE ESE EQUIPO DE AUDITORIA DE LA CORTE DE CUENTAS TUVO ACCESO DURANTE EN EL PRESENTE EXAMEN.

Los expertos designados por la empresa CONINVER, presentaron informe a la Junta Directiva de la CEL en la Sesión No. 3674 de fecha 19 de febrero de 2015, informe final del producto resultante del Contrato No. CEL-5021-S, concluyendo principalmente que el diseño propuesto por INTERTECHNE CONSULTORES, S.A., era un diseño atípico, no práctico e incierto, por lo cual recomendaron entre otros aspectos técnicos **una solución en concreto compactado con rodillo en un eje alternativo**, circunstancia por la cual es importante recalcar ha conocido y tomado todas las decisiones para calificar la solución propuesta por CONINVER como la más conveniente a los intereses de la Comisión, con lo cual ha cumplido fielmente con el artículo 5 literal d).

Prueba de ello, es que el informe recibido en febrero de 2015 con las recomendaciones técnicas de parte de CONINVER era resultado que la Junta Directiva había ordenado preparar esta auditoría que arrojaría aspectos técnicos relevantes en el diseño, incluido el eje.

Otra prueba que la Junta Directiva conoció y controló el cambio del eje o diseño alternativo es porque Junta Directiva acordó contratar todos los servicios subsecuentes incluidos en las recomendaciones de CONINVER.

- Nuevas exploraciones geológicas.
- Continuar con la construcción de la original casa de máquinas.
- Iniciar un diseño detallado con nuevo dique.
- Diseño detallado de nuevas obras de desvío de Río.
- Continuar con licitación electromecánica de casa de máquinas.
- Revisión de nuevos documentos licitatorios de los componentes de la presa CCR, previendo el eje alternativo propuesto.
- Mantener los proveedores originales que abastecen los equipos electromecánicos para evitar rediseños.

Con actos ejecutados a partir de la fecha 19 de febrero de 2015, CEL progresivamente fue confirmando que la solución propuesta por CONINVER en su informe, representaba la modalidad más conveniente a los intereses de la institución, razón por la cual la Junta Directiva con las recomendaciones técnicas respectivas, fue autorizando los actos objetivos subsecuentes, hasta que incluso en la Sesión 3767 de fecha 30 de mayo 2017 se emite un acuerdo de Junta Directiva, confirmó que la voluntad jurídica y técnica de CEL fue aprobar una modalidad del diseño que garantizara el menor costo posible y con la mayor seguridad física para el referido proyecto; contando con el respaldo técnico-científico requerido y que esto fue del conocimiento y control de la Junta Directiva desde el día 19 de febrero de 2015 por tanto sí se cumplió con el artículo 5) literal d) de la Ley de CEL cuyo texto es: Preparar o hacer preparar estudios, planos, diseños y presupuestos para la construcción, reconstrucción, expansión, mejora, ampliación y reparación de cualquiera obra necesaria para la realización de los fines que esta Ley le encomienda, **y modificar, cuando fuere conveniente, tales planos, diseños y presupuestos.**

Como puede advertirse de toda la prueba presentada al equipo de la Corte, es evidente que la Junta Directiva hizo preparar los estudios, planos y diseños para el eje alternativo del Proyecto El Chaparral, para modificar si resultaba conveniente el diseño, pero teniendo claro, que la reserva del caso en ese momento implicaba tener un especial cuidado y responsabilidad para con las instrucciones giradas por la Fiscalía General de la República de no vulnerar la investigación fiscal, por lo cual la Junta Directiva estaba inhibida de pronunciarse o emitir sus resoluciones de manera explícita o abierta como lo hace en todos los otros procesos, esta situación no se ha valorado adecuadamente por el Equipo Auditor, por tanto, es necesario reiterarlo para que los evalúe conforme a la verdad de los hechos.

Por lo antes expuesto solicito tener por evacuada mi explicación y comentario ante la supuesta deficiencia y con base en las explicaciones tenga por desvanecido dicho supuesto Hallazgo”.

E nota de fecha 22 de junio de 2018, el **Exdirector Suplente** [REDACTED]

[REDACTED] manifiesta lo siguiente:

"Sobre el particular es importante resaltar que, como ex Director Suplente, en cumplimiento de la Ley de CEL y su Reglamento formé parte de las decisiones de la Junta Directiva hasta el 3 de marzo de 2015, fecha hasta la cual estuve nombrado.

Por lo anterior estoy inhibido de pronunciarme sobre los asuntos sometidos a conocimiento y control de la Junta Directiva de CEL a partir de dicha fecha; sin embargo como participante de las Sesiones de Junta Directiva hasta el 3 de marzo de 2015 puedo asegurar fehacientemente que la Junta Directiva tuvo total conocimiento y control de la información producida por la Asesoría del Diseño bajo la responsabilidad de CONINVER, y fue Junta Directiva la que resolvió retomar la propuesta de ésta Asesoría que implicaba un diseño con un eje alternativo en la construcción de la presa, por tanto si se cumplió con el artículo 5) literal d) de la Ley de CEL cuyo texto es: Preparar o hacer preparar estudios, planos, diseños y presupuestos para la construcción, reconstrucción, expansión, mejora, ampliación y reparación de cualquiera obra necesaria para la realización de los fines que esta Ley le encomienda, y las adiciones mejoras y ampliaciones a tales obras.

Como puede advertirse de toda la prueba presentada al equipo de la Corte, es evidente que la Junta Directiva hizo preparar los estudios, planos y diseños para el eje alternativo del Proyecto El Chaparral, teniendo claro, el cuidado y responsabilidad para con la Fiscalía General de la República de no vulnerar la investigación fiscal, por lo cual la Junta Directiva estaba inhibida de pronunciarse o emitir sus resoluciones de manera explícita o abierta como lo hace en todos los otros procesos, esta situación no se ha valorado adecuadamente por el Equipo Auditor, por tanto es necesario reiterarlo para que los evalúe conforme a la verdad de los hechos.

Por todo lo anterior, le solicito tener por desvanecido el presunto Hallazgo."

#### COMENTARIOS DE LOS AUDITORES

Analizamos los comentarios presentados por el **Presidente de CEL** [REDACTED] [REDACTED] quien considera que: "Se debe tener presente que, en los alcances de esta auditoría, solamente aplican a los procesos de contratación directa adjudicados en 2015, por lo que resulta pertinente valorar únicamente las contrataciones generadas hasta ese período y las cuales fueron puntualmente 5..."; aclaramos que, dentro de las 5 Contrataciones Directas examinadas, está la CD10/15 adjudicada el 07/12/2015, con la cual se ratifica el reinicio del proyecto, y el alcance aplicable a dicho proceso examinado.

Por lo anteriormente expuesto, la deficiencia se mantiene.

Analizamos los comentarios vertidos por la Administración (**Director Suplente**, [REDACTED] **Director Propietario**, [REDACTED] **Exdirector Propietario**, [REDACTED] con los cuales no

desvirtúan lo observado ya que para dar inicio a las contrataciones del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, debió contar con todas las autorizaciones, incluyendo la aprobación explícita de la Junta Directiva; además, en cumplimiento a los cuerpos normativos mencionados en la condición, la Junta Directiva mediante punto IV del acta 3767 del 30 de mayo de 2017, realiza la autorización del nuevo diseño, con lo cual evidencian que en los años 2015 y 2016 no se contó con dicha aprobación.

Por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

Analizamos los comentarios hechos por el **Exdirector Suplente** [REDACTED] [REDACTED] quien externa que formó parte de las decisiones de la Junta Directiva hasta el 3 de marzo de 2015, fecha con la que coincidimos, ya que la observación parte desde el 1 de enero de 2015, y en fecha 19 de febrero de 2015, participó en la Junta Directiva donde se da por enterado del Informe de "Servicios de Auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral"; sin que se realice ninguna aprobación; por lo tanto la deficiencia se mantiene.

Además, con el comentario siguiente: "Teniendo claro, el cuidado y responsabilidad para con la Fiscalía General de la República de no vulnerar la investigación fiscal, por lo cual la Junta Directiva estaba inhibida de pronunciarse o emitir sus resoluciones de manera explícita o abierta como lo hace en todos los otros procesos", confirman la observación ya que se estaban realizando acciones sin las debidas aprobaciones, siendo hasta el 30 de mayo de 2017, que la Junta Directiva mediante punto IV del acta 3767 realiza la aprobación, por lo que la deficiencia se mantiene, siendo un hecho consumado.

#### **4. Deficiencia en el proceso de Adquisición y Contratación para el "Suministro y montaje de los equipos electromecánicos para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral", realizados mediante Contratación Directa CEL-CD 10/15**

Identificamos deficiencias en el proceso de Adquisición y Contratación para el "Suministro y montaje de los equipos electromecánicos para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral", realizados mediante Contratación Directa CEL-CD 10/15, según lo siguiente:

- a) No se generó competencia en el proceso de contratación directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).
- b) Las Especificaciones Técnicas (denominados por la entidad: "Documento de Solicitud de Oferta"), no fueron autorizados por la máxima autoridad.
- c) En la sección II Evaluación de Ofertas no se incluyó el ítem denominado: "Especialista en puesta en marcha de centrales eléctricas", el cual lo contenía la sección III denominada Especificaciones Técnicas.
- d) Determinamos que la evaluación técnica realizada a la empresa TYAZMASH (única empresa que fue evaluada), no cumplió con el puntaje mínimo de 70 puntos requerido

en el Documentos de Solicitud de Oferta, para ser considerada como una empresa elegible, a pesar de que en el informe de evaluación de fecha 05/11/2015, se le asignó 70.8 puntos, ya que 1.17 puntos, fueron asignados sin el respaldo suficiente, por las razones que a continuación mencionamos:

- i. Al ítem 2.1 se le asignó el puntaje de 4.30 el cual no es consistente con el resultado obtenido en la evaluación del personal clave, que sumó 25 puntos, los cuales al dividirlos entre los 8 especialistas da un resultado de 3.13, concluyendo que 1.17 no están justificados.
  - ii. Cabe mencionar que el informe de evaluación fue presentado el 05/11/2015, no obstante, mediante memorando emitido por el Director del Proyecto con fecha 01/12/2015, informó al Jefe UACI el resultado de la evaluación de profesionales sustituidos por TYAZMASH a quienes se les asignaron 5 puntos a cada uno, con los cuales completaba 30, cantidad que al dividirlo entre 7 especialistas daba como resultado los 4.30 puntos aproximados que consideró el informe de evaluación, lo que confirma que la comisión evaluadora agregó sin justificación 1.17 puntos al total general de la evaluación. En consecuencia, la empresa evaluada no alcanzaba los 70 puntos para ser elegible.
- e) Comprobamos que no existió una investigación de mercado que permitiera hacer los análisis de la viabilidad técnica, económica y financiera sobre otras alternativas de suministro, ya que el Director del Proyecto en mayo 2015 en su recomendación técnica únicamente consideró lo recomendado por CONINVER, S.A. de C.V. bajo el contrato CEL-5021-S, "Servicios de Auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para la construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral".

**Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública**, establece:

#### **Jefe de Adquisiciones y Contrataciones Institucional**

Art. 10.- "La UACI estará a cargo de un Jefe, el cual será nombrado por el Titular de la Institución; quien deberá reunir los mismos requisitos exigidos en el artículo 8 de la presente Ley, y sus atribuciones serán las siguientes:

f) Adecuar conjuntamente con la Unidad solicitante las Bases de Licitación de concurso, términos de referencia o especificaciones técnicas..."

#### **Competencia para Adjudicaciones y Demás**

Art. 18.- "La autoridad competente para la adjudicación de los contratos y para la aprobación de las bases de licitación o de concurso, so pena de nulidad, será el titular, la Junta o Consejo Directivo de las respectivas instituciones de que se trate, o el Concejo Municipal en su caso; asimismo, serán responsables de la observancia de todo lo establecido en esta Ley.

[...] No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, cuando las leyes de creación de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, faculden al consejo o junta directiva designar autoridad para facilitar su gestión, podrán establecer, de conformidad a su estructura orgánica y monto presupuestario, una estructura jerárquica para la adjudicación de los contratos y aprobación de las bases de licitación o de concurso”.

### **Actos Preparatorios**

Art. 41.- “Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien, obra o servicio que desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá dichos instrumentos se denominarán:

- a) Términos de Referencia: que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- b) Especificaciones Técnicas: que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la administración pública solicita;
- c) Bases de Licitación: establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la administración pública;
- d) Bases de Concurso: establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorías; debiendo la institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente”.

### **Responsabilidades de los solicitantes**

Art. 20- Bis.- “Para efectos de esta Ley se entenderá por solicitantes, las unidades o dependencias internas de la Institución que requieran a la UACI la adquisición de obras, bienes o servicios. Estos deberán realizar los actos preparatorios de conformidad a las responsabilidades siguientes:

- c) Determinar las necesidades de obras, bienes y servicios; asimismo realizar investigaciones del mercado que le permitan hacer los análisis y estudios necesarios para verificar la viabilidad técnica, económica, financiera, social o ambiental, necesaria para que la adquisición pueda realizarse; [...]
- e) Adecuar conjuntamente con la UACI, las bases de licitación o de concurso, tomando en cuenta lo dispuesto en la presente Ley, según el tipo de contratación a realizar”.

### **Evaluación de Ofertas**

Art. 55.- “La Comisión de Evaluación de Ofertas deberá evaluar las ofertas en sus aspectos técnicos y económico-financieros, utilizando para ello los criterios de evaluación establecidos en las bases de licitación o de concurso”.

### **Recomendación para Adjudicación, sus Elementos**

Art. 56.- “Concluida la evaluación de las ofertas, la Comisión de Evaluación de Ofertas elaborará un informe basado en los aspectos señalados en el artículo anterior, en el que hará al titular la recomendación que corresponda, ya sea para que acuerde la adjudicación respecto de las ofertas que técnica y económicamente resulten mejor calificadas, o para que declare desierta la licitación o el concurso.

La recomendación a que se refiere este artículo, comprenderá la calificación de la oferta mejor evaluada para la adjudicación correspondiente...”.

### **Definición de Contratación Directa**

Art. 71.- “Para efectos de esta ley, se entenderá por contratación directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el sistema electrónico de compras públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta”.

### **Condiciones para la Contratación Directa**

Art. 72.- “La contratación directa sólo podrá acordarse al concurrir alguna de las situaciones siguientes: literal c) y e)

c) Cuando se trate de proveedor único de bienes o servicios, o cuando en razón de los equipos, sistema, o detalles específicos de las necesidades de soporte con que cuenta la institución, sea indispensable comprar de una determinada marca o de un determinado proveedor, por convenir así a las necesidades e intereses técnicos y económicos de la administración pública;

e) Si se emitiera acuerdo de calificativo de urgencia de conformidad a los criterios establecidos en esta ley...”.

**Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece:**

### **ELABORACIÓN DE INSTRUMENTOS DE CONTRATACIÓN**

“Art. 20.- Para la elaboración y adecuación de las bases de licitación o concurso, términos de referencia o especificaciones técnicas, se utilizarán los modelos proporcionados por la UNAC. En la adquisición de bienes muebles, los instrumentos de contratación deben contener criterios de eficiencia y calidad, cuando aplique.

Para efectos de la adecuación de los instrumentos de contratación, el Jefe UACI o la persona que designe y un representante de la unidad o dependencia solicitante, podrán

integrar un grupo de trabajo para la elaboración del proyecto de instrumentos de contratación, de acuerdo al objeto y alcance de la contratación, al cual se podrá incorporar, si fuere necesario, expertos en la materia objeto del contrato y un asesor legal. El Jefe UACI coordinara la integración del equipo de trabajo”.

## **FACTORES DE EVALUACIÓN**

“Art.46.- La Comisión de Evaluación de Ofertas en su caso, deberá verificar que las ofertas incluyan la información, documentos legales, financieros, técnicos y demás requisitos establecidos en los instrumentos de contratación que corresponda.

... Para efectuar el análisis de las ofertas, la Comisión de Evaluación de Ofertas deberá tomar en cuenta únicamente los factores y criterios indicados en los instrumentos de contratación que correspondan. A cada factor, deberá establecerse los criterios de evaluación y su ponderación en forma clara, los que deberán ser objetivos, mensurables o cuantificables y no arbitrarios. En todo caso, deberán prevalecer los principios de equidad, libre competencia, transparencia y los demás estipulados en el presente Reglamento.

En el sistema de evaluación se asignará la puntuación que deben cumplir los Oferentes para garantizar su capacidad técnica y financiera, según corresponda, así como cualquier otro factor relevante para la capacidad de ejecución de la obra, bien o servicio de que se trate.

Determinado que el Oferente cumple con el puntaje requerido, se pasara a la evaluación de lo ofertado.

Los factores que pueden tomarse en cuenta para la evaluación son, entre otros:

- a) Los criterios técnicos de capacidad y experiencia, tanto del Oferente, como de su personal permanente, tales como méritos académicos y la experiencia del personal que se encargara de ejecutar el contrato, cuando la naturaleza de la contratación así lo requiera;
- b) Su situación financiera y, evaluada con base a índices previamente establecidos;
- c) La metodología y el programa de trabajo, cuando aplique.

Para la adquisición y contratación de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, se considerará como factor decisivo el precio, sin descuidar la calidad de los mismos. En los demás casos, se ponderarán factores de calidad y precio.

La Comisión de Evaluación de Ofertas podrá tomar en consideración las variantes o alternativas que haya ofrecido el que resulte adjudicado, cuando las mismas respondan a requisitos o modalidades de presentación señalados en los instrumentos de contratación, proveyendo en los mismos la forma de evaluación o ponderación de estas variantes. Para poder evaluar las alternativas y opciones presentadas, estas deberán cumplir con todos los requisitos estipulados en los instrumentos de contratación”.

## Adjudicación

“Art. 69.- El titular de la institución, Junta Directiva, Consejo Directivo o Concejo Municipal teniendo a la vista el informe de evaluación de ofertas y acta de recomendación correspondiente, o en su caso, el cuadro comparativo de ofertas, emitirá la resolución de adjudicación o cerrará el procedimiento sin elegir a un Oferente, según corresponda”.

**Manual de Procedimientos para el ciclo de Gestión de Adquisiciones y Contrataciones de las Instituciones de la Administración Pública**, establece:

### “3.3 SELECCIÓN

El propósito de esta etapa es seleccionar al contratista, proveedor, consultor o concesionario, que presente la oferta, sea en términos de calidad y precio, el que mejor satisfaga las necesidades por las cuales se inició el proceso de adquisición o contratación, es decir, aquella oferta que mejor cumpla con los criterios técnicos y económicos de evaluación pre-establecidos en las respectivas bases o carta de invitación u oferta a presentar en los casos de Contratación Directa”.

#### “6.6.1 PROCEDIMIENTO PARA LA CONTRATACIÓN DIRECTA

##### 6.6.1.1 SOLICITUD DE CONTRATACIÓN – (UNIDAD SOLICITANTE)

La Unidad Solicitante presentará a la UACI la solicitud o requerimientos de obra, bienes o servicios (Anexo B4) que se encuentren contenidas en la Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales (PAAC), en la que se incluyen o anexas los términos de referencia o especificaciones técnicas; presupuesto estimado de la obra, bien o servicio, las situaciones fácticas y las razones legales o técnicas que la sustentan la contratación que puede derivar en un proceso de esta modalidad y propuesta de la persona idónea para administrar el contrato”.

##### “6.6.1.2 REVISIÓN PRELIMINAR Y/O ACEPTACIÓN DE SOLICITUD – (UACI)

La UACI realizará previo a iniciar el proceso de contratación directa, una revisión de las razones que motivan la compra, las especificaciones técnicas o términos de referencia y costo estimado de las obras, bienes o servicios; verifica que la contratación se encuentre incluida en la PAAC o realiza la modificación a la misma incluyendo lo solicitado basado en la decisión razonada de proceder a la Contratación Directa si ya se hubiese emitido por la autoridad competente; la UACI obtiene la certificación de la disponibilidad presupuestaria (Anexo B5) de la Unidad Financiera Institucional o unidad que haga sus veces.

**Una vez identificada la causal de contratación directa**, si no se ha emitido la resolución razonada correspondiente para acceder a esta modalidad de contratación, la UACI solicita a la Autoridad Competente de la institución, la resolución o acuerdo razonado (Anexo B24), haciendo relación de las situaciones fácticas y las razones legales o técnicas que la sustentan; pudiendo consignarse en la misma resolución que autoriza el inicio de procedimiento, la adjudicación de la contratación de la obra, bien o servicio. **(Generalmente aplica por las causales de proveedor único, marca específica o**

**estado de emergencia**). Recibido el Acuerdo o Resolución firmada, la UACI procederá a la apertura del expediente.

Dependiendo de la causal identificada preliminarmente por la UACI, se podrá consignar en la misma resolución que autoriza el inicio de procedimiento, la adjudicación de la contratación de la obra, bien o servicio”.

#### “6.6.1.3 PREPARACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DE CONTRATACIÓN, SELECCIÓN DE OFERENTES Y NOMBRAMIENTO DE CEO – (UACI)

La UACI convoca a la unidad solicitante para la adecuación conjunta de las especificaciones técnicas o los términos de referencia de la obra, bien o servicio, que contendrán entre otros la generalidad de la contratación, el sistema de evaluación, los criterios de adjudicación (Anexo A - Documentos y Guías Estándar 7). Cuando el proceso amerite generar competencia, se consulta el Registro de Proveedores de COMPRASAL o el Registro de Oferentes y Contratistas Institucional para seleccionar los posibles oferentes que cumplan los requisitos y les solicita por escrito las ofertas respectivas, adjuntando especificaciones técnicas o términos de referencia”.

#### “6.6.1.6 RECEPCIÓN Y EVALUACIÓN DE OFERTAS E INFORME DE EVALUACIÓN – (CEO)

Recibidas las ofertas en el plazo establecido y si existe nombramiento de Comisión de Evaluación de Ofertas (CEO), la UACI la convoca y les traslada las ofertas y el expediente para que realicen la evaluación basada en los aspectos legales, técnicos y económicos–financieros establecidos en los documentos contractuales...”.

### **Documento de Solicitud de Oferta “Suministro y montaje de los equipos electromecánicos para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral”, establece que:**

Sección II-Evaluación de Ofertas, EO-1 Factores de Evaluación, 2) Verificación de Aspectos Técnicos, Evaluación de la capacidad técnica y experiencia del oferente “La Oferta deberán obtener un mínimo de setenta (70) puntos en la evaluación de la capacidad técnica y experiencia, para que se les considera su propuesta económica”.

#### EO-4 RECOMENDACIÓN DE CONTRATACION DIRECTA

La CEL, autorizara la contratación cuando la oferta cumpla con: 1) los Aspectos Legales, 2) con los requisitos técnicos, y 3) su oferta económicos este dentro de los parámetros de mercado.

### SECCION III- ESPECIFICACIONES TECNICAS.

#### ET-5 PERSONAL CLAVE DEL CONTRATISTA.

El Contratista deberá contar con el siguiente personal clave durante la realización de los trabajos.

Tabla 1. Personal clave

FUNCION	TITULO	EXPERIENCIA
Director de Proyecto	Ing. Mecánico, electricista, electromecánico o rama a fin.	Experiencia como coordinador, gerente de proyectos o diseñador en equipamiento electromecánico para proyectos

FUNCION	TITULO	EXPERIENCIA
		hidroeléctricos con capacidad mayor a 30 MW.
Especialista en desarrollo de ingeniería para los sistemas eléctricos	Ingeniero electricista o electromecánico, o carreras afines	Experiencia en desarrollo de ingeniería de sistemas eléctricos para centrales hidroeléctricas con capacidad mayor a 30 MW.
Especialista en desarrollo de ingeniería para los sistemas mecánicos	Ingeniero mecánico o electromecánico.	Experiencia en desarrollo de ingeniería para elementos mecánicos para centrales hidroeléctricas con capacidad mayor a 30 MW.
Especialista en puesta en marcha de centrales hidroeléctricas	Ing. mecánico, electricista, electromecánico o carreras afines.	Experiencia de 10 a 15 años como consultor para la puesta en marcha de centrales hidroeléctricas con capacidad mayor a 30 MW
Especialista para control de fabricación, suministro y montaje electromecánico.	Ing. Mecánico Electricista, Electromecánico o carreras afines.	Experiencia en desarrollo de ingeniería y/o supervisión o como coordinador de equipamiento y suministro electromecánico de centrales hidroeléctricas con capacidad mayor a 30 MW
Especialista en montaje de equipamiento eléctrico	Ingeniero Electricista, Electromecánico o carreras afines.	Experiencia en desarrollo de ingeniería y/o supervisión de montaje de sistemas eléctricos con capacidad mayor a 30 MW
Especialista en montaje de equipamientos mecánicos	Ingeniero Mecánico o Electromecánico.	Experiencia en desarrollo de ingeniería y/o supervisión de montaje de sistemas mecánicos con capacidad mayor a 30 MW
Coordinador de gestión de calidad, gestión de medioambiente, salud y seguridad en el trabajo	Ingeniero civil, industrial, mecánico o electricista.	Experiencia en el cargo requerido, para proyectos de centrales hidroeléctricas con capacidad mayor a 30 MW.

La deficiencia se origina debido a lo siguiente:

- a) La Junta Directiva aprueba el inicio de la Contratación Directa sin promover competencia. Así como, el Director del Proyecto y el Jefe UACI consideran que no era aplicable generar competencia.
- b) La Junta Directiva, no realizó la aprobación del documento de "Solicitud de Oferta", el Jefe UACI considera que no es necesario realizar dicha aprobación.
- c) El Jefe UACI y Director del Proyecto (Unidad Solicitante), dejaron en el Documento de Solicitud de Oferta, inconsistencias que pondrían en riesgo la evaluación.
- d) La Comisión designada para la evaluación técnica de la oferta presentada por la única empresa evaluada, asignó un puntaje de 1.17 que no está justificado ni era subsanable, y el Director del Proyecto y el Jefe UACI lo acepta como subsanable, para la firma del contrato, con el cual alcanzó el puntaje mínimo necesario para ser considerada elegible.
- e) El Director del Proyecto, no consideró necesario realizar estudios de mercado y retomó la recomendación que emitió la empresa consultora que realizó el rediseño al proyecto.

La falta de cumplimiento de los aspectos legales y técnicos de las contrataciones, genera que la entidad no pueda demostrar transparencia en los procesos de contratación y en la buena utilización de los recursos.

## COMENTARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN

En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron comentarios del Presidente de CEL [REDACTED] en los cuales expresa lo siguiente:

"Respecto a la deficiencia notificada en su momento y que ahora es catalogada como hallazgo se emitió la siguiente respuesta:

### RESPUESTA ANTERIOR (DE FECHA 06 DE JULIO DEL AÑO 2017)

"a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP)".

Me permito explicar y fundamentar en mi calidad de Director Presidente de Junta Directiva de CEL las razones por las cuales no era APLICABLE generar COMPETENCIA de CONFORMIDAD AL ARTICULO 71 y 72 literal c) de la LACAP:

En el Punto IV de la Sesión de Junta Directiva No. 3682, de fecha 13 de mayo de 2015 (Anexo VI), la Comisión en su Acuerdo autorizó el inicio del proceso de contratación directa, cuyos numerales 1, 2 y 3, dicen:

1. "Autorizar el inicio del proceso de contratación directa con la empresa TYAZHMASH para el suministro y montaje de los equipos electromecánicos para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral.
2. Solicitar la "No objeción" del BCIE para la utilización del método de adquisición de Contratación Directa.
3. Autorizar, una vez obtenida la No Objeción del BCIE, solicitarle a TYAZHMASH una oferta para dicho suministro y montaje, la que será evaluada técnica-económica, y dependiendo del grado de cumplimiento y del monto ofertado, la CEL podrá adjudicar total o parcialmente esta contratación".

La anterior decisión se sustentó en los artículos 71 y 72 literal c) de la LACAP, en los cuales se indica que procede la contratación directa de la siguiente manera:

Art. 71.- "Para efectos de esta Ley, se entenderá por contratación directa la forma que una Institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el Titular de la Institución, Junta Directiva, Consejo Directivo o Concejo Municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el sistema electrónico de compras públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta".

Art. 72 lit. c): "Condiciones para la contratación directa:

La contratación directa sólo podrá acordarse al concurrir alguna de las situaciones siguientes:

c) Cuando se trate de proveedor único de bienes o servicios, o **cuando en razón de los equipos, sistema. o detalles específicos de las necesidades de soporte con que cuenta la institución, sea indispensable comprar de una determinada marca o de un determinado proveedor, por convenir así a las necesidades e intereses técnicos y económicos de la administración pública**". (El subrayado y negritas son míos)

Como parte de la Junta Directiva se verificó que existieran objetivamente todas las condiciones previamente establecidas en la Ley, para proceder a autorizar el inicio de la Contratación Directa con la empresa TYAZHMASH, tomando en cuenta las CONDICIONES y términos de referencia de la contratación solicitada, así como las recomendaciones de la unidad solicitante para determinar que no era posible mantener y aplicar los criterios de competencia de conformidad al artículo 71 LACAP, lo que consta en el desarrollo del acta de Junta Directiva y en el Acuerdo Razonado de la misma, de lo que se extrae lo siguiente:

"Que en septiembre del 2008 la CEL suscribió el contrato CEL-4143-S, para ejecutar el proyecto denominado: "Construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral con la empresa Astaldi, S.p.A. dicho contrato tenía entre sus alcances el diseño, fabricación, suministro e instalación y puesta en marcha de los equipos electromecánicos, principalmente con el siguiente detalle:

- i. Subestación 115 kV. incluyendo el tramo de línea a 115 kV.
- ii. Casa de máquinas y sus sistemas auxiliares.
- iii. Turbinas principales, incluyendo los reguladores de velocidad y sus equipamientos mecánicos auxiliares.
- iv. Generadores principales y equipamientos asociados.
- v. Buses de fase aislada.
- vi. Servicios auxiliares de corriente alterna y continua".

**Para ejecutar las actividades antes relacionadas, la contratista presentó como su subcontratista especialista en sistema electromecánico a la empresa Tyazhmash S.A. por lo que, Tyazhmash desarrolló los diseños electromecánicos del Proyecto El Chaparral, estipulados en el diseño básico y en correspondencia con las especificaciones técnicas originales del proyecto, los cuales fueron revisados por el supervisor de la obra (Consortio EUROESTUDIOS INGETEC S.A.). (Anexo VII Carta de autorización como subcontratista de Astaldi a Tyazhmash)**

Es importante mencionar que el Contrato CEL-4143-S se dio por terminado en forma anticipada por mutuo acuerdo en el año 2012, terminando en consecuencia toda relación con la subcontratista Tyazhmash.

Cabe mencionar que, no fue posible para CEL retomar a la brevedad posible la continuidad de la ejecución de las obras de construcción del Proyecto El Chaparral, ya que la Fiscalía General de la República, Unidad Especializada de Delitos de Corrupción inició en octubre 2013 un proceso de investigación del Proyecto El Chaparral, y en ese desarrollo notificó a CEL el 10 de enero de 2014 que se evitara la realización de cualquier actividad que pudiera alterar o modificar el estado de dicha obra, en ese mismo sentido

se recibió el 20 de mayo de 2014 oficio No. 203-14 emitido por el Juzgado de Paz de San Luis La Reina, en la cual notificó a CEL lo siguiente: "Instruya que ningún personal de la Institución o personal contratado o subcontratado por esta, interfiera en la realización de los Actos Urgentes de Comprobación autorizados por este Juzgado", lo anterior imposibilitó totalmente la continuidad de las obras y fue hasta en Junta Directiva celebrada el 7 de mayo de 2015, en el punto VIII que se conoció el oficio 159-2015 emitido por el Juez de Paz de San Luis la Reina, en el cual se declaraba procedente lo solicitado por el Presidente de CEL, en el sentido que a partir del día siguiente hábil de la notificación de la resolución podía disponer libremente (CEL) del inmueble donde se construye la Central Hidroeléctrica El Chaparral.

Las decisiones Judiciales acotadas, generaron a la administración del Proyecto el interés de darle continuidad al mismo a la brevedad.

En ese sentido la unidad requirente (Dirección del proyecto), expuso a la Junta Directiva (tal y como consta en acta) que elaboró las especificaciones técnicas para el suministro y montaje del equipo electromecánico, verificando su integración al diseño de las Obras Civiles a realizar (casa de máquinas o comúnmente conocido como el "hoyo") tomando en cuenta el nuevo eje de presa propuesto por CONINVER, en el cumplimiento del contrato No. CEL-5021-S, denominado "Servicios de auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral", quienes tenían como obligación contractual Recomendar acciones a tomar en cuenta para desarrollar una construcción, con un alto índice de calidad, seguridad y confiabilidad, de todos los componentes hidráulicos de la central hidroeléctrica", **y por tanto recomendaron a CEL: "continuar con la construcción de la original casa de máquinas", "Mantener los proveedores originales que abastecen los equipos electromecánico para evitar rediseños": es decir Tvazhmash.**

Este informe, quedo como anexo al Acta de la Sesión de Junta Directiva 3674, (Anexo VIII) y que en lo pertinente transcribo:

PUNTO 5.1.2.2 "Alternativa modificando la posición del eje de cierre", paginas 5-12 a la 6-3. "Esta alternativa dispone de las siguientes características: se mantiene la casa de máquinas en el sitio actual con aprovechamiento de las obras ya iniciadas... un diseño simple de todas las estructuras y sin incertidumbres; un desvío seguro del río; concentración de estructuras del manejo posterior del río y la conservación de la casa de máquinas en su implantación actual.

#### 6.RECOMENDACIONES:

...De estos análisis surgen claramente las ventajas técnicas y económicas de profundizar los estudios y diseños correspondientes a la Alternativa de desarrollo del cierre en un Nuevo Eje, con el objetivo de llevarla a nivel de Proyecto de Licitación en el menor tiempo posible. Esa es la recomendación de este Grupo de Asesores, luego de un exhaustivo análisis de la documentación presentada.

...

La documentación necesaria para poder efectuar el llamado a licitación de las obras, dado que se trata de estructuras no complejas y probadas (La Casa de Maquinas que es la obra con más requerimiento de documentación ya se encuentra diseñada) no debiera exceder la cantidad de 50 a 60 planos de obra civil, además de los pliegos cómputos, alcance de Ítem y cantidades de obra que también integran la documentación para licitación.

...

**Para continuar con las obras será necesario realizar este programa de actividades:**

- Continuar con la construcción de la casa de máquinas tal como lo dejara diseñado Astaldi, por lo menos hasta cota 170.00 dado que el diseño se revisó y se considera apropiado y acorde a la funcionalidad necesaria en función de los equipos electromecánicos considerados que ya fueron objeto de revisión y están conformes y a las condiciones al contorno...
- Continuar con licitación electromecánica de casa de máquinas manteniendo el equipo de generación previsto por Astaldi, el cual fue base para el diseño de la Casa de Maquinas. Cualquier modificación de esta situación podría tener efectos dramáticos sobre la parte ya construida de la Casa de Maquinas...
- **Mantener los proveedores originales que abastecen los equipos electromecánicos para evitar rediseños**. (negritas y subrayado es mío.)

Por tanto, en la recomendación técnica, el Director del Proyecto toma de base lo expresado por CONINVER y manifestó que consideraba procedente la contratación directa en atención a que TYAZHMASH ERA LA EMPRESA QUE YA PREPARO GRAN PARTE DE LOS DISEÑOS DE LOS EQUIPOS ELECTROMECAÑICOS, TRAYENDO COMO BENEFICIO REDUCCIÓN EN TIEMPO DE SUMINISTRO DE LQS EOUTPOS DE POR LO MENOS 18 MESES Y 5 MESES EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN. HACIENDO UNA REDUCCIÓN TOTAL DE 23 MESES.

**ASIMISMO, EN LA BASE LEGAL CONSTA “ADICIONALMENTE ESTA CONTRATACIÓN TRAERÍA COMO BENEFICIOS INDIRECTOS LA ENTRADA EN LA OPERACIÓN DEL PROYECTO EN UN MENOR TIEMPO Y RECUPERACIÓN DE INGRESOS A CORTO PLAZO PARA CEL”.**

Por todo lo anterior, como Junta Directiva se emitió el acuerdo razonado que transcribo, cumpliendo con todos los requisitos del artículo 71 de la LACAP, Así:

“Que la presente motivación se basa, en que no obstante que el art. 234 inc. 1º Cn., deja claro que se ha instaurado a la licitación pública como regla general de contratación de la Administración Pública, la LACAP habilita para que excepcionalmente, se determinen los casos en los cuales la contratación pública se verifique a través de algún mecanismo distinto, como lo es la Contratación Directa.

En virtud de lo anterior, la LACAP habilita determinar los casos en los que, por mediar supuestos excepcionales, no sea factible la licitación pública como medio de contratación; **siendo el presente caso un supuesto excepcional en razón de que TYAZHMASH es la única empresa que cuenta con el avance del diseño de los equipos y que a su**

**vez puede cumplir con el plazo de ejecución de los servicios de acuerdo a los tiempo que la obra requiere para que la inversión pueda preservarse en beneficio de los intereses nacionales.**

... Con base en lo que regula la LACAP para la Contratación Directa, la sentencia de Inconstitucionalidad antes relacionada y las recomendaciones de la Dirección del Proyecto se razona lo siguiente:

a) Que, en virtud al avance del diseño del equipo, se reduciría el tiempo de ejecución del suministro que se requiere, ya que TYAZHMASH es la empresa que ha preparado gran parte de los diseños de los equipos electromecánicos, trayendo como beneficio reducción en el tiempo de suministro de los equipos de por lo menos 18 meses y 5 meses en el proceso de contratación, haciendo una reducción total de 23 meses.

b) Que tal como se ha sostenido, la actual Junta Directiva está comprometida para que la continuidad del Proyecto El Chaparral se realice siguiendo la recomendación de los asesores en cuanto a la integración al diseño de las obras civiles a realizar (casa de máquinas) tomando en cuenta el nuevo eje de la presa propuesto por CONINVER bajo el contrato CEL-5021-S Servicios de auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral, quienes estudiaron los estudios de rediseño propuesto por Interchne y entre otros aspectos concluyeron: "Recomendar acciones a tomar en cuenta para desarrollar una construcción, con un alto índice de calidad, seguridad y con fiabilidad, de todos los componentes hidráulicos de la central hidroeléctrica", y "Mantener los proveedores originales que abastecen los equipos electromecánico para evitar rediseños".

c) Así mismo tomando como base lo establecido en el artículo 71, y el artículo 72 en el que indica que procede la contratación directa, en los siguientes casos: "c)...o cuando en razón de los equipos, sistema, o detalles específicos de las necesidades de soporte con que cuenta la institución, sea indispensable comprar de una determinada marca o de un determinado proveedor, por convenir así a las necesidades e intereses técnicos y económicos de la administración pública..."

ES IMPORTANTE MENCIONAR QUE LA CONTRATACIÓN DIRECTA EN COMENTO HA SIDO FINANCIADA CON FONDOS BCIE, por lo cual se vuelve para CEL de obligatorio cumplimiento la observancia de las "NORMAS PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTENCIÓN DE BIENES, OBRA, SERVICIOS Y CONSULTORÍA" (la vigente a esa fecha era la de "Agosto 2013") que regulaba en el artículo 23.- Otros Métodos de Adquisición, letra b) Contratación directa, del cual destaco lo siguiente:

"...Este método consiste en llevar a cabo una contratación sin seguir un procedimiento competitivo, puede ser el método apropiado para responder a ciertas circunstancias, tales como la necesidad de continuación de obras, servicios... provistas con anterioridad".

En vista de lo antes expuesto, y la evidencia que agrego se demuestra que la Junta Directiva actuó en el marco del artículo 71 y 72 de la LACAP, para determinar que no era aplicable para esta contratación los CRITERIOS DE COMPETENCIA DEBIDO A LA CAUSAL QUE MOTIVABA LA CONTRATACIÓN, TOMANDO EN CUENTA LAS CONDICIONES Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LOS SERVICIOS REQUERIDOS POR LA DIRECCIÓN DEL PROYECTO, ASÍ COMO EN LO APLICABLE DE LAS NORMAS BCIE y por tanto no existe la deficiencia presumida.

“b) Los Términos de Referencia, Especificaciones Técnicas o Bases de Licitación (denominados por la Entidad Documento de Solicitud de Oferta), no fueron autorizados por la máxima autoridad, además, no fue solicitada la no objeción del BCIE a dicho documento”.

Es importante aclarar en este punto que el artículo 18 de la LACAP establece claramente que el titular o la Junta Directiva aprobará las BASES DE LICITACIÓN O CONCURSO.

Para este caso, por ser una CONTRATACIÓN DIRECTA definida por ley en el artículo 71 LACAP, establece que esta se dará: “...tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas, (no indica que sean aprobadas), recordando que como funcionarios no tenemos más facultades que las que expresamente establece la Ley. Entonces ¿quién define los Términos de Referencia y Especificaciones Técnicas?, esto la misma Ley y Reglamento dan la respuesta, la LACAP lo establece en su artículo 20 Bis, en su letra b), y en el RELACAP en el artículo 20 tercer inciso, que dicen:

#### LACAP

Artículo. 20 Bis. Responsabilidades de los Solicitantes.

Para efectos de esta Ley se entenderá por solicitantes, las unidades o dependencias internas de la institución que requieran a la UACI la adquisición de obras, bienes o servicios. **Estos deberán realizar los actos preparatorios de conformidad a las responsabilidades siguientes:**

... b) Elaborar la solicitud de las adquisiciones v contrataciones de obras, bienes o servicios, la cual deberá acompañarse de las especificaciones o características técnicas de las mismas, así como toda aquella información que especifique el objeto contractual y que facilite la formulación de las bases de licitación.

#### RELACAP

ELABORACIÓN DE INSTRUMENTOS DE CONTRATACIÓN Art. 20.-...

La Unidad solicitante definirá objeto, cantidad, calidad, especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras, bienes y servicios, valores estimados, condiciones específicas de administración de los contratos y la necesidad, en su caso, de permisos administrativos, incluyendo ambientales y de salud; y el Jefe UACI o la persona que éste designe, verificará los requisitos legales, administrativos y financieros que serán solicitados y el procedimiento de contratación para cada una de las situaciones que lo requieran.

Tomando como base lo anterior, queda claro que la Unidad Solicitante es la que define los “Términos de Referencia, Especificaciones Técnicas, no requiriendo su aprobación de la Junta Directiva, esto también se confirma en el punto de acta de autorización del inicio del proceso de contratación directa se indica en la página 5 de dicha acta: “La administración del proyecto ha elaborado las especificaciones técnicas para el suministro y montaje del equipo electromecánico verificando su integración al diseño de las obras civiles a realizar”.

Así mismo, a nuestro entender términos de referencia, especificaciones técnicas o bases de licitación o concurso, no son sinónimos, la LACAP los define claramente en el artículo 41, que literalmente dice:

#### “ACTOS PREPARATORIOS

Art. 41.- PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE CONTRATACIÓN, LA INSTITUCIÓN DEBERÁ ESTABLECER LOS REQUERIMIENTOS O CARACTERÍSTICAS MÍNIMAS INDISPENSABLES PARA EL BIEN, OBRA O SERVICIO QUE DESEA ADQUIRIR; ASÍ COMO IDENTIFICAR EL PERFIL DE OFERTANTE O CONTRATISTA QUE LO PROVEERÁ. DICHS INSTRUMENTOS SE DENOMINARÁN:

- a) TÉRMINOS DE REFERENCIA: QUE ESTABLECERÁN LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS SERVICIOS QUE LA INSTITUCIÓN DESEA ADQUIRIR;
- b) ESPECIFICACIONES TÉCNICAS: QUE ESTABLECERÁN LOS REQUISITOS QUE DEBEN REUNIR LAS OBRAS O BIENES QUE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SOLICITA;
- c) BASES DE LICITACIÓN: ESTABLECERÁN LOS CRITERIOS LEGALES, FINANCIEROS Y TÉCNICOS QUE DEBERÁN CUMPLIR LOS OFERTANTES Y LOS BIENES, OBRAS Y SERVICIOS QUE OFRECEN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA;
- d) BASES DE CONCURSO: ESTABLECERÁN LOS CRITERIOS A QUE SE REFIERE EL LITERAL ANTERIOR PARA LA CONTRATACIÓN DE CONSULTORÍAS; DEBIENDO LA INSTITUCIÓN ESTABLECER CON CLARIDAD SI LA CONSULTORÍA ES PARA PERSONAS NATURALES, JURÍDICAS, O AMBAS INDISTINTAMENTE.

POR TANTO, COMO MIEMBRO DE JUNTA DIRECTIVA SOLICITO SE ME RELEVE DE RESPONSABILIDAD RESPECTO DE ESTA PRESUNTA DEFICIENCIA, de conformidad al art. 19 inciso segundo de la LACAP en relación al artículo 59 Inciso 1 y 100 inciso 1 de la Ley de la Corte de Cuentas, que dicen:

“Seguimiento y Responsabilidad Art. 19.-...

Los subalternos que tuvieren a su cargo los actos preparatorios de las adquisiciones y contrataciones, así como lo relacionado con la vigilancia de su ejecución y liquidación, responderán personalmente por las infracciones o delitos que ellos cometieren, en ocasión de los actos regulados en esta Ley”.

“Responsabilidad conjunta o solidaria.

Art. 59. Inciso 1 °- Habrá lugar a responsabilidad conjunta cuando dos o más personas aparezcan como coautores del mismo acto administrativo que haya generado la responsabilidad; será solidaria cuando la Ley lo determine”.

“Responsabilidades en procesos contractuales.

Art. 100.- Los funcionarios y empleados que dirijan los procesos previos a la celebración de los contratos de construcción, suministro, asesoría o servicios al Gobierno y demás entidades a que se refiere el Art. 3 de esta Ley, serán responsables por lo apropiado y aplicable de las especificaciones técnicas y por su legal celebración”

...POR TANTO, NO ERA EXIGIBLE LA APROBACIÓN DE LA MÁXIMA AUTORIDAD SEGÚN LA LACAP, NI DEL BCIE SEGÚN LA NORMA DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA, NO EXISTIENDO POR TANTO LA DEFICIENCIA PRESUMIDA, EN CONSECUENCIA, SOLICITO SE ME EXCLUYA DE RESPONSABILIDAD.”

Ante esta respuesta, los comentarios de los auditores en el informe de borrador que nos ocupa se plasman de la siguiente forma:

“Analizamos los comentarios y documentación presentada por el Presidente quien está relacionado con los literales a) y b), y expresa que no era aplicable generar competencia y que la Contratación Directa está sustentada en los artículos 71 y 72 literal c) de la LACAP, haciendo énfasis a que excepcionalmente se determinen los casos en los cuales la contratación pública se verifique a través de algún mecanismo distinto, como lo es la Contratación Directa, sobre este comentario aclaramos que no se cuestiona el hecho de haberse llevado a cabo la adquisición, por medio de la Contratación Directa, sino que debió haberse generado competencia y transparentado el proceso, ya que realizar un proceso de adquisición por Contratación Directa no exime a la entidad de generar competencia y esto estará en función de la causal que la motive, para el caso no se trata de proveedor único, y en el caso de marca específica existe la posibilidad de generar competencia, ya que puede ser que la marca sea comercializada por más de una persona natural o jurídica.

Además, no presenta evidencia que demuestre que era la mejor opción y en qué consistió la reducción de tiempo, comparado con otras empresas. Con respecto al comentario de que los términos de referencia, especificaciones técnicas o bases de licitación o concurso, no son sinónimos y que en la LACAP están claramente definidos, somos de la opinión que el artículo 41 de la LACAP dispone que la institución deberá emitir para toda adquisición los Instrumentos de Contratación, no define expresamente a quien corresponde dicha facultad pero alude a que debe realizarlo la institución, por lo que de no ser autorizados por la Máxima Autoridad Institucional, ésta debe definir internamente quien o cual será la instancia que lo debe realizar, y no presenta evidencia de que exista una delegación expresa de quien aprobará dichos documentos.”

Como puede observarse, los honorables auditores no motivaron o fundamentaron sus comentarios de forma pertinente ya que en cuanto a la causal de contratación directa regulada en el Art.- 72 literal c), no me referí en mi respuesta a la primera condición sobre la cual emitieron sus comentarios, sino a la segunda que establece “...o cuando en razón

de los equipos, sistema o detalles específicos de las necesidades de soporte con que cuenta la institución, sea indispensables comprar de una determinada marca o de un determinado proveedor, por convenir así a las necesidades e intereses técnicos y económicos de la administración pública” y sobre ese realice todas mis argumentaciones sobre las cuales no ha habido pronunciamiento de los auditores a estas alturas, y sigo siendo del criterio que mi actuación como Presidente de la Junta Directiva de la Comisión ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, fue apegada a la Ley ya que esa es una de la excepciones en las que se permite que la contratación directa se realice sin competencia por los argumentos que plasmé en mi escrito de explicación y los cuales mantengo a la fecha y reitero no han sido resueltos. (El subrayado y las negritas son míos).

En cuanto el tema a las especificaciones técnicas, respetuosamente considero que la interpretación emitida en sus comentarios es errada e incongruente con el espíritu de la Ley, ya que es de recordar que a los funcionarios nos aplica el principio de legalidad establecido en la Constitución, y que únicamente permite ejecutar lo que se encuentre dentro de la competencia expresa, el Art. 41 de la LACAP, lo que regula según su acápite son LOS ACTOS PREPARATORIOS, y efectivamente señala que es la institución quien establece los requerimientos mínimos para cualquier tipo de contratación, definiendo claramente la denominación del tipo de instrumento, como ustedes dicen, este artículo no define expresamente a quien le corresponde dicha facultad, pero el Art. 20 bis, señala quienes son los responsables de realizar los ACTOS PREPARATORIOS y cuáles son sus responsabilidades, definiéndolo así:

“Para efectos de esta Ley se entenderán por solicitantes las unidades o dependencias internas de la institución que requieran a la UACI la adquisición de obras, bienes o servicios. Estos deberán realizar los actos preparatorios de conformidad a las responsabilidades siguientes...”

Y para el caso de la contratación directa, el Art.- 71 de la LACAP señala que esta modalidad de contratación debe ser tomada por el titular TOMANDO EN CUENTA LAS CONDICIONES Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS **PREVIAMENTE DEFINIDAS**.

Y para concluir, el Art. 18 de la LACAP señala de forma taxativa o expresa que a la Junta Directiva le corresponde únicamente de los instrumentos señalados en el art. 41 aprobar la base de licitación o de concurso so pena de nulidad, y en el mismo artículo establece que la aprobación de tales documentos pueden ser delegados por ser competencias del mismo, por lo cual difiero de la interpretación de los señores auditores sobre delegar algo que no está en nuestra competencia, por lo cual solicito que se valoren nuevamente todos los argumentos de forma objetiva que se expusieron en mi respuesta, así como los que hoy emito y se tenga por superada la deficiencia y por ende la inexistencia del hallazgo”.

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, se recibieron comentarios del Director Suplente [REDACTED] en los que expone:**

"Identificamos deficiencias en el proceso de adquisición y contratación para el proceso de Adquisición y Contratación para el suministro y montaje de los equipos electromecánico para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, realizados mediante Contratación Directa CEL-CD 10/15 según lo siguiente:

- a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa Cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública.
- b) Las Especificaciones Técnicas (Denominadas por la entidad Documento de Solicitud de Oferta) no fue Autorizadas por la máxima autoridad.

En relación con lo anterior nos referiremos a cada uno de los señalamientos realizados por equipo auditor de la siguiente manera:

"a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).

En primer lugar, el proceso de CEL-CD 10-15, Contratación para el suministro y montaje de los equipos electromecánico para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, por ser un contrato financiado en un cien por cien por los fondos provenientes del BANCO CENTROAMERICANO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA estuvo sujeto a las "NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTENCIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORÍA" de agosto 2013 (Norma BCIE).

Lo anterior condiciona a estas contrataciones la aplicación de las normas propias de dicho ente financiero vigentes para la realización de los procesos, lo cual también está contemplado en el artículo 4 Letra a) de la LACAP que establece:

#### **Artículo 4.- Exclusiones**

##### **Se considerarán excluidos de la aplicación de esta Ley:**

- a) "Las adquisiciones y contrataciones financiadas con fondos provenientes de Convenios o Tratados que celebre el Estado con otros Estados o con Organismos Internacionales, en los cuales se establezcan los procesos de adquisiciones y contrataciones a seguir en su ejecución. En los casos en que sea necesario un aporte en concepto de contrapartida por parte del Estado también se considerará excluida"

Las normas BCIE, también señalan la aplicación supletoria de la LACAP, en su artículo 6 segundo inciso:

## **“Artículo 6. Legislación Nacional**

...

El Prestatario/Beneficiario **podrá aplicar, en forma supletoria, los requisitos formales o detalles de procedimiento contemplados en la legislación nacional del país** en donde se ejecuta la Operación **únicamente en los casos en que dichos requisitos no estén incluidos en estas Normas**, en la Política o en los procedimientos del BCIE y que su aplicación no se oponga a los principios básicos de las adquisiciones o a las reglas generales de economía y eficiencia que se deben respetar en la adquisición de bienes, obras, servicios y consultorios con recursos del BCIE ”.

La norma BCIE también regula su propio método para las Contrataciones Directas, según lo señala el artículo 23, letra b), en el romano iii:

### **“Artículo 23. Otros Métodos de Adquisición**

El Prestatario/Beneficiario podrá utilizar otros métodos de contratación, diferentes a los descritos en el artículo anterior, cuando las características de la adquisición lo permitan. En estos casos, por tratarse de procesos menos competitivos, el Prestatario/Beneficiario deberá cumplir con establecer las garantías básicas de transparencia que deben reunir los procesos de adquisición.

Estos otros métodos” son:

...

#### b) Contratación directa

Para la utilización de este método, la Gerencia de País o Área Técnica responsable de la Operación, **previo a emitir la no objeción**, deberá contar con la autorización para la utilización de éste método por parte del Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones o del Comité Gerencial de Adquisiciones, según corresponda por el monto presupuestado para la adquisición.

Este método consiste en llevar a cabo **una contratación sin seguir un procedimiento competitivo**. Puede ser el método apropiado para responder a ciertas circunstancias, tales como la necesidad de **continuación de obras, servicios o consultorías específicas provistas con anterioridad**, ampliación de contratos ya existentes que resultaron de procesos competitivos, situaciones de emergencia, proveedores únicos y otros.

Además de lo anterior, el BCIE prevé, en forma no limitativa, otras circunstancias especiales en que la licitación o el concurso puede no ser el método de adquisición más apropiado.

Estas “circunstancias especiales” incluyen:

- iii. Cuando se considere ampliar o renovar en cualquiera de sus términos un contrato anterior que fue el resultado de una licitación o concurso público...”

Tal como se establece en los párrafos precedentes CEL está obligada a dar cumplimiento a los requisitos establecidos por el BCIE, para las contrataciones que se realicen con fondos provenientes de los préstamos adquiridos con dicho organismo, lo que incluye este caso específico, la de una contratación directa.

Una de las razones del porque esta Junta Directiva autorizó la Contratación Directa de TYAZHMASH sin realizar competencia, se debe a que la empresa ya poseía un avance sustancial en el diseño de los equipos electromecánicos, pues la misma había sido subcontratista de la empresa ASTALDI, este avance contaba con la aprobación de la supervisión del proyecto en el modelo reducido de la turbina, que había pasado la pruebas en laboratorio, esto significó un ahorro sustancial para CEL en tiempo y dinero lo cual fundamenta una conveniencia para los fines institucionales.

De no contratarse a esta empresa hubiera conllevado a CEL a un atraso en la ejecución de la obra en por lo menos 18 meses, pues de haberse convocado a otras participantes, estos requerirían de un tiempo mínimo de 18 meses para desarrollar el diseño, y este diseño tendría un costo que estaría inmerso en la oferta, es por esta razón que se planteó la Contratación Directa la cual bajo la norma del BCIE NO REQUERÍA COMPETENCIA.

Por otro lado, cada fabricante de turbina y generador tiene sus propios procedimientos y sistemas de diseño y fabricación de estos elementos, al ser un bien que NO puede encontrarse disponible en el mercado sino que debe ser diseñado y elaborado sabiendo las especificaciones del sitio de presa; asimismo no hay disponibilidad que en el mercado un fabricante retome los diseños de otros ya que por derechos de autor el fabricante no está dispuesto a entregar sus diseños a otro por tanto la única manera de proceder es manteniendo al suministrante que ya tenía adelantado los diseños, pues con ello se garantizaba una conveniencia económica para el fin público.

La Sentencia de Inconstitucionalidad No. 67-2015 refiriéndose a las Contrataciones Directas bajo la LACAP ha expresado: En ese orden, se advierte que este mecanismo de contratación carece de las características mostradas por la licitación pública, por ello opera en casos específicos en los que no sea propicio acudir a la licitación pública, pero la administración deba satisfacer requerimientos de interés general. Por tanto, la principal característica de la contratación directa es proceder en determinadas circunstancias muy calificadas en las que resulta sumamente difícil convocar un proceso de licitación bajo la amenaza de ver comprometido el interés público.

Lo anterior nos lleva a destacar en el presente caso que materia de la Contratación Directa el requerimiento principal es la satisfacción del interés general el cual debe estar soportado en criterios de eficiencia y lo que resulte lo más conveniente a la institución, en el caso concreto era realizar un proceso de contratación directa sin competencia, ya que uno de los objetivos era el de aprovechar los diseños ya aprobados (lo cual implica también un ahorro en el costo del contrato), para lo que era necesario contratar a la empresa que había realizado dicho diseño.

Como ya se ha indicado anteriormente, el BCIE en su Norma, en el artículo 23, letra b), romano iii, se establece que procede la Contratación Directa: *..“Cuando se considere ampliar o **renovar en cualquiera de sus términos** un contrato anterior que fue el **resultado de una licitación o concurso público**”,* que es nuestro caso, ya que la contratación original de ASTALDI fue mediante un proceso de licitación, y se requería renovar los términos de la subcontratación de los equipos electromecánico, que formaba

parte del contrato original, **por lo que el 3 de junio de 2015 se le solicitó al BCIE su "No Objeción" a dicha contratación.**

La "No Objeción" del BCIE emitida el 20 de julio de 2015, el cual a las normas BCIE, se convierte en el requisito habilitante para la contratación, misma que en su tercer párrafo indica:

"Al respecto. después de analizar la información brindada, le manifestamos que el Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones (CEIA) del BCIE autorizó la utilización del método de "Contratación Directa " para que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), contrate de forma directa a la Sociedad Anónima Abierta TYAZHMASH, bajo la modalidad de precios unitarios y suma globales, para el suministro y montaje de los equipos electromecánicos de la Central Hidroeléctrica El Chaparral (Casa de Máquina y Sub Estaciones)."

De conformidad a lo anterior ha quedado demostrado que todos los requisitos legales se cumplieron a cabalidad y con base en la primacía de las normas BCIE era válido la contratación directa sin competencia, por las razones y justificaciones que técnicamente fueron expuestas al BCIE, el cual las avaló y autorizó a través de la NO OBJECCIÓN dicha contratación, la cual es clara en sus términos (**ANEXO 3**).

**b) Las Especificaciones Técnicas (Denominadas por la entidad Documento de Solicitud de Oferta) No fue Autorizadas por la máxima autoridad.**

En el mismo sentido antes expuestos, las normas BCIE regían el presente proceso sin embargo estas no regulan algo al respecto, por lo cual tal como se ha señalado la LACAP y RELACAP es supletoriamente aplicable.

En la LACAP y RELACAP no existe disposición legal que establezca que la Junta Directiva debe aprobar las Especificaciones Técnicas de una Contratación Directa.

En primer lugar, es necesario aclarar que este proceso **no es uno de licitación o de concurso**, es un proceso de contratación directa, al que le aplican primeramente la normativa BCIE y supletoriamente la LACAP, y en esta norma no está establecido que el titular aprobará las especificaciones técnicas, por el contrario, el artículo 71 de la LACAP expresamente indica:

#### **Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, **tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas.** Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal según sea el caso, debiendo además publicarla en

el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

Lo que expresamente manda la LACAP, es que la contratación se realizará tomando en consideración las condiciones y especificaciones previamente definidas, **no dice aprobadas ni autorizadas**, situación que como se ha explicado no está tampoco contemplada por el organismo financiador del proyecto (BCIE) en la "NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTECIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORIA", como si lo requiere para los documentos bases de licitación o concurso.

Aplicando el Principio de Legalidad que rige para la administración pública, la Junta Directiva no podía aprobar las Especificaciones Técnicas porque no está habilitada para ello.

De lo anterior se colige la confusión presentada por el equipo auditor al no distinguir entre bases de licitación o concurso, y el concepto de especificaciones técnicas de las cuales habla el citado artículo 71 LACAP, confusión que se resalta cuando fundamentan su señalamiento lo dispuesto en el artículo 41 de la LACAP.

**Artículo 41.- Actos Preparatorios.** Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien, obra o servicio que desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá. Dichos instrumentos se denominarán:

- a) Términos de referencia: que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- b) Especificaciones técnicas: que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la Administración Pública solicita;
- c) Bases de Licitación: establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la Administración Pública;
- d) Bases de Concurso: establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorías; debiendo la Institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente.

Lo establecido en los literales a) y b) de este artículo, podrán utilizarse para la Libre Gestión cuando aplique.

Como observamos el artículo anterior, define cada uno de los documentos de manera separada esto es en función a que cada uno de estos puede aplicar a formas de contratar diferentes y por tanto serán excluyentes en la medida que la administración identifique una manera u otra, por tanto, SOLO EN UNA LICITACIÓN HABRÁ BASES DE LICITACIÓN, Y SOLO EN UNA CONTRATACIÓN DIRECTA HABRÁ ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, LO QUE HACE EL EQUIPO DE AUDITORIA ES HOMOLOGAR SIN BASE LEGAL ALGUNA EL CONCEPTO DE BASE DE LICITACION

Y ESPECIFICACION TECNICA, LO CUAL NO PUEDE TOMARSE COMO BASE PARA UN SEÑALAMIENTO O HALLAZGO.

El documento de Solicitud de Oferta fue elaborado en forma conjunta, con funcionarios de la UACI, de la Gerencia Legal y de la Dirección del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, como se puede evidenciar en el borrador del documento de solicitud de ofertas de JUNIO DE 2015 que aparece en el expediente de la contratación directa CD 10/15, en los folios del 0000018 al 0000180, el cual está firmado por todos los que participaron en dicha formulación del documento, demostrando de esta forma que si se realizó conjuntamente dicho documento, lo cual ha sido señalado por el Jefe UACI.

Aunado a lo anterior es lógico también establecer que en el caso que lo anterior fuera expresamente mandatado, la Junta Directiva no puede ser señalada por una actuación que no se hizo de su conocimiento, por tanto, no existe fundamento legal que sustente el señalamiento realizado por el equipo auditor, adicionalmente Junta Directiva solo puede autorizar lo que la ley expresamente establece por el principio de legalidad con el que rige sus actuaciones.

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado”.

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Director Propietario** [REDACTED]

[REDACTED] expresa en sus comentarios lo siguiente:

“En relación con lo anterior nos referiremos a cada uno de los señalamientos realizados por equipo auditor de la siguiente manera:

**“a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).**

En primer lugar, el proceso de CEL-CD 10-15, Contratación para el suministro y montaje de los equipos electromecánico para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, por ser un contrato financiado en un cien por cien por los fondos provenientes del BANCO CENTROAMERICANO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA estuvo sujeto a las “NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTENCIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORÍA” de agosto 2013 (Norma BCIE).

Lo anterior condiciona a estas contrataciones la aplicación de las normas propias de dicho ente financiero vigentes para la realización de los procesos, lo cual también está contemplado en el artículo 4 Letra a) de la LACAP que establece:

**Artículo 4.- Exclusiones**

**Se considerarán excluidos de la aplicación de esta Ley:**

- a) "Las adquisiciones y contrataciones financiadas con fondos provenientes de Convenios o Tratados que celebre el Estado con otros Estados o con Organismos Internacionales, en los cuales se establezcan los procesos de adquisiciones y contrataciones a seguir en su ejecución. En los casos en que sea necesario un aporte en concepto de contrapartida por parte del Estado también se considerará excluida"

Las normas BCIE, también señalan la aplicación supletoria de la LACAP, en su artículo 6 segundo inciso:

#### **"Artículo 6. Legislación Nacional**

...

El Prestatario/Beneficiario **podrá aplicar, en forma supletoria, los requisitos formales o detalles de procedimiento contemplados en la legislación nacional del país** en donde se ejecuta la Operación **únicamente en los casos en que dichos requisitos no estén incluidos en estas Normas**, en la Política o en los procedimientos del BCIE y que su aplicación no se oponga a los principios básicos de las adquisiciones o a las reglas generales de economía y eficiencia que se deben respetar en la adquisición de bienes, obras, servicios y consultorios con recursos del BCIE".

La norma BCIE también regula su propio método para las Contrataciones Directas, según lo señala el artículo 23, letra b), en el romano iii:

#### **"Artículo 23. Otros Métodos de Adquisición**

El Prestatario/Beneficiario podrá utilizar otros métodos de contratación, diferentes a los descritos en el artículo anterior, cuando las características de la adquisición lo permitan. En estos casos, por tratarse de procesos menos competitivos, el Prestatario/Beneficiario deberá cumplir con establecer las garantías básicas de transparencia que deben reunir los procesos de adquisición.

Estos otros métodos" son:

...

- b) Contratación directa

Para la utilización de este método, la Gerencia de País o Área Técnica responsable de la Operación, **previo a emitir la no objeción**, deberá contar con la autorización para la utilización de éste método por parte del Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones o del Comité Gerencial de Adquisiciones, según corresponda por el monto presupuestado para la adquisición.

Este método consiste en llevar a cabo **una contratación sin seguir un procedimiento competitivo**. Puede ser el método apropiado para responder a ciertas circunstancias, tales como la necesidad de **continuación de obras, servicios o consultorías específicas provistas con anterioridad**, ampliación de contratos ya existentes que resultaron de procesos competitivos, situaciones de emergencia, proveedores únicos y otros.

Además de lo anterior, el BCIE prevé, en forma no limitativa, otras circunstancias especiales en que la licitación o el concurso puede no ser el método de adquisición más apropiado.

Estas "circunstancias especiales" incluyen:

- iii. Cuando se considere ampliar o renovar en cualquiera de sus términos un contrato anterior que fue el resultado de una licitación o concurso público..."

Tal como se establece en los párrafos precedentes CEL está obligada a dar cumplimiento a los requisitos establecidos por el BCIE, para las contrataciones que se realicen con fondos provenientes de los préstamos adquiridos con dicho organismo, lo que incluye este caso específico, la de una contratación directa.

Una de las razones del porque esta Junta Directiva autorizó la Contratación Directa de TYAZHMASH sin realizar competencia, se debe a que la empresa ya poseía un avance sustancial en el diseño de los equipos electromecánicos, pues la misma había sido subcontratista de la empresa ASTALDI, este avance contaba con la aprobación de la supervisión del proyecto en el modelo reducido de la turbina, que había pasado la pruebas en laboratorio, esto significó un ahorro sustancial para CEL en tiempo y dinero lo cual fundamente una conveniencia para los fines institucionales.

De no contratarse a esta empresa hubiera conllevado a CEL a un atraso en la ejecución de la obra en por lo menos 18 meses, pues de haberse convocado a otras participantes, estos requerirían de un tiempo mínimo de 18 meses para desarrollar el diseño, y este diseño tendría un costo que estaría inmerso en la oferta, es por esta razón que se planteó la Contratación Directa la cual bajo la norma del BCIE NO REQUERÍA COMPETENCIA.

Por otro lado, cada fabricante de turbina y generador tiene sus propios procedimientos y sistemas de diseño y fabricación de estos elementos, al ser un bien que NO puede encontrarse disponible en el mercado sino que debe ser diseñado y elaborado sabiendo las especificaciones del sitio de presa; asimismo no hay disponibilidad que en el mercado un fabricante retome los diseños de otros ya que por derechos de autor el fabricante no está dispuesto a entregar sus diseños a otro por tanto la única manera de proceder es manteniendo al suministrante que ya tenía adelantado los diseños, pues con ello se garantizaba una conveniencia económica para el fin público.

La Sentencia de Inconstitucionalidad No. 67-2015 refiriéndose a las Contrataciones Directas bajo la LACAP ha expresado: En ese orden, se advierte que este mecanismo de contratación carece de las características mostradas por la licitación pública, por ello opera en casos específicos en los que no sea propicio acudir a la licitación pública, pero la administración deba satisfacer requerimientos de interés general. Por tanto, la principal característica de la contratación directa es proceder en determinadas circunstancias muy calificadas en las que resulta sumamente difícil convocar un proceso de licitación bajo la amenaza de ver comprometido el interés público.

Lo anterior nos lleva a destacar en el presente caso que materia de la Contratación Directa el requerimiento principal es la satisfacción del interés general el cual debe estar

soportado en criterios de eficiencia y lo que resulte lo más conveniente a la institución, en el caso concreto era realizar un proceso de contratación directa sin competencia, ya que uno de los objetivos era el de aprovechar los diseños ya aprobados (lo cual implica también un ahorro en el costo del contrato), para lo que era necesario contratar a la empresa que había realizado dicho diseño.

Como ya se ha indicado anteriormente, el BCIE en su Norma, en el artículo 23, letra b), romano iii, se establece que procede la Contratación Directa: ..“Cuando se considere ampliar o renovar en cualquiera de sus términos un contrato anterior que fue el resultado de una licitación o concurso público”, que es nuestro caso, ya que la contratación original de ASTALDI fue mediante un proceso de licitación, y se requería renovar los términos de la subcontratación de los equipos electromecánico, que formaba parte del contrato original, por lo que el 3 de junio de 2015 se le solicitó al BCIE su “No Objeción” a dicha contratación.

La “No Objeción” del BCIE emitida el 20 de julio de 2015, el cual a las normas BCIE, se convierte en el requisito habilitante para la contratación, misma que en su tercer párrafo indica:

“Al respecto, después de analizar la información brindada, le manifestamos que el Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones (CEIA) del BCIE autorizó la utilización del método de “Contratación Directa ” para que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), contrate de forma directa a la Sociedad Anónima Abierta TYAZHMASH, bajo la modalidad de precios unitarios y suma globales, para el suministro y montaje de los equipos electromecánicos de la Central Hidroeléctrica El Chaparral (Casa de Máquina y Sub Estaciones).”

De conformidad a lo anterior ha quedado demostrado que todos los requisitos legales se cumplieron a cabalidad y con base en la primacía de las normas BCIE era válido la contratación directa sin competencia, por las razones y justificaciones que técnicamente fueron expuestas al BCIE, el cual las avaló y autorizó a través de la NO OBJECCIÓN dicha contratación, la cual es clara en sus términos y se Anexa.

**b) Las Especificaciones Técnicas (Denominadas por la entidad Documento de Solicitud de Oferta) No fue Autorizadas por la máxima autoridad.**

En el mismo sentido antes expuestos, las normas BCIE regían el presente proceso sin embargo estas no regulan algo al respecto, por lo cual tal como se ha señalado la LACAP y RELACAP es supletoriamente aplicable.

En la LACAP y RELACAP no existe disposición legal que establezca que la Junta Directiva debe aprobar las Especificaciones Técnicas de una Contratación Directa.

En primer lugar, es necesario aclarar que este proceso no es uno de licitación o de concurso, es un proceso de contratación directa, al que le aplican primeramente la normativa BCIE y supletoriamente la LACAP, y en esta norma no está establecido que el

titular aprobará las especificaciones técnicas, por el contrario, el artículo 71 de la LACAP expresamente indica:

#### **Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, **tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas**. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

Lo que expresamente manda la LACAP, es que la contratación se realizará tomando en consideración las condiciones y especificaciones previamente definidas, **no dice aprobadas ni autorizadas**, situación que como se ha explicado no está tampoco contemplada por el organismo financiador del proyecto (BCIE) en la "NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTECIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORIA", como si lo requiere para los documentos bases de licitación o concurso.

Aplicando el Principio de Legalidad que rige para la administración pública, la Junta Directiva no podía aprobar las Especificaciones Técnicas porque no está habilitada para ello.

De lo anterior se colige la confusión presentada por el equipo auditor al no distinguir entre bases de licitación o concurso, y el concepto de especificaciones técnicas de las cuales habla el citado artículo 71 LACAP, confusión que se resalta cuando fundamentan su señalamiento lo dispuesto en el artículo 41 de la LACAP.

**Artículo 41.- Actos Preparatorios.** Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien, obra o servicio que desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá. Dichos instrumentos se denominarán:

- e) Términos de referencia: que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- a) Especificaciones técnicas: que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la Administración Pública solicita;
- b) Bases de Licitación: establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la Administración Pública;
- c) Bases de Concurso: establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorías; debiendo la Institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente.

Lo establecido en los literales a) y b) de este artículo, podrán utilizarse para la Libre Gestión cuando aplique.

Como observamos el artículo anterior, define cada uno de los documentos de manera separada esto es en función a que cada uno de estos puede aplicar a formas de contratar diferentes y por tanto serán excluyentes en la medida que la administración identifique una manera u otra, por tanto, SOLO EN UNA LICITACIÓN HABRÁ BASES DE LICITACIÓN, Y SOLO EN UNA CONTRATACIÓN DIRECTA HABRÁ ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, LO QUE HACE EL EQUIPO DE AUDITORIA ES HOMOLOGAR SIN BASE LEGAL ALGUNA EL CONCEPTO DE BASE DE LICITACION Y ESPECIFICACION TECNICA, LO CUAL NO PUEDE TOMARSE COMO BASE PARA UN SEÑALAMIENTO O HALLAZGO.

El documento de Solicitud de Oferta fue elaborado en forma conjunta, con funcionarios de la UACI, de la Gerencia Legal y de la Dirección del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, como se puede evidenciar en el borrador del documento de solicitud de ofertas de JUNIO DE 2015 que aparece en el expediente de la contratación directa CD 10/15, en los folios del 0000018 al 0000180, el cual está firmado por todos los que participaron en dicha formulación del documento, demostrando de esta forma que si se realizó conjuntamente dicho documento, lo cual ha sido señalado por el Jefe UACI.

Aunado a lo anterior es lógico también establecer que en el caso que lo anterior fuera expresamente mandatado, la Junta Directiva no puede ser señalada por una actuación que no se hizo de su conocimiento, por tanto, no existe fundamento legal que sustente el señalamiento realizado por el equipo auditor, adicionalmente Junta Directiva solo puede autorizar lo que la ley expresamente establece por el principio de legalidad con el que rige sus actuaciones”.

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, a través de su apoderada judicial, Licda. Claudia María Cruz de Meléndez, el Director Propietario [REDACTED] expresa en sus comentarios lo siguiente:**

“En relación con lo anterior nos referiremos a cada uno de los señalamientos realizados por equipo auditor de la siguiente manera:

**“a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).**

En primer lugar, el proceso de CEL-CD 10-15, Contratación para el suministro y montaje de los equipos electromecánico para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, por ser un contrato financiado en un cien por cien por los fondos provenientes del BANCO CENTROAMERICANO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA estuvo sujeto a las “NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTENCIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORÍA” de agosto 2013 (Norma BCIE).

Lo anterior condiciona a estas contrataciones la aplicación de las normas propias de dicho ente financiero vigentes para la realización de los procesos, lo cual también está contemplado en el artículo 4 Letra a) de la LACAP que establece:

#### **Artículo 4.- Exclusiones**

##### **Se considerarán excluidos de la aplicación de esta Ley:**

- a) "Las adquisiciones y contrataciones financiadas con fondos provenientes de Convenios o Tratados que celebre el Estado con otros Estados o con Organismos Internacionales, en los cuales se establezcan los procesos de adquisiciones y contrataciones a seguir en su ejecución. En los casos en que sea necesario un aporte en concepto de contrapartida por parte del Estado también se considerará excluida"

Las normas BCIE, también señalan la aplicación supletoria de la LACAP, en su artículo 6 segundo inciso:

#### **"Artículo 6. Legislación Nacional**

...

El Prestatario/Beneficiario **podrá aplicar, en forma supletoria, los requisitos formales o detalles de procedimiento contemplados en la legislación nacional del país** en donde se ejecuta la Operación **únicamente en los casos en que dichos requisitos no estén incluidos en estas Normas**, en la Política o en los procedimientos del BCIE y que su aplicación no se oponga a los principios básicos de las adquisiciones o a las reglas generales de economía y eficiencia que se deben respetar en la adquisición de bienes, obras, servicios y consultorios con recursos del BCIE".

La norma BCIE también regula su propio método para las Contrataciones Directas, según lo señala el artículo 23, letra b), en el romano iii:

#### **"Artículo 23. Otros Métodos de Adquisición**

El Prestatario/Beneficiario podrá utilizar otros métodos de contratación, diferentes a los descritos en el artículo anterior, cuando las características de la adquisición lo permitan. En estos casos, por tratarse de procesos menos competitivos, el Prestatario/Beneficiario deberá cumplir con establecer las garantías básicas de transparencia que deben reunir los procesos de adquisición.

Estos otros métodos" son:

...

- b) Contratación directa

Para la utilización de este método, la Gerencia de País o Área Técnica responsable de la Operación, **previo a emitir la no objeción**, deberá contar con la autorización para la utilización de éste método por parte del Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones o del Comité Gerencial de Adquisiciones, según corresponda por el monto presupuestado para la adquisición.

Este método consiste en llevar a cabo **una contratación sin seguir un procedimiento competitivo**. Puede ser el método apropiado para responder a ciertas circunstancias, tales como la necesidad de **continuación de obras, servicios o consultorías**

**específicas provistas con anterioridad**, ampliación de contratos ya existentes que resultaron de procesos competitivos, situaciones de emergencia, proveedores únicos y otros.

Además de lo anterior, el BCIE prevé, en forma no limitativa, otras circunstancias especiales en que la licitación o el concurso puede no ser el método de adquisición más apropiado.

Estas "circunstancias especiales" incluyen:

- iii. Cuando se considere ampliar o renovar en cualquiera de sus términos un contrato anterior que fue el resultado de una licitación o concurso público...

Tal como se establece en los párrafos precedentes CEL está obligada a dar cumplimiento a los requisitos establecidos por el BCIE, para las contrataciones que se realicen con fondos provenientes de los préstamos adquiridos con dicho organismo, lo que incluye este caso específico, la de una contratación directa.

Una de las razones del porque esta Junta Directiva autorizó la Contratación Directa de TYAZHMASH sin realizar competencia, se debe a que la empresa ya poseía un avance sustancial en el diseño de los equipos electromecánicos, pues la misma había sido subcontratista de la empresa ASTALDI, este avance contaba con la aprobación de la supervisión del proyecto en el modelo reducido de la turbina, que había pasado la pruebas en laboratorio, esto significó un ahorro sustancial para CEL en tiempo y dinero lo cual fundamente una conveniencia para los fines institucionales.

De no contratarse a esta empresa hubiera conllevado a CEL a un atraso en la ejecución de la obra en por lo menos 18 meses, pues de haberse convocado a otras participantes, estos requerirían de un tiempo mínimo de 18 meses para desarrollar el diseño, y este diseño tendría un costo que estaría inmerso en la oferta, es por esta razón que se planteó la Contratación Directa la cual bajo la norma del BCIE NO REQUERÍA COMPETENCIA.

Por otro lado, cada fabricante de turbina y generador tiene sus propios procedimientos y sistemas de diseño y fabricación de estos elementos, al ser un bien que NO puede encontrarse disponible en el mercado sino que debe ser diseñado y elaborado sabiendo las especificaciones del sitio de presa; asimismo no hay disponibilidad que en el mercado un fabricante retome los diseños de otros ya que por derechos de autor el fabricante no está dispuesto a entregar sus diseños a otro por tanto la única manera de proceder es manteniendo al suministrante que ya tenía adelantado los diseños, pues con ello se garantizaba una conveniencia económica para el fin público.

La Sentencia de Inconstitucionalidad No. 67-2015 refiriéndose a las Contrataciones Directas bajo la LACAP ha expresado: En ese orden, se advierte que este mecanismo de contratación carece de las características mostradas por la licitación pública, por ello opera en casos específicos en los que no sea propicio acudir a la licitación pública, pero la administración deba satisfacer requerimientos de interés general. Por tanto, la principal característica de la contratación directa es proceder en determinadas circunstancias muy

calificadas en las que resulta sumamente difícil convocar un proceso de licitación bajo la amenaza de ver comprometido el interés público.

Lo anterior nos lleva a destacar en el presente caso que materia de la Contratación Directa el requerimiento principal es la satisfacción del interés general el cual debe estar soportado en criterios de eficiencia y lo que resulte lo más conveniente a la institución, en el caso concreto era realizar un proceso de contratación directa sin competencia, ya que uno de los objetivos era el de aprovechar los diseños ya aprobados (lo cual implica también un ahorro en el costo del contrato), para lo que era necesario contratar a la empresa que había realizado dicho diseño.

Como ya se ha indicado anteriormente, el BCIE en su Norma, en el artículo 23, letra b), romano iii, se establece que procede la Contratación Directa: ..*“Cuando se considere ampliar o **renovar en cualquiera de sus términos un contrato anterior que fue el resultado de una licitación o concurso público**”*, que es nuestro caso, ya que la contratación original de ASTALDI fue mediante un proceso de licitación, y se requería renovar los términos de la subcontratación de los equipos electromecánico, que formaba parte del contrato original, **por lo que el 3 de junio de 2015 se le solicitó al BCIE su “No Objeción” a dicha contratación.**

La “No Objeción” del BCIE emitida el 20 de julio de 2015, el cual a las normas BCIE, se convierte en el requisito habilitante para la contratación, misma que en su tercer párrafo indica:

“Al respecto, después de analizar la información brindada, le manifestamos que el Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones (CEIA) del BCIE autorizó la utilización del método de “Contratación Directa ” para que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), contrate de forma directa a la Sociedad Anónima Abierta TYAZHMASH, bajo la modalidad de precios unitarios y suma globales, para el suministro y montaje de los equipos electromecánicos de la Central Hidroeléctrica El Chaparral (Casa de Máquina y Sub Estaciones).”

De conformidad a lo anterior ha quedado demostrado que todos los requisitos legales se cumplieron a cabalidad y con base en la primacía de las normas BCIE era válido la contratación directa sin competencia, por las razones y justificaciones que técnicamente fueron expuestas al BCIE, el cual las avaló y autorizó a través de la NO OBJECCIÓN dicha contratación, la cual es clara en sus términos. **Anexo 3.**

**b) Las Especificaciones Técnicas (Denominadas por la entidad Documento de Solicitud de Oferta) No fue Autorizadas por la máxima autoridad.**

En el mismo sentido antes expuestos, las normas BCIE regian el presente proceso sin embargo estas no regulan algo al respecto, por lo cual tal como se ha señalado la LACAP y RELACAP es supletoriamente aplicable.

En la LACAP y RELACAP no existe disposición legal que establezca que la Junta Directiva debe aprobar las Especificaciones Técnicas de una Contratación Directa.

En primer lugar, es necesario aclarar que este proceso **no es uno de licitación o de concurso**, es un proceso de contratación directa, al que le aplican primeramente la normativa BCIE y supletoriamente la LACAP, y en esta norma no está establecido que el titular aprobará las especificaciones técnicas, por el contrario, el artículo 71 de la LACAP expresamente indica:

**Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, **tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas**. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

Lo que expresamente manda la LACAP, es que la contratación se realizará tomando en consideración las condiciones y especificaciones previamente definidas, **no dice aprobadas ni autorizadas**, situación que como se ha explicado no está tampoco contemplada por el organismo financiador del proyecto (BCIE) en la "NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTECIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORIA", como si lo requiere para los documentos bases de licitación o concurso.

Aplicando el Principio de Legalidad que rige para la administración pública, la Junta Directiva no podía aprobar las Especificaciones Técnicas porque no está habilitada para ello.

De lo anterior se colige la confusión presentada por el equipo auditor al no distinguir entre bases de licitación o concurso, y el concepto de especificaciones técnicas de las cuales habla el citado artículo 71 LACAP, confusión que se resalta cuando fundamentan su señalamiento lo dispuesto en el artículo 41 de la LACAP.

**Artículo 41.- Actos Preparatorios.** Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien, obra o servicio que desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá. Dichos instrumentos se denominarán:

- a) Términos de referencia: que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- b) Especificaciones técnicas: que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la Administración Pública solicita;

- c) Bases de Licitación: establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la Administración Pública;
- d) Bases de Concurso: establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorías; debiendo la Institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente.

Lo establecido en los literales a) y b) de este artículo, podrán utilizarse para la Libre Gestión cuando aplique.

Como observamos el artículo anterior, define cada uno de los documentos de manera separada esto es en función a que cada uno de estos puede aplicar a formas de contratar diferentes y por tanto serán excluyentes en la medida que la administración identifique una manera u otra, por tanto, SOLO EN UNA LICITACIÓN HABRÁ BASES DE LICITACIÓN, Y SOLO EN UNA CONTRATACIÓN DIRECTA HABRÁ ESPECIFICACIONES TECNICAS, LO QUE HACE EL EQUIPO DE AUDITORIA ES HOMOLOGAR SIN BASE LEGAL ALGUNA EL CONCEPTO DE BASE DE LICITACIÓN Y ESPECIFICACIÓN TECNICA, LO CUAL NO PUEDE TOMARSE COMO BASE PARA UN SEÑALAMIENTO O HALLAZGO.

El documento de Solicitud de Oferta fue elaborado en forma conjunta, con funcionarios de la UACI, de la Gerencia Legal y de la Dirección del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, como se puede evidenciar en el borrador del documento de solicitud de ofertas de JUNIO DE 2015 que aparece en el expediente de la contratación directa CD 10/15, en los folios del 0000018 al 0000180, el cual está firmado por todos los que participaron en dicha formulación del documento, demostrando de esta forma que si se realizó conjuntamente dicho documento, lo cual ha sido señalado por el Jefe UACI.

Aunado a lo anterior es lógico también establecer que en el caso que lo anterior fuera expresamente mandatado, la Junta Directiva no puede ser señalada por una actuación que no se hizo de su conocimiento, por tanto, no existe fundamento legal que sustente el señalamiento realizado por el equipo auditor, adicionalmente Junta Directiva solo puede autorizar lo que la ley expresamente establece por el principio de legalidad con el que rige sus actuaciones".

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, Directora Propietaria [REDACTED]**  
[REDACTED] expresa en sus comentarios lo siguiente:

"En relación con lo anterior nos referiremos a cada uno de los señalamientos realizados por equipo auditor de la siguiente manera:

**"a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).**

En primer lugar, el proceso de CEL-CD 10-15, Contratación para el suministro y montaje de los equipos electromecánico para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, por ser un contrato financiado en un cien por cien por los fondos provenientes del BANCO CENTROAMERICANO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA estuvo sujeto a las "NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTENCIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORÍA" de agosto 2013 (Norma BCIE).

Lo anterior condiciona a estas contrataciones la aplicación de las normas propias de dicho ente financiero vigentes para la realización de los procesos, lo cual también está contemplado en el artículo 4 Letra a) de la LACAP que establece:

#### **Artículo 4.- Exclusiones**

##### **Se considerarán excluidos de la aplicación de esta Ley:**

- a) "Las adquisiciones y contrataciones financiadas con fondos provenientes de Convenios o Tratados que celebre el Estado con otros Estados o con Organismos Internacionales, en los cuales se establezcan los procesos de adquisiciones y contrataciones a seguir en su ejecución. En los casos en que sea necesario un aporte en concepto de contrapartida por parte del Estado también se considerará excluida"

Las normas BCIE, también señalan la aplicación supletoria de la LACAP, en su artículo 6 segundo inciso:

#### **"Artículo 6. Legislación Nacional**

...

El Prestatario/Beneficiario **podrá aplicar, en forma supletoria, los requisitos formales o detalles de procedimiento contemplados en la legislación nacional del país** en donde se ejecuta la Operación **únicamente en los casos en que dichos requisitos no estén incluidos en estas Normas**, en la Política o en los procedimientos del BCIE y que su aplicación no se oponga a los principios básicos de las adquisiciones o a las reglas generales de economía y eficiencia que se deben respetar en la adquisición de bienes, obras, servicios y consultorios con recursos del BCIE".

La norma BCIE también regula su propio método para las Contrataciones Directas, según lo señala el artículo 23, letra b), en el romano iii:

#### **"Artículo 23. Otros Métodos de Adquisición**

El Prestatario/Beneficiario podrá utilizar otros métodos de contratación, diferentes a los descritos en el artículo anterior, cuando las características de la adquisición lo permitan. En estos casos, por tratarse de procesos menos competitivos, el Prestatario/Beneficiario deberá cumplir con establecer las garantías básicas de transparencia que deben reunir los procesos de adquisición.

Estos otros métodos" son:

...

- b) Contratación directa

Para la utilización de este método, la Gerencia de País o Área Técnica responsable de la Operación, **previo a emitir la no objeción**, deberá contar con la autorización para la

utilización de éste método por parte del Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones o del Comité Gerencial de Adquisiciones, según corresponda por el monto presupuestado para la adquisición.

Este método consiste en llevar a cabo **una contratación sin seguir un procedimiento competitivo**. Puede ser el método apropiado para responder a ciertas circunstancias, tales como la necesidad de **continuación de obras, servicios o consultorías específicas provistas con anterioridad**, ampliación de contratos ya existentes que resultaron de procesos competitivos, situaciones de emergencia, proveedores únicos y otros.

Además de lo anterior, el BCIE prevé, en forma no limitativa, otras circunstancias especiales en que la licitación o el concurso puede no ser el método de adquisición más apropiado.

Estas "circunstancias especiales" incluyen:

- iii. Cuando se considere ampliar o renovar en cualquiera de sus términos un contrato anterior que fue el resultado de una licitación o concurso público..."

Tal como se establece en los párrafos precedentes CEL está obligada a dar cumplimiento a los requisitos establecidos por el BCIE, para las contrataciones que se realicen con fondos provenientes de los préstamos adquiridos con dicho organismo, lo que incluye este caso específico, la de una contratación directa.

Una de las razones del porque esta Junta Directiva autorizó la Contratación Directa de TYAZHMASH sin realizar competencia, se debe a que la empresa ya poseía un avance sustancial en el diseño de los equipos electromecánicos, pues la misma había sido subcontratista de la empresa ASTALDI, este avance contaba con la aprobación de la supervisión del proyecto en el modelo reducido de la turbina, que había pasado la pruebas en laboratorio, esto significó un ahorro sustancial para CEL en tiempo y dinero lo cual fundamente una conveniencia para los fines institucionales.

De no contratarse a esta empresa hubiera conllevado a CEL a un atraso en la ejecución de la obra en por lo menos 18 meses, pues de haberse convocado a otras participantes, estos requerirían de un tiempo mínimo de 18 meses para desarrollar el diseño, y este diseño tendría un costo que estaría inmerso en la oferta, es por esta razón que se planteó la Contratación Directa la cual bajo la norma del BCIE NO REQUERÍA COMPETENCIA.

Por otro lado, cada fabricante de turbina y generador tiene sus propios procedimientos y sistemas de diseño y fabricación de estos elementos, al ser un bien que NO puede encontrarse disponible en el mercado sino que debe ser diseñado y elaborado sabiendo las especificaciones del sitio de presa; asimismo no hay disponibilidad que en el mercado un fabricante retome los diseños de otros ya que por derechos de autor el fabricante no está dispuesto a entregar sus diseños a otro por tanto la única manera de proceder es manteniendo al suministrante que ya tenía adelantado los diseños, pues con ello se garantizaba una conveniencia económica para el fin público.

La Sentencia de Inconstitucionalidad No. 67-2015 refiriéndose a las Contrataciones Directas bajo la LACAP ha expresado: En ese orden, se advierte que este mecanismo de contratación carece de las características mostradas por la licitación pública, por ello opera en casos específicos en los que no sea propicio acudir a la licitación pública, pero la administración deba satisfacer requerimientos de interés general. Por tanto, la principal característica de la contratación directa es proceder en determinadas circunstancias muy calificadas en las que resulta sumamente difícil convocar un proceso de licitación bajo la amenaza de ver comprometido el interés público.

Lo anterior nos lleva a destacar en el presente caso que materia de la Contratación Directa el requerimiento principal es la satisfacción del interés general el cual debe estar soportado en criterios de eficiencia y lo que resulte lo más conveniente a la institución, en el caso concreto era realizar un proceso de contratación directa sin competencia, ya que uno de los objetivos era el de aprovechar los diseños ya aprobados (lo cual implica también un ahorro en el costo del contrato), para lo que era necesario contratar a la empresa que había realizado dicho diseño.

Como ya se ha indicado anteriormente, el BCIE en su Norma, en el artículo 23, letra b), romano iii, se establece que procede la Contratación Directa: *..“Cuando se considere ampliar o **renovar en cualquiera de sus términos un contrato anterior que fue el resultado de una licitación o concurso público**”,* que es nuestro caso, ya que la contratación original de ASTALDI fue mediante un proceso de licitación, y se requería renovar los términos de la subcontratación de los equipos electromecánico, que formaba parte del contrato original, **por lo que el 3 de junio de 2015 se le solicitó al BCIE su “No Objeción” a dicha contratación.**

La “No Objeción” del BCIE emitida el 20 de julio de 2015, el cual a las normas BCIE, se convierte en el requisito habilitante para la contratación, misma que en su tercer párrafo indica:

“Al respecto, después de analizar la información brindada, le manifestamos que el Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones (CEIA) del BCIE autorizó la utilización del método de “Contratación Directa ” para que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), contrate de forma directa a la Sociedad Anónima Abierta TYAZHMASH, bajo la modalidad de precios unitarios y suma globales, para el suministro y montaje de los equipos electromecánicos de la Central Hidroeléctrica El Chaparral (Casa de Máquina y Sub Estaciones).”

De conformidad a lo anterior ha quedado demostrado que todos los requisitos legales se cumplieron a cabalidad y con base en la primacía de las normas BCIE era válido la contratación directa sin competencia, por las razones y justificaciones que técnicamente fueron expuestas al BCIE, el cual las avaló y autorizó a través de la NO OBJECCIÓN dicha contratación, la cual es clara en sus términos. **Anexo 3.**

**b) Las Especificaciones Técnicas (Denominadas por la entidad Documento de Solicitud de Oferta) No fue Autorizadas por la máxima autoridad.**

En el mismo sentido antes expuestos, las normas BCIE regían el presente proceso sin embargo estas no regulan algo al respecto, por lo cual tal como se ha señalado la LACAP y RELACAP es supletoriamente aplicable.

En la LACAP y RELACAP no existe disposición legal que establezca que la Junta Directiva debe aprobar las Especificaciones Técnicas de una Contratación Directa.

En primer lugar, es necesario aclarar que este proceso **no es uno de licitación o de concurso**, es un proceso de contratación directa, al que le aplican primeramente la normativa BCIE y supletoriamente la LACAP, y en esta norma no está establecido que el titular aprobará las especificaciones técnicas, por el contrario, el artículo 71 de la LACAP expresamente indica:

#### **Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, **tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas**. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

Lo que expresamente manda la LACAP, es que la contratación se realizará tomando en consideración las condiciones y especificaciones previamente definidas, **no dice aprobadas ni autorizadas**, situación que como se ha explicado no está tampoco contemplada por el organismo financiador del proyecto (BCIE) en la "NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTECIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORIA", como si lo requiere para los documentos bases de licitación o concurso.

Aplicando el Principio de Legalidad que rige para la administración pública, la Junta Directiva no podía aprobar las Especificaciones Técnicas porque no está habilitada para ello.

De lo anterior se colige la confusión presentada por el equipo auditor al no distinguir entre bases de licitación o concurso, y el concepto de especificaciones técnicas de las cuales habla el citado artículo 71 LACAP, confusión que se resalta cuando fundamentan su señalamiento lo dispuesto en el artículo 41 de la LACAP.

**Artículo 41.- Actos Preparatorios.** Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien, obra o servicio que desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá. Dichos instrumentos se denominarán:

- a) Términos de referencia: que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- b) Especificaciones técnicas: que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la Administración Pública solicita;
- c) Bases de Licitación: establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la Administración Pública;
- d) Bases de Concurso: establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorías; debiendo la Institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente.

Lo establecido en los literales a) y b) de este artículo, podrán utilizarse para la Libre Gestión cuando aplique.

Como observamos el artículo anterior, define cada uno de los documentos de manera separada esto es en función a que cada uno de estos puede aplicar a formas de contratar diferentes y por tanto serán excluyentes en la medida que la administración identifique una manera u otra, por tanto, SOLO EN UNA LICITACIÓN HABRÁ BASES DE LICITACIÓN, Y SOLO EN UNA CONTRATACIÓN DIRECTA HABRÁ ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, LO QUE HACE EL EQUIPO DE AUDITORIA ES HOMOLOGAR SIN BASE LEGAL ALGUNA EL CONCEPTO DE BASE DE LICITACION Y ESPECIFICACION TECNICA, LO CUAL NO PUEDE TOMARSE COMO BASE PARA UN SEÑALAMIENTO O HALLAZGO.

El documento de Solicitud de Oferta fue elaborado en forma conjunta, con funcionarios de la UACI, de la Gerencia Legal y de la Dirección del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, como se puede evidenciar en el borrador del documento de solicitud de ofertas de JUNIO DE 2015 que aparece en el expediente de la contratación directa CD 10/15, en los folios del 0000018 al 0000180, el cual está firmado por todos los que participaron en dicha formulación del documento, demostrando de esta forma que si se realizó conjuntamente dicho documento, lo cual ha sido señalado por el Jefe UACI.

Aunado a lo anterior es lógico también establecer que en el caso que lo anterior fuera expresamente mandatado, la Junta Directiva no puede ser señalada por una actuación que no se hizo de su conocimiento, por tanto, no existe fundamento legal que sustente el señalamiento realizado por el equipo auditor, adicionalmente Junta Directiva solo puede autorizar lo que la ley expresamente establece por el principio de legalidad con el que rige sus actuaciones".

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, Director Suplente** [REDACTED]

[REDACTED] expresa en sus comentarios lo siguiente:

"En relación con lo anterior nos referiremos a cada uno de los señalamientos realizados por equipo auditor de la siguiente manera:

**“a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).**

En primer lugar, el proceso de CEL-CD 10-15, Contratación para el suministro y montaje de los equipos electromecánico para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, por ser un contrato financiado en un cien por cien por los fondos provenientes del BANCO CENTROAMERICANO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA estuvo sujeto a las “NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTENCIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORÍA” de agosto 2013 (Norma BCIE).

Lo anterior condiciona a estas contrataciones la aplicación de las normas propias de dicho ente financiero vigentes para la realización de los procesos, lo cual también está contemplado en el artículo 4 Letra a) de la LACAP que establece:

#### **Artículo 4.- Exclusiones**

**Se considerarán excluidos de la aplicación de esta Ley:**

- a) “Las adquisiciones y contrataciones financiadas con fondos provenientes de Convenios o Tratados que celebre el Estado con otros Estados o con Organismos Internacionales, en los cuales se establezcan los procesos de adquisiciones y contrataciones a seguir en su ejecución. En los casos en que sea necesario un aporte en concepto de contrapartida por parte del Estado también se considerará excluida”

Las normas BCIE, también señalan la aplicación supletoria de la LACAP, en su artículo 6 segundo inciso:

#### **“Artículo 6. Legislación Nacional**

...

El Prestatario/Beneficiario **podrá aplicar, en forma supletoria, los requisitos formales o detalles de procedimiento contemplados en la legislación nacional del país** en donde se ejecuta la Operación **únicamente en los casos en que dichos requisitos no estén incluidos en estas Normas,** en la Política o en los procedimientos del BCIE y que su aplicación no se oponga a los principios básicos de las adquisiciones o a las reglas generales de economía y eficiencia que se deben respetar en la adquisición de bienes, obras, servicios y consultorios con recursos del BCIE ”.

La norma BCIE también regula su propio método para las Contrataciones Directas, según lo señala el artículo 23, letra b), en el romano iii:

#### **“Artículo 23. Otros Métodos de Adquisición**

El Prestatario/Beneficiario podrá utilizar otros métodos de contratación, diferentes a los descritos en el artículo anterior, cuando las características de la adquisición lo permitan. En estos casos, por tratarse de procesos menos competitivos, el Prestatario/Beneficiario deberá cumplir con establecer las garantías básicas de transparencia que deben reunir los procesos de adquisición.

Estos otros métodos” son:

...

b) Contratación directa

Para la utilización de este método, la Gerencia de País o Área Técnica responsable de la Operación, **previo a emitir la no objeción**, deberá contar con la autorización para la utilización de éste método por parte del Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones o del Comité Gerencial de Adquisiciones, según corresponda por el monto presupuestado para la adquisición.

Este método consiste en llevar a cabo **una contratación sin seguir un procedimiento competitivo**. Puede ser el método apropiado para responder a ciertas circunstancias, tales como la necesidad de **continuación de obras, servicios o consultorías específicas provistas con anterioridad**, ampliación de contratos ya existentes que resultaron de procesos competitivos, situaciones de emergencia, proveedores únicos y otros.

Además de lo anterior, el BCIE prevé, en forma no limitativa, otras circunstancias especiales en que la licitación o el concurso puede no ser el método de adquisición más apropiado.

Estas "circunstancias especiales" incluyen:

- iii. Cuando se considere ampliar o renovar en cualquiera de sus términos un contrato anterior que fue el resultado de una licitación o concurso público..."

Tal como se establece en los párrafos precedentes CEL está obligada a dar cumplimiento a los requisitos establecidos por el BCIE, para las contrataciones que se realicen con fondos provenientes de los préstamos adquiridos con dicho organismo, lo que incluye este caso específico, la de una contratación directa.

Una de las razones del porque esta Junta Directiva autorizó la Contratación Directa de TYAZHMASH sin realizar competencia, se debe a que la empresa ya poseía un avance sustancial en el diseño de los equipos electromecánicos, pues la misma había sido subcontratista de la empresa ASTALDI, este avance contaba con la aprobación de la supervisión del proyecto en el modelo reducido de la turbina, que había pasado la pruebas en laboratorio, esto significó un ahorro sustancial para CEL en tiempo y dinero lo cual fundamenta una conveniencia para los fines institucionales.

De no contratarse a esta empresa hubiera conllevado a CEL a un atraso en la ejecución de la obra en por lo menos 18 meses, pues de haberse convocado a otras participantes, estos requerirían de un tiempo mínimo de 18 meses para desarrollar el diseño, y este diseño tendría un costo que estaría inmerso en la oferta, es por esta razón que se planteó la Contratación Directa la cual bajo la norma del BCIE NO REQUERÍA COMPETENCIA.

Por otro lado, cada fabricante de turbina y generador tiene sus propios procedimientos y sistemas de diseño y fabricación de estos elementos, al ser un bien que NO puede encontrarse disponible en el mercado sino que debe ser diseñado y elaborado sabiendo las especificaciones del sitio de presa; asimismo no hay disponibilidad que en el mercado un fabricante retome los diseños de otros ya que por derechos de autor el fabricante no

está dispuesto a entregar sus diseños a otro por tanto la única manera de proceder es manteniendo al suministrante que ya tenía adelantado los diseños, pues con ello se garantizaba una conveniencia económica para el fin público.

La Sentencia de Inconstitucionalidad No. 67-2015 refiriéndose a las Contrataciones Directas bajo la LACAP ha expresado: En ese orden, se advierte que este mecanismo de contratación carece de las características mostradas por la licitación pública, por ello opera en casos específicos en los que no sea propicio acudir a la licitación pública, pero la administración deba satisfacer requerimientos de interés general. Por tanto, la principal característica de la contratación directa es proceder en determinadas circunstancias muy calificadas en las que resulta sumamente difícil convocar un proceso de licitación bajo la amenaza de ver comprometido el interés público.

Lo anterior nos lleva a destacar en el presente caso que materia de la Contratación Directa el requerimiento principal es la satisfacción del interés general el cual debe estar soportado en criterios de eficiencia y lo que resulte lo más conveniente a la institución, en el caso concreto era realizar un proceso de contratación directa sin competencia, ya que uno de los objetivos era el de aprovechar los diseños ya aprobados (lo cual implica también un ahorro en el costo del contrato), para lo que era necesario contratar a la empresa que había realizado dicho diseño.

Como ya se ha indicado anteriormente, el BCIE en su Norma, en el artículo 23, letra b), romano iii, se establece que procede la Contratación Directa: *..“Cuando se considere ampliar o **renovar en cualquiera de sus términos** un contrato anterior que fue el **resultado de una licitación o concurso público**”,* que es nuestro caso, ya que la contratación original de ASTALDI fue mediante un proceso de licitación, y se requería renovar los términos de la subcontratación de los equipos electromecánico, que formaba parte del contrato original, **por lo que el 3 de junio de 2015 se le solicitó al BCIE su “No Objeción” a dicha contratación.**

La “No Objeción” del BCIE emitida el 20 de julio de 2015, el cual a las normas BCIE, se convierte en el requisito habilitante para la contratación, misma que en su tercer párrafo indica:

“Al respecto. después de analizar la información brindada, le manifestamos que el Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones (CEIA) del BCIE autorizó la utilización del método de “Contratación Directa ” para que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), contrate de forma directa a la Sociedad Anónima Abierta TYAZHMASH, bajo la modalidad de precios unitarios y suma globales, para el suministro y montaje de los equipos electromecánicos de la Central Hidroeléctrica El Chaparral (Casa de Máquina y Sub Estaciones).”

De conformidad a lo anterior ha quedado demostrado que todos los requisitos legales se cumplieron a cabalidad y con base en la primacía de las normas BCIE era válido la contratación directa sin competencia, por las razones y justificaciones que técnicamente

fueron expuestas al BCIE, el cual las avaló y autorizó a través de la NO OBJECCIÓN dicha contratación, la cual es clara en sus términos. **Anexo 3.**

**b) Las Especificaciones Técnicas (Denominadas por la entidad Documento de Solicitud de Oferta) No fue Autorizadas por la máxima autoridad.**

En el mismo sentido antes expuestos, las normas BCIE regían el presente proceso sin embargo estas no regulan algo al respecto, por lo cual tal como se ha señalado la LACAP y RELACAP es supletoriamente aplicable.

En la LACAP y RELACAP no existe disposición legal que establezca que la Junta Directiva debe aprobar las Especificaciones Técnicas de una Contratación Directa.

En primer lugar, es necesario aclarar que este proceso **no es uno de licitación o de concurso**, es un proceso de contratación directa, al que le aplican primeramente la normativa BCIE y supletoriamente la LACAP, y en esta norma no está establecido que el titular aprobará las especificaciones técnicas, por el contrario, el artículo 71 de la LACAP expresamente indica:

**Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, **tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas**. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

Lo que expresamente manda la LACAP, es que la contratación se realizará tomando en consideración las condiciones y especificaciones previamente definidas, **no dice aprobadas ni autorizadas**, situación que como se ha explicado no está tampoco contemplada por el organismo financiador del proyecto (BCIE) en la "NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTECIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORIA", como si lo requiere para los documentos bases de licitación o concurso.

Aplicando el Principio de Legalidad que rige para la administración pública, la Junta Directiva no podía aprobar las Especificaciones Técnicas porque no está habilitada para ello.

De lo anterior se colige la confusión presentada por el equipo auditor al no distinguir entre bases de licitación o concurso, y el concepto de especificaciones técnicas de las cuales habla el citado artículo 71 LACAP, confusión que se resalta cuando fundamentan su señalamiento lo dispuesto en el artículo 41 de la LACAP.

**Artículo 41.- Actos Preparatorios.** Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien, obra o servicio que desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá. Dichos instrumentos se denominarán:

- a) Términos de referencia: que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- b) Especificaciones técnicas: que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la Administración Pública solicita;
- c) Bases de Licitación: establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la Administración Pública;
- d) Bases de Concurso: establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorías; debiendo la Institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente.

Lo establecido en los literales a) y b) de este artículo, podrán utilizarse para la Libre Gestión cuando aplique.

Como observamos el artículo anterior, define cada uno de los documentos de manera separada esto es en función a que cada uno de estos puede aplicar a formas de contratar diferentes y por tanto serán excluyentes en la medida que la administración identifique una manera u otra, por tanto, SOLO EN UNA LICITACIÓN HABRÁ BASES DE LICITACIÓN, Y SOLO EN UNA CONTRATACIÓN DIRECTA HABRÁ ESPECIFICACIONES TECNICAS, LO QUE HACE EL EQUIPO DE AUDITORIA ES HOMOLOGAR SIN BASE LEGAL ALGUNA EL CONCEPTO DE BASE DE LICITACION Y ESPECIFICACION TECNICA, LO CUAL NO PUEDE TOMARSE COMO BASE PARA UN SEÑALAMIENTO O HALLAZGO.

El documento de Solicitud de Oferta fue elaborado en forma conjunta, con funcionarios de la UACI, de la Gerencia Legal y de la Dirección del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, como se puede evidenciar en el borrador del documento de solicitud de ofertas de JUNIO DE 2015 que aparece en el expediente de la contratación directa CD 10/15, en los folios del 0000018 al 0000180, el cual está firmado por todos los que participaron en dicha formulación del documento, demostrando de esta forma que si se realizó conjuntamente dicho documento, lo cual ha sido señalado por el Jefe UACI.

Aunado a lo anterior es lógico también establecer que en el caso que lo anterior fuera expresamente mandatado, la Junta Directiva no puede ser señalada por una actuación que no se hizo de su conocimiento, por tanto, no existe fundamento legal que sustente el señalamiento realizado por el equipo auditor, adicionalmente Junta Directiva solo puede autorizar lo que la ley expresamente establece por el principio de legalidad con el que rige sus actuaciones".

En nota de fecha 22 de junio de 2018, El Exdirector Propietario [REDACTED]

[REDACTED], expresa en sus comentarios lo siguiente:

“En relación con lo anterior nos referiremos a cada uno de los señalamientos realizados por equipo auditor de la siguiente manera:

“a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).

En primer lugar, el proceso de CEL-CD 10-15, Contratación para el suministro y montaje de los equipos electromecánico para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, por ser un contrato financiado en un cien por cien por los fondos provenientes del BANCO CENTROAMERICANO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA estuvo sujeto a las “NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTENCIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORÍA” de agosto 2013 (Norma BCIE).

Lo anterior condiciona a estas contrataciones la aplicación de las normas propias de dicho ente financiero vigentes para la realización de los procesos, lo cual también está contemplado en el artículo 4 Letra a) de la LACAP que establece:

#### Artículo 4.- Exclusiones

**Se considerarán excluidos de la aplicación de esta Ley:**

- a) “Las adquisiciones y contrataciones financiadas con fondos provenientes de Convenios o Tratados que celebre el Estado con otros Estados o con Organismos Internacionales, en los cuales se establezcan los procesos de adquisiciones y contrataciones a seguir en su ejecución. En los casos en que sea necesario un aporte en concepto de contrapartida por parte del Estado también se considerará excluida”

Las normas BCIE, también señalan la aplicación supletoria de la LACAP, en su artículo 6 segundo inciso:

#### “Artículo 6. Legislación Nacional

...

El Prestatario/Beneficiario **podrá aplicar, en forma supletoria, los requisitos formales o detalles de procedimiento contemplados en la legislación nacional del país** en donde se ejecuta la Operación **únicamente en los casos en que dichos requisitos no estén incluidos en estas Normas**, en la Política o en los procedimientos del BCIE y que su aplicación no se oponga a los principios básicos de las adquisiciones o a las reglas generales de economía y eficiencia que se deben respetar en la adquisición de bienes, obras, servicios y consultorios con recursos del BCIE ”.

La norma BCIE también regula su propio método para las Contrataciones Directas, según lo señala el artículo 23, letra b), en el romano iii:

#### “Artículo 23. Otros Métodos de Adquisición

El Prestatario/Beneficiario podrá utilizar otros métodos de contratación, diferentes a los descritos en el artículo anterior, cuando las características de la adquisición lo permitan. En estos casos, por tratarse de procesos menos competitivos, el Prestatario/Beneficiario deberá cumplir con establecer las garantías básicas de transparencia que deben reunir los procesos de adquisición.

Estos otros métodos" son:

...

b) Contratación directa

Para la utilización de este método, la Gerencia de País o Área Técnica responsable de la Operación, **previo a emitir la no objeción**, deberá contar con la autorización para la utilización de éste método por parte del Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones o del Comité Gerencial de Adquisiciones, según corresponda por el monto presupuestado para la adquisición.

Este método consiste en llevar a cabo **una contratación sin seguir un procedimiento competitivo**. Puede ser el método apropiado para responder a ciertas circunstancias, tales como la necesidad de **continuación de obras, servicios o consultorías específicas provistas con anterioridad**, ampliación de contratos ya existentes que resultaron de procesos competitivos, situaciones de emergencia, proveedores únicos y otros.

Además de lo anterior, el BCIE prevé, en forma no limitativa, otras circunstancias especiales en que la licitación o el concurso puede no ser el método de adquisición más apropiado.

Estas "circunstancias especiales" incluyen:

- iii. Cuando se considere ampliar o renovar en cualquiera de sus términos un contrato anterior que fue el resultado de una licitación o concurso público..."

Tal como se establece en los párrafos precedentes CEL está obligada a dar cumplimiento a los requisitos establecidos por el BCIE, para las contrataciones que se realicen con fondos provenientes de los préstamos adquiridos con dicho organismo, lo que incluye este caso específico, la de una contratación directa.

Una de las razones del porque esta Junta Directiva autorizó la Contratación Directa de TYAZHMASH sin realizar competencia, se debe a que la empresa ya poseía un avance sustancial en el diseño de los equipos electromecánicos, pues la misma había sido subcontratista de la empresa ASTALDI, este avance contaba con la aprobación de la supervisión del proyecto en el modelo reducido de la turbina, que había pasado la pruebas en laboratorio, esto significó un ahorro sustancial para CEL en tiempo y dinero lo cual fundamente una conveniencia para los fines institucionales.

De no contratarse a esta empresa hubiera conllevado a CEL a un atraso en la ejecución de la obra en por lo menos 18 meses, pues de haberse convocado a otras participantes, estos requerirían de un tiempo mínimo de 18 meses para desarrollar el diseño, y este

diseño tendría un costo que estaría inmerso en la oferta, es por esta razón que se planteó la Contratación Directa la cual bajo la norma del BCIE NO REQUERÍA COMPETENCIA.

Por otro lado, cada fabricante de turbina y generador tiene sus propios procedimientos y sistemas de diseño y fabricación de estos elementos, al ser un bien que NO puede encontrarse disponible en el mercado sino que debe ser diseñado y elaborado sabiendo las especificaciones del sitio de presa; asimismo no hay disponibilidad que en el mercado un fabricante retome los diseños de otros ya que por derechos de autor el fabricante no está dispuesto a entregar sus diseños a otro por tanto la única manera de proceder es manteniendo al suministrante que ya tenía adelantado los diseños, pues con ello se garantizaba una conveniencia económica para el fin público.

La Sentencia de Inconstitucionalidad No. 67-2015 refiriéndose a las Contrataciones Directas bajo la LACAP ha expresado: En ese orden, se advierte que este mecanismo de contratación carece de las características mostradas por la licitación pública, por ello opera en casos específicos en los que no sea propicio acudir a la licitación pública, pero la administración deba satisfacer requerimientos de interés general. Por tanto, la principal característica de la contratación directa es proceder en determinadas circunstancias muy calificadas en las que resulta sumamente difícil convocar un proceso de licitación bajo la amenaza de ver comprometido el interés público.

Lo anterior nos lleva a destacar en el presente caso que materia de la Contratación Directa el requerimiento principal es la satisfacción del interés general el cual debe estar soportado en criterios de eficiencia y lo que resulte lo más conveniente a la institución, en el caso concreto era realizar un proceso de contratación directa sin competencia, ya que uno de los objetivos era el de aprovechar los diseños ya aprobados (lo cual implica también un ahorro en el costo del contrato), para lo que era necesario contratar a la empresa que había realizado dicho diseño.

Como ya se ha indicado anteriormente, el BCIE en su Norma, en el artículo 23, letra b), romano iii, se establece que procede la Contratación Directa: ..“Cuando se considere ampliar o **renovar en cualquiera de sus términos** un contrato anterior que fue el **resultado de una licitación o concurso público**”, que es nuestro caso, ya que la contratación original de ASTALDI fue mediante un proceso de licitación, y se requería renovar los términos de la subcontratación de los equipos electromecánico, que formaba parte del contrato original, **por lo que el 3 de junio de 2015 se le solicitó al BCIE su “No Objeción” a dicha contratación.**

La “No Objeción” del BCIE emitida el 20 de julio de 2015, el cual a las normas BCIE, se convierte en el requisito habilitante para la contratación, misma que en su tercer párrafo indica:

“Al respecto, después de analizar la información brindada, le manifestamos que el Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones (CEIA) del BCIE autorizó la utilización del método de “Contratación Directa ” para que la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), contrate de forma directa a la Sociedad Anónima Abierta TYAZHMASH, bajo la

modalidad de precios unitarios y suma globales, para el suministro y montaje de los equipos electromecánicos de la Central Hidroeléctrica El Chaparral (Casa de Máquina y Sub Estaciones)."

De conformidad a lo anterior ha quedado demostrado que todos los requisitos legales se cumplieron a cabalidad y con base en la primacía de las normas BCIE era válido la contratación directa sin competencia, por las razones y justificaciones que técnicamente fueron expuestas al BCIE, el cual las avaló y autorizó a través de la NO OBJECCIÓN dicha contratación, la cual es clara en sus términos. **Anexo 3.**

**b) Las Especificaciones Técnicas (Denominadas por la entidad Documento de Solicitud de Oferta) No fue Autorizadas por la máxima autoridad.**

En el mismo sentido antes expuestos, las normas BCIE regían el presente proceso sin embargo estas no regulan algo al respecto, por lo cual tal como se ha señalado la LACAP y RELACAP es supletoriamente aplicable.

En la LACAP y RELACAP no existe disposición legal que establezca que la Junta Directiva debe aprobar las Especificaciones Técnicas de una Contratación Directa.

En primer lugar, es necesario aclarar que este proceso no es uno de licitación o de concurso, es un proceso de contratación directa, al que le aplican primeramente la normativa BCIE y supletoriamente la LACAP, y en esta norma no está establecido que el titular aprobará las especificaciones técnicas, por el contrario, el artículo 71 de la LACAP expresamente indica:

**Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

Lo que expresamente manda la LACAP, es que la contratación se realizará tomando en consideración las condiciones y especificaciones previamente definidas, no dice aprobadas ni autorizadas, situación que como se ha explicado no está tampoco contemplada por el organismo financiador del proyecto (BCIE) en la "NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTENCIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORIA", como si lo requiere para los documentos bases de licitación o concurso.

Aplicando el Principio de Legalidad que rige para la administración pública, la Junta Directiva no podía aprobar las Especificaciones Técnicas porque no está habilitada para ello.

De lo anterior se colige la confusión presentada por el equipo auditor al no distinguir entre bases de licitación o concurso, y el concepto de especificaciones técnicas de las cuales habla el citado artículo 71 LACAP, confusión que se resalta cuando fundamentan su señalamiento lo dispuesto en el artículo 41 de la LACAP.

**Artículo 41.- Actos Preparatorios.** Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien, obra o servicio que desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá. Dichos instrumentos se denominarán:

- a) Términos de referencia: que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- b) Especificaciones técnicas: que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la Administración Pública solicita;
- c) Bases de Licitación: establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la Administración Pública;
- d) Bases de Concurso: establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorías; debiendo la Institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente.

Lo establecido en los literales a) y b) de este artículo, podrán utilizarse para la Libre Gestión cuando aplique.

Como observamos el artículo anterior, define cada uno de los documentos de manera separada esto es en función a que cada uno de estos puede aplicar a formas de contratar diferentes y por tanto serán excluyentes en la medida que la administración identifique una manera u otra, por tanto, SOLO EN UNA LICITACIÓN HABRÁ BASES DE LICITACIÓN, Y SOLO EN UNA CONTRATACIÓN DIRECTA HABRÁ ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, LO QUE HACE EL EQUIPO DE AUDITORIA ES HOMOLOGAR SIN BASE LEGAL ALGUNA EL CONCEPTO DE BASE DE LICITACION Y ESPECIFICACION TECNICA, LO CUAL NO PUEDE TOMARSE COMO BASE PARA UN SEÑALAMIENTO O HALLAZGO.

El documento de Solicitud de Oferta fue elaborado en forma conjunta, con funcionarios de la UACI, de la Gerencia Legal y de la Dirección del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, como se puede evidenciar en el borrador del documento de solicitud de ofertas de JUNIO DE 2015 que aparece en el expediente de la contratación directa CD 10/15, en los folios del 0000018 al 0000180, el cual está firmado por todos los que participaron en dicha formulación del documento, demostrando de esta forma que si se realizó conjuntamente dicho documento, lo cual ha sido señalado por el Jefe UACI.

Aunado a lo anterior es lógico también establecer que en el caso que lo anterior fuera expresamente mandatado, la Junta Directiva no puede ser señalada por una actuación que no se hizo de su conocimiento, por tanto, no existe fundamento legal que sustente el señalamiento realizado por el equipo auditor, adicionalmente Junta Directiva solo puede autorizar lo que la ley expresamente establece por el principio de legalidad con el que rige sus actuaciones”.

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Exdirector del Proyecto [REDACTED] [REDACTED] presentó sus comentarios en los cuales expresa:**

*“e) Comprobamos que no existió una investigación de mercado que permitiera hacer los análisis de la viabilidad técnica, económica y financiera sobre otras alternativas de suministro, ya que el Director del Proyecto en mayo 2015 en su recomendación técnica únicamente consideró lo recomendado por CONINVER, S.A. DE C. V., bajo el contrato CEL -5021-S “Servicios de Auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para la construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral”*

En relación con el hallazgo señalado por el equipo auditor, se ratifica las fundamentaciones expuestas en el proceso de auditoría, aunado a ello también es importante señalar lo siguiente:

En primer lugar, el proceso de CEL-CD 10-15. Contratación para el suministro y montaje de los equipos electromecánico para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, es un contrato financiado en un cien por cien por los fondos provenientes del BANCO CENTROAMERICANO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA, el cual estuvo sujeto a las “NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTENCIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORÍA” de agosto 2013 (Norma BCIE).

Lo anterior condiciona a estas contrataciones la aplicación de las normas propias de dicho ente financiero vigentes para la realización de los procesos, lo cual también está contemplado en el artículo 4 Letra a) de la LACAP que establece:

“Artículo 4.- Exclusiones

Se considerarán excluidos de la aplicación de esta Ley:

- a) Las adquisiciones y contrataciones financiadas con fondos provenientes de Convenios o Tratados que celebre el Estado con otros Estados o con Organismos Internacionales, en los cuales se establezcan los procesos de adquisiciones y contrataciones a seguir en su ejecución. En los casos en que sea necesario un aporte en concepto de contrapartida por parte del Estado también se considerará excluida.”

Las normas BCIE, también señalan la aplicación supletoria de la LACAP, en su artículo 6 segundo inciso:

**“Artículo 6. Legislación Nacional**

El Prestatario/Beneficiario **podrá aplicar, en forma supletoria, los requisitos formales o detalles (le procedimiento contemplados en la legislación nacional del país en**

donde se ejecuta la Operación **únicamente en los casos en que dichos requisitos no estén incluidos en estas Normas**, en la Política o en los procedimientos del BCIE y **que su aplicación no se oponga a los principios básicos de las adquisiciones o a las reñías generales de economía r eficiencia que se deben respetar en la adquisición de bienes. obras. servicios y consultorios con recursos del BCIE**".

La norma BCIE también regula su propio método para las Contrataciones Directas, según lo señala el artículo 23, letra b), en el romano iii:

**Artículo 23. Otros Métodos de Adquisición**

El Prestatario/Beneficiario podrá utilizar otros métodos de contratación, diferentes a los descritos en el artículo anterior, cuando las características de la adquisición lo permitan. En estos casos, por tratarse de procesos menos competitivos, el Prestatario/Beneficiario deberá cumplir con establecer las garantías básicas de transparencia que deben reunir los procesos de adquisición.

Estos "otros métodos" son:

...

**b) Contratación directa**

Para la utilización de este método, la Gerencia de País o Área Técnica responsable de la Operación, **previo a emitir la no objeción**, deberá contar con la autorización para la utilización de éste método por parte del Comité Ejecutivo Interno de Adquisiciones o del Comité Gerencial de Adquisiciones, según corresponda por el monto presupuestado para la adquisición.

Este método consiste en llevar a cabo **una contratación sin seguir un procedimiento competitivo**. Puede ser el método apropiado para responder a ciertas circunstancias, tales como la necesidad de **continuación de obras, servicios o consultorías específicas provistas con anterioridad**, ampliación de contratos ya existentes que resultaron de procesos competitivos, situaciones de emergencia, proveedores únicos y otros.

Además de lo anterior, el BCIE prevé, en forma no limitativa, otras circunstancias especiales en que la licitación o el concurso puede no ser el método de adquisición más apropiado.

iii. Estas "circunstancias especiales" incluyen:

Cuando se considere ampliar o renovar en cualquiera de sus términos un contrato anterior que fue el resultado de una licitación o concurso público..."

Tal como se establece en los párrafos precedentes CEL está obligada a dar cumplimiento a los requisitos establecidos por el BCIE, para las contrataciones que se realicen con fondos provenientes de los préstamos adquiridos con dicho organismo, lo que incluye este caso específico, la de una contratación directa.

La Junta Directiva de CEL autorizó la Contratación Directa de TYAZHMASH sin realizar competencia, ya que la empresa poseía un avance sustancial en el diseño de los equipos electromecánicos, pues la misma había sido subcontratista de la empresa ASTALDI, este avance contaba con la aprobación de la supervisión del proyecto en el modelo reducido

de la turbina, que había pasado la pruebas en laboratorio, esto significó un ahorro sustancial para CEL en tiempo y dinero lo cual fundamenta una conveniencia para los fines institucionales.

De no contratarse a esta empresa hubiera conllevado a CEL a un atraso en la ejecución de la obra en por lo menos 18 meses, pues de haberse convocado a otras participantes, estos requerirían de un tiempo mínimo de 18 meses para desarrollar el diseño, y este diseño tendría un costo que estaría inmerso en la oferta.

Aunado a lo anterior cada fabricante de turbina y generador tiene sus propios procedimientos y sistemas de diseño y fabricación de estos elementos, al ser un bien que NO puede encontrarse disponible en el mercado sino que debe ser diseñado y elaborado sabiendo las especificaciones del sitio de presa; asimismo no hay disponibilidad que en el mercado un fabricante retome los diseños de otros- ya que por derechos de autor el fabricante no está dispuesto a entregar sus diseños a otro por tanto la única manera de proceder es manteniendo al suministraste que ya tenía adelantado los diseños, pues con ello se garantizaba una conveniencia económica para el fin público.

**En el caso concreto resulta obvio que el interés público se verificaba si se alcanzaba el objetivo de aprovechar los diseños ya aprobados del bien a adquirir implicaba un ahorro en el costo del contrato que no se hubiera podido obtener con ninguna otra empresa, y que no existe forma en que otro proveedor hubiese podido suministrar los bienes requeridos en las características que se necesitaban es por ello que la contratación directa era el método idóneo para la contratación del mismo, y tal como se justificó por parte de la Junta Directiva que las condiciones estaban dadas para no promover competencia porque precisamente al requerir la oferta de quien tenía adelanto un diseño del bien que era apto para la casa de máquinas se justificaba plenamente que la oferta más conveniente para CEL era la de TYAZHMASH, por tanto estas mismas justificaciones son aplicables al hecho que no requería un estudio de mercado.**

Por todo lo anterior, solicito que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado."

**En nota recibida el 22 de junio de 2018, el Exdirector del Proyecto** [REDACTED]

[REDACTED] manifiesta lo siguiente:

"En atención a las observaciones anteriores, en nota entregada el 07 de julio de 2017 se presentó al Equipo Auditor, las explicaciones, valoraciones y documentación de soporte correspondientes para que dicho hallazgo se diera por desvanecido; sin embargo, en el Borrador de Informe se incluye lo siguiente:

Comentarios de los Auditores:

"Analizamos los comentarios y documentación presentada por la Coordinadora Administrativa Financiera y Exgerente Legal, relacionadas con el literal d), a lo que expresan que con respecto al especialista en puesta en marcha de central hidroeléctrica,

no se evaluó ya que la evaluación técnica realizada por el Director del Proyecto destaca que no se tomó en cuenta, por no formar parte de los criterios de evaluación, lo cual consideramos que no es procedente ya que en ninguna parte del Documento de Solicitud de Oferta establece que no debería ser evaluado, cuando se está tomando en cuenta una evaluación de la capacidad técnica de la empresa, por lo que la observación se mantiene; Además con respecto al especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos propuesto, se manifiesta que no considerado para efectos de evaluación y que no le fue asignado puntaje, pero que el ofertante presentó una propuesta de subsanación la cual fue tomada en cuenta y se le realizó la respectiva evaluación asignándole 5 lo cual esta posterior a la fecha de la emisión de la evaluación de la comisión la cual si considero ese puntaje para determinar el promedio y así contribuir a que la empresa alcanzara el puntaje mínimo para ser elegible.

Tal como lo expresan el puntaje total será asignado del promedio de puntos obtenidos del personal clave, lo cual en el Documento de Solicitud de Oferta en SECCION III ESPECIFICACIONES TECNICAS, ET-5 PERSONAL CLAVE DEL CONTRATISTA, son 8 los especialistas solicitados no 7 como lo mencionan, por lo tanto si al total de 24 puntos asignados en el informe de la Comisión de evaluación de ofertas en el cuadro de la evaluación de la capacidad técnica y experiencia del ofertante nos da un puntaje promedio de 3, no 4.3 como aparece en el cuadro, por lo que la empresa no alcanzaba el puntaje mínimo para ser elegible.

Por lo tanto, **la observación se mantiene.**"

Teniendo en consideración lo indicado tanto en el Hallazgo como en los Comentarios de los Auditores, a continuación, se amplían los comentarios vertidos sobre esta observación, así:

**a) Especialista en puesta en marcha de central hidroeléctrica**

La observación señalada sobre la no evaluación de este especialista y por tanto su no incorporación en la evaluación técnica debe tener en cuenta que esta evaluación está basada en:

- i. El Documento de Solicitud de Oferta, Sección II - Evaluación de Ofertas EO-1 Factores de Evaluación, 2) Verificación de Aspectos Técnicos, Cuadro de Evaluación de la Capacidad técnica y experiencia del Oferente (ANEXO N° 2).

En el apartado 2.0 Capacidad técnica y experiencia del personal clave asignado a los trabajos, del mencionado Cuadro de Evaluación, se definen 2 grandes apartados a evaluar y el puntaje asignado a los mismos, siendo estos: 2.1 Formación Académica y 2.2 Experiencia; en este último componente de experiencia se detalla a cada uno de los profesionales a evaluar (7) así como los puntajes a asignar, siendo estos:

- a) Director de Proyecto.
- b) Especialista para control de fabricación, suministro y montaje electromecánico (Residente).
- c) Especialista en desarrollo de ingeniería para los Sistemas Eléctricos.
- d) Especialista en desarrollo de ingeniería para los sistemas Mecánicos.
- e) Especialista en montaje de equipamiento eléctrico.

- f) Especialista en montaje de equipamientos mecánicos.
- g) Coordinador de gestión de calidad, gestión de medio ambiente, salud y seguridad en el trabajo.

**En conclusión, el Documento de Solicitud de Oferta, y específicamente el Cuadro de Evaluación de la Capacidad Técnica y Experiencia del Oferente que eran los documentos que normaban el proceso de evaluación, establecían específicamente los 7 especialistas a evaluar.**

En cuanto a los puntajes asignados, en resumen, la situación fue la siguiente:

1. En lo relacionado con la **Formación Académica** se asignaron 4.3 puntos debido a que de los 7 especialistas a evaluar, solo 6 presentaron título universitario (excepto el Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos), asignándose a cada profesional con título un puntaje de 5, haciendo un total de puntos de 30.0, pero como lo establecido en este criterio 2.1 Formación Académica era el promedio obtenido por el personal evaluado que son 7, implicaba dividir los 30 puntos obtenidos entre dicho total de 7, resultando el promedio de 4.2857, **lo que se aproxima a 4.3 puntos; siendo el puntaje correcto** y respaldado conforme lo establecido en el Documento de Solicitud de Oferta, y específicamente en lo detallado dentro del Cuadro de Evaluación de la Capacidad Técnica y Experiencia del Oferente.
2. En el apartado de **Experiencia**, se asignaron 24 de 45 puntos resultando en consecuencia un puntaje total de 28.3 puntos en el tema 2.0 Capacidad técnica y experiencia del personal clave asignado a los trabajos.

b) Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos

Para una mejor comprensión de la evaluación realizada en general y específicamente del Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos, se presenta a continuación cuadro resumen de la evaluación del proceso, en el cual se detalla más ampliamente la asignación del puntaje del criterio o apartado 2.0: Capacidad Técnica y Experiencia del personal clave asignado a los trabajos, desagregado en sus dos componentes 2.1 y 2.2, con lo que se demuestra que en ningún momento se asignó puntaje a este Especialista.

RESUMEN EVALUACIÓN CAPACIDAD TECNICA Y EXPERIENCIA OFERENTE  
CONTRATACION DIRECTA: SUMINISTRO Y MONTAJE DE EQUIPOS  
ELECTROMECAÑICOS PARA EL PROYECTO HIDROELECTRICO EL CHAPARRAL...

**En tal sentido, se comprueba que la puntuación de 4.3 asignada al apartado 2.1 y de 24.0 al apartado 2.2, fue realizada de manera correcta y en consecuencia el puntaje total de 70.8 responde a una evaluación también correcta y apegada a los parámetros de evaluación aprobados, lo cual se encuentra documentado en las páginas de la 16 a la 19 y de la 22 a la 24 del Informe de Evaluación de Oferta donde evidencia que la evaluación es correcta y que en ningún momento se asignó puntaje al Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos, en el ANEXO N° 3.**

La Junta Directiva podía tomar la decisión de únicamente adjudicar con el personal ofertado por la TYAZHMASH, o podía también solicitar a la empresa la sustitución del personal que se había identificado como deficiente, por lo que decidió por esta última opción, emitiendo un segundo acuerdo mediante el cual autorizaba a la administración gestionar el cambio del personal que no cumplía con los requisitos establecidos, específicamente los cargos de “Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos” y “Coordinador de gestión de calidad, gestión de medio ambiente, salud y seguridad en el trabajo”, previo a la firma del contrato.

La necesidad de sustituir al personal propuesto que no cumplía con los requisitos establecidos en el documento de Solicitud de Oferta tenía como base que los trabajos a ejecutar fuera de la mejor calidad y eficiencia posible.

Debido a esto, la UACI tomando como base los acuerdos de Junta Directiva notificó a TYAZHMASH, S.A. el **11 de noviembre de 2015** (folio 0000291 del expediente de contratación), la autorización de su contratación directa, así como que se les solicitaba cambio de los especialistas conforme lo requerido por Junta Directiva en su acuerdo No. 2. el contratista mediante carta de fecha **17 de noviembre de 2015** (folios del 0000297 al 0000315 del expediente de contratación), presentó como propuesta al Ing. John Naranjo, por lo que la interpretación de que esto era un proceso de subsanación de oferta es errada, debido a que los procesos de subsanación son anteriores a la adjudicación y no posteriores.

#### **SOLICITUD**

**Con base a lo antes expuesto y de conformidad a la documentación anexa, atentamente solicito se tenga por desvanecida esta observación y se me excluya de responsabilidad”.**

**En nota recibida el 22 de junio de 2018, el Jefe UACI (Ing. Carlos Armando Rivera Ramos), expuso los siguientes comentarios:**

“En el informe este hallazgo aparece en la página 59 lo denominado por los Auditores como “La deficiencia se origina debido a lo siguiente:”, por lo que paso a ser mis comentarios a cada una de estas afirmaciones:

- ✓ “a) La Junta Directiva aprueba el inicio de la Contratación Directa sin promover competencia. Así como, el Director del Proyecto y el Jefe UACI consideran que no era aplicable generar competencia”.

La LACAP en su artículo 71, expresamente le da a la Junta Directiva de la Institución la potestad de decidir, artículo que textualmente indica:

#### **“Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, **manteniendo los criterios de competencia cuando aplique**, salvo en los casos que no fuere posible

debido a la causal que motiva la contratación, tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas. **Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta**".

La Junta Directiva de la CEL, por mandato de Ley, tiene la facultad legal para decidir sobre los procesos de contrataciones directas, nadie más dentro de la institución puede tomar decisiones sobre ese tema.

Es de extrañar que la Auditoría indique como causa de la deficiencia que **"el jefe UACI considera que no era aplicable generar competencia"**, opinión que nunca fue solicitada por Junta Directiva a la UACI, ya que lo acordado por Junta Directiva, en el punto de Acta IV de fecha 13 de mayo de 2015, en Sesión No. 3682, del cual se encuentra copia en el expediente de la UACI en los folios del 0000002 al 0000006 (**Anexo No. 1**), en su acuerdo (folio 000002) dice:

"Finalmente tomando como base **la recomendación técnica girada por el Director del Proyecto**, licenciado [REDACTED] y la base legal fundamentada, ACUERDA: 1. Autorizar el inicio del proceso de contratación directa con la empresa TYAZMASH para el suministro y montaje de los equipos electromecánicos para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, el cual se regirá bajo la norma del BCIE en atención al préstamo No. 1865 y supletoriamente en lo que no se oponga a dicha norma, se aplicará la LACAP..."

Como se puede observar, no se indica que a recomendación de la UACI Junta Directiva tomó esa decisión, por lo que **no es correcto poner como causa de la deficiencia de la toma de la decisión de contratar directamente de TYAZMASH.**

Como ya se le indicó a los Auditores en la nota de fecha 3 de julio de 2017, la UACI procedió conforme lo acordado por Junta Directiva, sin tener ninguna injerencia en dicha toma de decisión.

#### **SOLICITUD**

La UACI no tuvo ninguna injerencia en la toma de decisión de Junta Directiva, ya que la LACAP en su artículo 71 expresamente le da toda la potestad a Junta Directiva de razonar y acordar la contratación directa ya sea con o sin competencia, ni este grupo colegiado solicitó opinión a la UACI al respecto, por lo que se solicita eliminar este supuesto incumplimiento lo referente a la participación de la UACI, ya que la UACI no ha dado opinión oficial al respecto.

- ✓ **"b) La Junta Directiva, no realizó la aprobación del documento de "Solicitud de Oferta", el jefe UACI considera que no es necesario realizar dicha aprobación**

La opinión dada por la UACI a requerimiento de la Auditoría, fue dada con fecha 3 de julio de 2017, dos años después de haberse desarrollado dicho proceso, sin embargo es mi

opinión tomando como base la LACAP y el RELACAP que no existe un mandato expreso de que dicho documento tiene que ser autorizado por el Titular (Junta Directiva), **al revisar la base legal expuesta por la Auditoría en el Informe Preliminar, en ninguna se indica que el documento base para un proceso de contratación directa tiene que ser autorizado por la máxima autoridad, y no puede apartarse del fundamento de la norma o tipo legal habilitante, si no hay norma, no nace obligación, ni incumplimiento.**

En los “**COMENTARIOS DE LOS AUDITORES**” en lo concerniente a la UACI se indica que “...**Así mismo, corresponde a la máxima autoridad la autorización de las Bases de Licitación, también corresponde a la UACI de acuerdo a la LACAP adecuar conjuntamente con la Unidad Solicitante las Bases de Licitación o de concurso, términos de referencia o especificaciones técnicas...**”

Al respecto queremos aclarar que este proceso **no es uno de licitación o de concurso**, es un proceso de contratación directa, nosotros estamos claro que para un proceso de licitación o concurso por lo establecido en el artículo 18 de la LACAP, los documentos bases tienen que ser autorizados por el titular o su designado, pero para los procesos de contratación directa el artículo 71 de la LACAP expresamente indica:

#### **Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, **tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas.** Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

Lo que expresamente manda la LACAP, es que la contratación se realizará tomando en consideración las condiciones y especificaciones previamente definidas, **no requiriéndose de su aprobación ni de su autorización**, ni el organismo financiador del proyecto (BCIE) requiere en la “**NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTECIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORÍA**” que sea autorizado (No objeciones) dicho documento, como si lo requiere para los documentos bases de licitación o concurso.

#### **SOLICITUD**

Debido a que no existe una disposición expresa en la “**NORMA PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA PARA LA OBTECIÓN DE BIENES, OBRAS, SERVICIOS Y CONSULTORÍA**” como normativa principal, ni en la LACAP y RELACAP como normativa supletoria, requieren la aprobación de parte de la máxima autoridad de las “**Condiciones y especificaciones técnicas**” (documento de solicitud de ofertas), solicitamos sea

eliminada la participación de la UACI en este hallazgo, y cualquier responsabilidad que se le impute.

- ✓ “c) El Jefe UACI y Director del Proyecto (Unidad Solicitante), dejaron en el Documento de Solicitud de Oferta, inconsistencia que pondría en riesgo la evaluación”

Como se manifestó en nuestra respuesta del 3 julio de 2017, se aclara que los **critérios** de evaluación de ofertas y las Especificaciones Técnicas o Términos de Referencia, son proporcionados por el solicitante, y a **critério** de estos no es necesario que todo el personal detallado en las especificaciones técnicas, sean evaluadas, ya que hay personal que tienen más importancias que otros, por lo que se considera que esto no es una inconsistencia del documento.

Para conformar el documento base, en este caso específico, el Documento de Solicitud de Ofertas, se basó en lo indicado en el artículo 20 Bis, letra “b” de la LACAP y artículo 20 inciso tercero del RELACAP, en donde se establecen:

#### **LACAP**

“**Artículo. 20 Bis. Responsabilidades de los Solicitantes.** Para efectos de esta Ley se entenderá por solicitantes, las unidades o dependencias internas de la institución que requieran a la UACI la adquisición de obras, bienes o servicios. Estos deberán realizar los actos preparatorios de conformidad a **las responsabilidades siguientes:**

c) Elaborar la solicitud de las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes o servicios, **la cual deberá acompañarse de las especificaciones o características técnicas de las mismas, así como toda aquella información que especifique el objeto contractual** y que facilite la formulación de las bases de licitación.”

#### **RELACAP**

##### **ELABORACIÓN DE INSTRUMENTOS DE CONTRATACIÓN**

**Art. 20.-...La Unidad solicitante definirá** objeto, cantidad, calidad, **especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras**, bienes y servicios, valores estimados, condiciones específicas de administración de los contratos y la necesidad, en su caso, de permisos administrativos, incluyendo ambientales y de salud: **y el Jefe UACI** o la persona que éste designe, **verificará los requisitos legales, administrativos y financieros que serán solicitados y el procedimiento de contratación para cada una de las situaciones que lo requieran”.**

Por lo que, para la preparación del documento de solicitud de ofertas, se consideró que lo establecido por la parte técnica tiene un sustento altamente especializado, de lo cual la UACI no tiene especialistas, no teniendo elementos para poder refutar lo indicado por éstos, no obstante, lo anterior, **no existe ningún riesgo en la evaluación**, ya que se evalúa conforme lo establecido en el Documento de Solicitud de Ofertas.

## SOLICITUD

Como el responsable de definir las Especificaciones Técnicas y los criterios de evaluación de los aspectos técnicos es la Unidad solicitante (artículos 20 Bis de la LACAP y 20 del RELACAP), siendo estas características altamente especializadas de la cual la UACI no tiene especialistas y del cual ni la Ley y su Reglamento le da la potestad a realizar dicha actividad, se le solita eliminar la participación de la UACI en este hallazgo”.

- ✓ **“d) La Comisión designada para la evaluación técnica de la oferta presentada por la única empresa evaluada, asignó un puntaje de 1.17 que no está justificado ni era subsanable, y el Director del Proyecto y el Jefe UACI lo acepta como subsanable, para la firma del contrato, con el cual alcanzó el puntaje mínimo necesario para ser considerado elegible.”**

Como los Auditores manifiestan en el literal anterior de este hallazgo “En la sección II Evaluación de Ofertas no se incluyó el ítem denominado: “Especialista en puesta en marcha de centrales eléctricas”, el cual lo contenía sección III denominadas Especificaciones Técnicas”, y por ser el Documento de Solicitud de Oferta lo que normaba el proceso de evaluación, solamente se evaluaron 7 especialistas.

Lo considerado por la Auditores de evaluar tomando como base los 8 especialistas enumerados en las Especificaciones Técnicas, **no es correcto**, ya que, en el documento de solicitud de oferta, en los criterios de evaluación únicamente se consideran los 7 especialistas mencionados en la **SECCIÓN II - EVALUACIÓN DE OFERTAS, EO-1 FACTORES DE EVALUACIÓN**, cuadro de “Evaluación de la capacidad técnica y experiencia del oferente”.

Como se indicó anteriormente, la parte técnica determinó que el personal a evaluar únicamente serían: Director del Proyecto; Especialista para control de fabricación, suministro y montaje electromecánico (Residente); Especialista en desarrollo de ingeniería para los Sistemas Eléctricos; Especialista en desarrollo de ingeniería para los sistemas mecánicos; Especialista en montaje de equipamiento eléctrico; Especialista en montaje de equipamientos mecánicos; y Coordinador de gestión de calidad, gestión de medios ambientales, salud y seguridad.

Procediendo conforme al Documento de Solicitud de Oferta, únicamente se evaluaron 7 especialistas antes indicados (ver **Anexo No. 3**, folio 0000270-0000289), de los cuales 6 disponían de título universitario (excepto el Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos que no demostró que contaba con título universitario), a cada profesional con título se le asignaba un puntaje de 5, haciendo un total de puntos de 30.0, como el puntaje obtenido en el criterio 2.1 Formación académica según lo requerido, es el promedio del personal evaluado que son 7, siendo el promedio de 4.2857, lo que se aproxima a 4.3 puntos, como se detalla a continuación:...

Todos los profesionales evaluados y que demostraron tener título profesional con especialización relacionados con el cargo requerido, así el especialista en gestión de

calidad, gestión de medios ambientales, salud y seguridad, posee un título de ingeniero en desarrollo ambiental, que es el especialista adecuado para esta tarea.

El puntaje total obtenido por la oferta presentada por TYAZHMASH fue de 70.8, y el requisito mínimo para continuar en el proceso de evaluación era de 70 puntos, por lo que Junta Directiva en el Punto IV de la Sesión No. 3703 del **9 de noviembre de 2015** (folios del 0000270 al 0000289 del expediente de contratación, **Anexo No. 3**), acordó la autorización de la contratación directa de TYAZHMASH, S.A.A. (folio 0000270-0000271) para "Suministro y montaje de los equipos electromecánicos para el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral".

La Junta Directiva podía tomar la decisión de únicamente adjudicar con el personal ofertado por la TYAZHMASH, o podía también solicitar a la empresa la sustitución del personal que se había identificado como deficiente, por lo que decidió por esta última opción, emitiendo un segundo acuerdo mediante el cual autorizaba a la administración gestionar el cambio del personal que no cumplía con los requisitos establecidos, específicamente los cargos de "Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos" y "Coordinador de gestión de calidad, gestión de medio ambiente, salud y seguridad en el trabajo", **previo a la firma del contrato.**

La necesidad de sustituir al personal propuesto que no cumplía con los requisitos establecidos en el documento de solicitud de oferta, tenía como base que los trabajos a ejecutar fuera de la mejor calidad y eficiencia posible.

Debido a esto, la UACI tomando como base los acuerdos de Junta Directiva notificó a TYAZHMASH, S.A.A. el **11 de noviembre de 2015** (folio 0000291 del expediente de contratación, **Anexo No. 4**), **la autorización de su contratación directa (adjudicación)**, así como que se les solicitaba cambio de los especialistas conforme lo requerido por Junta Directiva en su acuerdo No.2 El contratista mediante carta de fecha **17 de noviembre de 2015** (folios del 0000297 al 0000315 del expediente de contratación, **Anexo No. 5**), presentó como propuesta al Ing. John Naranjo, por lo que la interpretación de que esto era un proceso de subsanación de oferta es errada, debido a que **los procesos de subsanación son anteriores a la adjudicación y no posteriores.**

#### **SOLICITUD**

Se solicita la eliminación este hallazgo, ya que el Comité Ejecutivo nombrado ha evaluado la oferta conforme lo establecido en el Documento de Solicitud de Ofertas, evaluando a los siete (7) expertos indicado en dicho documento, **no se ha seguido ningún proceso de subsanación posterior a la autorización de la contratación (adjudicación)**".

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, la Coordinadora Administrativa Financiera** [REDACTED] **emitió los siguientes comentarios:**

"d) Determinamos que la evaluación técnica realizada a la empresa TYAZHMASH (única empresa que fue evaluada), no cumplió con el puntaje mínimo de 70 puntos requerido en el Documentos de Solicitud de Oferta, para ser considerada como una empresa elegible,

a pesar de que en el informe de evaluación de fecha 05/11/2015, se le asignó 70.8 puntos, ya que 1.17 puntos, fueron asignados sin el respaldo por las razones que a continuación mencionamos:

- i. Al ítem 2.1 se le asignó el puntaje de 4.30 el cual no es consistente con el resultado obtenido en la evaluación del personal clave, que sumó 25 puntos, los cuales al dividirlos entre los 8 especialistas da un resultado de 3.13, concluyendo que 1.17 no están justificados.
- ii. Cabe mencionar que el informe de evaluación fue presentado el 05/11/2015, no obstante, mediante memorando emitido por el Director del Proyecto con fecha 01/12/2015, informó al Jefe UACI el resultado de la evaluación de profesionales sustituidos por TYAZHMASH a quienes se les asignaron 5 puntos cada uno, con los cuales completaba 30, cantidad que al dividirlo entre 7 especialistas daba como resultado los 4.30 puntos aproximados que consideró el informe de evaluación, lo que confirma que la comisión evaluadora agregó sin justificación 1.17 puntos al total general de la evaluación. En consecuencia, la empresa evaluada no alcanzaba los 70 puntos para ser elegible”.

Atendiendo las observaciones anteriores, en nota entregada el 07 de julio de 2017 se presentó al Equipo Auditor, las explicaciones, valoraciones y documentación de soporte correspondientes para que dicho hallazgo se diera por desvanecido; sin embargo, en el Borrador de Informe se incluye lo siguiente:

#### **Comentarios de los Auditores:**

“...Analizamos los comentarios y documentación presentada por la **Coordinadora Administrativa Financiera y Exgerente Legal**, relacionadas con el **literal d)**, a lo que expresan que con respecto al especialista en puesta en marcha de central hidroeléctrica, no se evaluó ya que la evaluación técnica realizada por el Director del Proyecto destacó que no se tomó en cuenta, por no formar parte de los criterios de evaluación, lo cual consideramos que no es procedente ya que en ninguna parte del Documento de Solicitud de Oferta establece que no debería ser evaluado, cuando se está tomando en cuenta una evaluación de la capacidad técnica de la empresa, **por lo que la observación se mantiene**; Además con respecto al especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos propuesto, se manifiesta que no considerado para efectos de evaluación y que no le fue asignado puntaje, pero que el ofertante presentó una propuesta de subsanación la cual fue tomada en cuenta y se le realizó la respectiva evaluación asignándole 5 lo cual esta posterior a la fecha de la emisión de la evaluación de la comisión la cual si considero ese puntaje para determinar el promedio y así contribuir a que la empresa alcanzara el puntaje mínimo para ser elegible.

Tal como lo expresan el puntaje total será asignado del promedio de puntos obtenidos del personal clave, lo cual en el Documento de Solicitud de Oferta en SECCION III ESPECIFICACIONES TECNICAS.ET-5 PERSONAL CLAVE DEL CONTRATISTA, son 8 los especialistas solicitados no 7 como lo mencionan, por lo tanto si al total de 24 puntos asignados en el informe de la Comisión de evaluación de ofertas

en el cuadro de la evaluación de la capacidad técnica y experiencia del ofertante nos da un puntaje promedio de 3, no 4.3 como aparece en el cuadro, por lo que la empresa no alcanzaba el puntaje mínimo para ser elegible.

Por lo tanto, **la observación se mantiene**".

Teniendo en consideración lo antes indicado, tanto en el Hallazgo como en los Comentarios de los Auditores; a continuación, se amplían los comentarios vertidos sobre esta observación, así:

**a) Especialista en puesta en marcha de central hidroeléctrica**

La observación señalada sobre la no evaluación de este especialista y por tanto su no incorporación en la evaluación técnica debe tener en cuenta que esta evaluación está basada en:

- i. El **Documento de Solicitud de Oferta**, Sección II- Evaluación de Ofertas EO-1 Factores de Evaluación, 2) Verificación de Aspectos Técnicos, Cuadro de Evaluación de la Capacidad técnica y experiencia del Oferente que estable los parámetros aprobados para realizar la evaluación **(Ver ANEXO N° 1)**.

En dicho Anexo se puede confirmar que en el apartado 2.0

Capacidad técnica y experiencia del personal clave asignado a los trabajos, del mencionado Cuadro de Evaluación, se definen 2 grandes apartados a evaluar y el puntaje asignado a los mismos, siendo estos: 2.1 Formación Académica y 2.2 Experiencia: en este último componente **se detalla a cada uno de los profesionales a evaluar (7 y no 8)**, así como los puntajes a asignar, siendo estos profesionales:

1. Director de Proyecto.
2. Especialista para control de fabricación, suministro y montaje electromecánico (Residente).
3. Especialista en desarrollo de ingeniería para los Sistemas Eléctricos.
4. Especialista en desarrollo de ingeniería para los sistemas Mecánicos.
5. Especialista en montaje de equipamiento eléctrico.
6. Especialista en montaje de equipamientos mecánicos.
7. Coordinador de gestión de calidad, gestión de medio ambiente, salud y seguridad en el trabajo.

**En conclusión, el Documento de Solicitud de Oferta, y específicamente el Cuadro de Evaluación de la Capacidad Técnica y Experiencia del Oferente que eran los documentos que normaban el proceso de evaluación, establecían específicamente los 7 especialistas a evaluar.**

En cuanto a los puntajes asignados, en resumen, la situación fue la siguiente:

1. En lo relacionado con la **Formación Académica** se asignaron 4.3 puntos debido a que de los 7 especialistas a evaluar, solo 6 presentaron título universitario (excepto el Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos), asignándose a cada profesional con título un puntaje de 5, haciendo un total de 30 puntos, pero como lo establecido en este criterio 2.1 Formación Académica era el promedio obtenido por el personal evaluado que son 7, implicaba dividir los 30 puntos obtenidos entre dicho total de 7, resultando el promedio de 4.2857, **lo que se aproxima a 4.3 puntos**; siendo **el puntaje correcto** y que está respaldado conforme lo establecido en el Documento de Solicitud de Oferta, y específicamente en lo detallado dentro del Cuadro de Evaluación de la Capacidad Técnica y Experiencia del Oferente.
2. En el apartado de **Experiencia**, se asignaron 24 de 45 puntos resultando en consecuencia un puntaje total de 28.3 puntos en el apartado 2.0 Capacidad técnica y experiencia del personal clave asignado a los trabajos.

**b) Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos**

Para una mejor comprensión de la evaluación realizada en general y específicamente del Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos, se presenta a continuación cuadro resumen de la evaluación del proceso, en el cual se detalla más ampliamente la asignación del puntaje del criterio o apartado 2.0: Capacidad Técnica y Experiencia del personal clave asignado a los trabajos, desagregado en sus dos componentes 2.1 y 2.2, con lo que se demuestra que en ningún momento se asignó puntaje a este Especialista. RESUMEN EVALUACIÓN CAPACIDAD TECNICA Y EXPERIENCIA OFERENTE CONTRATACION DIRECTA: SUMINISTRO Y MONTAJE DE EQUIPOS ELECTROMECAÑICOS PARA EL PROYECTO HIDROELECTRICO EL CHAPARRAL

...

**En tal sentido, se comprueba que la puntuación de 4.3 asignada al apartado 2.1 y de 24.0 al apartado 2.2, fue realizada de manera correcta y en consecuencia el puntaje total de 70.8 responde a una evaluación también correcta y apegada a los parámetros de evaluación aprobados**, lo cual se encuentra **documentado** en las páginas de la 16 a la 19 y de la 22 a la 24 del Informe de Evaluación de Oferta donde se evidencia que la evaluación es correcta y que en ningún momento se asignó puntaje al Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos. **(Ver ANEXO N° 2)**.

También es importante tener presente que, los actos preparatorios de todo proceso son competencia de la unidad requirente, todo de conformidad al Art. 20 BIS LACAP; la cual es la responsable de la elaboración de los términos de referencia (TDR), como experta en los aspectos técnicos debido a su experticia sobre las necesidades de profesionales para el proceso, estipulando los puntajes a asignar a los mismos.

En dicho sentido, la conclusión de esa Auditoria "Tal como lo expresan el puntaje total será asignado del promedio de puntos obtenidos del personal clave, lo cual en el Documento de Solicitud de Oferta en SECCION III ESPECIFICACIONES TECNICAS ET-5 PERSONAL CLAVE DEL CONTRATISTA, son 8 los especialistas solicitados no 7 como lo mencionan, por lo tanto si al total de 24 puntos asignados en el informe de la Comisión

de evaluación de ofertas en el cuadro de la evaluación de la capacidad técnica y experiencia del ofertante nos da un puntaje promedio de 3, no 4.3 como aparece en el cuadro, por lo que la empresa no alcanzaba el puntaje mínimo para ser elegible." no ha tomado en cuenta el **Documento de Solicitud de Oferta** elaborado por la unidad requirente que indicaba clara y fehacientemente que se debía evaluar 7 especialistas, y no 8.

De haberse evaluado 8 especialistas se hubiera actuado fuera de lo aprobado en el mencionado Documento de Solicitud de Oferta, que normaba este proceso, lo cual hubiese generado una controversia ya que el ofertante podría argumentar que incluir 8 especialistas no estaba considerado en la Evaluación a la que el Comité debía sujetarse, y podría haber impugnado dicha actuación considerándola ilegal; concluyendo que de igual manera se hubiese violado también el principio de Legalidad (Art. 86 de la Constitución de la República - CN).

**Por lo tanto, el actuar del Comité estuvo apegado y evaluó de conformidad a los documentos debidamente elaborados por un experto en el tema y debidamente aprobados por la autoridad competente.**

En cuanto a la sustitución de personal, es importante mencionar que la Junta Directiva podía tomar la decisión de únicamente adjudicar con el personal ofertado por la empresa, o podía también solicitarle la sustitución del personal que se había identificado como deficiente, por lo que se decidió por esta última opción, emitiendo un segundo acuerdo mediante el cual autorizaba a la administración gestionar el cambio del personal que no cumplía con los requisitos establecidos, específicamente los cargos de "Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos" y "Coordinador de gestión de calidad, gestión de medio ambiente, salud y seguridad en el trabajo", previo a la firma del contrato; es decir, posterior a la evaluación y adjudicación; por lo que la interpretación de que esto era un proceso de subsanación de oferta no es correcta, debido a que los procesos de subsanación son anteriores a la adjudicación y no posteriores.

Finalmente, es de considerar que numerosa Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha reiterado que el Comité de Evaluación debe ceñirse a evaluar de acuerdo al sistema de evaluación de ofertas previamente establecido y confeccionado por las bases de licitación, en este caso el Documento de Solicitud de Oferta, tal como se comprueba en diversas resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo como ejemplo la 141-2005 (**Ver ANEXO 3**).

Con base a lo antes expuesto y de conformidad a la documentación anexa, atentamente solicito se tenga por desvanecida esta observación y se me excluya de responsabilidad."

**Con fecha 22 de junio de 2018 se recibieron comentarios de la Exgerente Legal** [REDACTED] en los que expresa:

"Determinamos que la evaluación técnica realizada a la empresa TYAZHMASH (única empresa que fue evaluada), no cumplió con el puntaje mínimo de 70 puntos requerido en

el Documentos de Solicitud de Oferta, para ser considerada como una empresa elegible, a pesar de que en el informe de evaluación de fecha 05/11/2015, se le asignó 70.8 puntos, ya que 1.17 puntos, fueron asignados sin el respaldo por las razones que a continuación mencionamos:

- i. Al ítem 2.1 se le asignó el puntaje de 4.30 el cual no es consistente con el resultado obtenido en la evaluación del personal clave, que sumó 25 puntos, los cuales al dividirlos entre los 8 especialistas da un resultado de 3.13, concluyendo que 1.17 no están justificados.
- ii. Cabe mencionar que el informe de evaluación fue presentado el 05/11/2015, no obstante, mediante memorando emitido por el Director del Proyecto con fecha 01/12/2015, informó al Jefe UACI el resultado de la evaluación de profesionales sustituidos por TYAZMASH a quienes se les asignaron 5 puntos cada uno, con los cuales completaba 30, cantidad que al dividirlo entre 7 especialistas daba como resultado los 4.30 puntos aproximados que consideró el informe de evaluación, lo que confirma que la comisión evaluadora agregó sin justificación 1.17 puntos al total general de la evaluación. En consecuencia, la empresa evaluada no alcanzaba los 70 puntos para ser elegible.”

En atención a las observaciones anteriores, en nota entregada el 07 de julio de 2017 se presentó al Equipo Auditor, las explicaciones, valoraciones y documentación de soporte correspondientes para que dicho hallazgo se diera por desvanecido; sin embargo, en el Borrador de Informe se incluye lo siguiente:

#### **Comentarios de los Auditores:**

“...Analizamos los comentarios y documentación presentada por la **Coordinadora Administrativa Financiera y Exgerente Legal**, relacionadas con el **literal d)**, a lo que expresan que con respecto al especialista en puesta en marcha de central hidroeléctrica, no se evaluó ya que la evaluación técnica realizada por el Director del Proyecto destaco que no se tomó en cuenta, por no formar parte de los criterios de evaluación, lo cual consideramos que no es procedente ya que en ninguna parte del Documento de Solicitud de Oferta establece que no debería ser evaluado, cuando se está tomando en cuenta una evaluación de la capacidad técnica de la empresa, **por lo que la observación se mantiene**; Además con respecto al especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos propuesto, se manifiesta que no considerado para efectos de evaluación y que no le fue asignado puntaje, pero que el ofertante presento una propuesta de subsanación la cual fue tomada en cuenta y se le realizó la respectiva evaluación asignándole 5 lo cual esta posterior a la fecha de la emisión de la evaluación de la comisión la cual si considero ese puntaje para determinar el promedio y así contribuir a que la empresa alcanzara el puntaje mínimo para ser elegible.

Tal como lo expresan el puntaje total será asignado del promedio de puntos obtenidos del personal clave, lo cual en el Documento de Solicitud de Oferta en SECCION III ESPECIFICACIONES TECNICAS.ET-5 PERSONAL CLAVE DEL CONTRATISTA, son 8 los especialistas solicitados no 7 como lo mencionan, por lo tanto si al total de 24 puntos asignados en el informe de la Comisión de evaluación de ofertas en el cuadro de la

evaluación de la capacidad técnica y experiencia del ofertante nos da un puntaje promedio de 3, no 4.3 como aparece en el cuadro, por lo que la empresa no alcanzaba el puntaje mínimo para ser elegible.

**Por lo tanto, la observación se mantiene."**

Teniendo en consideración la indicado tanto en el Hallazgo como en los Comentarios de los Auditores, a continuación, se amplían los comentarios vertidos sobre esta observación, así:

**a) Especialista en puesta en marcha de central hidroeléctrica**

La observación señalada sobre la no evaluación de este especialista y por tanto su no incorporación en la evaluación técnica debe tener en cuenta que esta evaluación está basada en:

- i. El Documento de Solicitud de Oferta, Sección II - Evaluación de Ofertas EO-1 Factores de Evaluación, 2) Verificación de Aspectos Técnicos, Cuadro de Evaluación de la Capacidad técnica y experiencia del Oferente (**ANEXO N° 1**).

En el apartado 2.0 Capacidad técnica y experiencia del personal clave asignado a los trabajos, del mencionado Cuadro de Evaluación, se definen 2 grandes apartados a evaluar y el puntaje asignado a los mismos, siendo estos: 2.1 Formación Académica y 2.2 Experiencia; en este último componente de experiencia se detalla a cada uno de los profesionales a evaluar (7) así como los puntajes a asignar, siendo estos:

- a) Director de Proyecto.
- b) Especialista para control de fabricación, suministro y montaje electromecánico (Residente).
- c) Especialista en desarrollo de ingeniería para los Sistemas Eléctricos.
- d) Especialista en desarrollo de ingeniería para los sistemas Mecánicos.
- e) Especialista en montaje de equipamiento eléctrico.
- f) Especialista en montaje de equipamientos mecánicos.
- g) Coordinador de gestión de calidad, gestión de medio ambiente, salud y seguridad en el trabajo.

**En conclusión, el Documento de Solicitud de Oferta, y específicamente el Cuadro de Evaluación de la Capacidad Técnica y Experiencia del Oferente que eran los documentos que normaban el proceso de evaluación, establecían específicamente los 7 especialistas a evaluar.**

En cuanto a los puntajes asignados, en resumen, la situación fue la siguiente:

1. En lo relacionado con la **Formación Académica** se asignaron 4.3 puntos debido a que de los 7 especialistas a evaluar, solo 6 presentaron título universitario (excepto el Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos), asignándose a cada profesional con título un puntaje de 5, haciendo un total de puntos de 30.0, pero como lo establecido en este criterio 2.1 Formación Académica era el promedio obtenido por el personal evaluado que son 7, implicaba dividir los 30 puntos obtenidos entre dicho total de 7, resultando el promedio de 4.2857, **lo que se aproxima a 4.3 puntos**; siendo **el puntaje correcto** y respaldado conforme lo

establecido en el Documento de Solicitud de Oferta, y específicamente en lo detallado dentro del Cuadro de Evaluación de la Capacidad Técnica y Experiencia del Oferente.

2. En el apartado de **Experiencia**, se asignaron 24 de 45 puntos resultando en consecuencia un puntaje total de 28.3 puntos en el tema 2.0 Capacidad técnica y experiencia del personal clave asignado a los trabajos.

#### **b) Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos**

Para una mejor comprensión de la evaluación realizada en general y específicamente del Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos, se presenta a continuación cuadro resumen de la evaluación del proceso, en el cual se detalla más ampliamente la asignación del puntaje del criterio o apartado 2.0: Capacidad Técnica y Experiencia del personal clave asignado a los trabajos, desagregado en sus dos componentes 2.1 y 2.2, con lo que se demuestra que en ningún momento se asignó puntaje a este Especialista.

RESUMEN EVALUACIÓN CAPACIDAD TECNICA Y EXPERIENCIA OFERENTE  
CONTRATACION DIRECTA: SUMINISTRO Y MONTAJE DE EQUIPOS  
ELECTROMECAÑICOS PARA EL PROYECTO HIDROELECTRICO EL CHAPARRAL.

...

**En tal sentido, se comprueba que la puntuación de 4.3 asignada al apartado 2.1 y de 24.0 al apartado 2.2, fue realizada de manera correcta y en consecuencia el puntaje total de 70.8 responde a una evaluación también correcta y apegada a los parámetros de evaluación aprobados, lo cual se encuentra documentado en las páginas de la 16 a la 19 y de la 22 a la 24 del Informe de Evaluación de Oferta donde evidencia que la evaluación es correcta y que en ningún momento se asignó puntaje al Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos, en el ANEXO N° 2.**

Finalmente, es de tener presente que los actos preparatorios de todo proceso son competencia de la unidad requirente, todo de conformidad al Art. 20 BIS LACAP; la cual es la responsable de la elaboración de los términos de referencia (TDR), como experta en los aspectos técnicos debido a su experties sobre las necesidades de profesionales para el proceso, estipulados los puntajes a asignar a los mismos.

De tal forma la conclusión de esa Auditoría "Tal como lo expresan el puntaje total será asignado del promedio de puntos obtenidos del personal clave, lo cual en el Documento de Solicitud de Oferta en SECCION III ESPECIFICACIONES TECNICAS.ET-5 PERSONAL CLAVE DEL CONTRATISTA, son 8 los especialistas solicitados no 7 como lo mencionan, por lo tanto si al total de 24 puntos asignados en el informe de la Comisión de evaluación de ofertas en el cuadro de la evaluación de la capacidad técnica y experiencia del ofertante nos da un puntaje promedio de 3, no 4.3 como aparece en el cuadro, por lo que la empresa no alcanzaba el puntaje mínimo para ser elegible".

Esta Auditoría no ha tomado en cuenta El Documento de Solicitud de Oferta, Sección II - Evaluación de Ofertas EO-1 Factores de Evaluación, 2) Verificación de Aspectos Técnicos, Cuadro de Evaluación de la Capacidad técnica y experiencia del Oferente 2.2

Experiencia; en este último componente de experiencia se detalla a cada uno de los profesionales **a evaluar (7) así como los puntajes a asignar (ANEXO 1).**

**En el presente caso si el documento de solicitud de oferta elaborado por la unidad requirente INDICABA CLARA Y FEHACIENTEMENTE QUE TENIAMOS QUE EVALUAR 7 ESPECIALISTAS, nosotros como Comité no podíamos evaluar 8 especialistas, debido a que el documento de solicitud de oferta nos indicaba evaluar 7 especialistas, tal como lo hemos comprobado.**

En ese orden de ideas, estos TDR una vez cuentan con la No objeción del BCIE son debidamente aprobados; posteriormente el Ofertante confecciona su oferta y una vez presentada está el Comité evaluador procede a evaluar la oferta de conformidad al Cuadro de Evaluación de la capacidad técnica y experiencia el oferente, en cada uno de los componentes: Legal, Técnico y Financiero, (ANEXO 1) de tal forma que esa Auditoría al señalar que hemos errado en evaluar solo 7 especialistas y no 8 tal cual ellos afirman; se hubiera actuado fuera de lo aprobado en el Documento de Solicitud de Oferta que normaba este proceso, lo cual hubiese generado una controversia ya que el ofertante podría argumentar que incluir 8 especialistas no estaba considerado en la Evaluación a la que el Comité debía sujetarse, con lo cual podría haber impugnado dicha actuación considerándola ilegal; concluyendo que de igual manera se hubiese violado también el principio de Legalidad Art. 86 de la CN debido a que este Comité hubiera evaluado a contrario sensus de la Evaluación de capacidad técnica y experiencia del oferente previamente definida en los TDR, por lo tanto el actuar de este Comité está apegado y ha evaluado de conformidad a documentos debidamente elaborados por un experto en el tema y debidamente aprobados por la autoridad competente.

Es de hacer notar que esa Auditoría debe tomar en cuenta lo estipulado en el artículo 44 de la LACAP en comento se enumera el contenido mínimo de las bases, en el cual aparece: "r) el sistema de evaluación de las ofertas, con porcentajes asignados a cada factor sujeto a evaluación. **El sistema de evaluación indicará la calificación mínima que debe obtener la oferta técnica y la capacidad financiera del proponente, como condición previa para la consideración de la propuesta económica**". (Negrita y subrayado es nuestro), en ese sentido nos preguntamos, Como nos pueden señalar un hallazgo de haber evaluado 7 especialistas y no 8 como lo señalan sí tal como lo comprobamos El Documento de Solicitud de Oferta, Sección II - Evaluación de Ofertas EO- 1 Factores de Evaluación, 2) Verificación de Aspectos Técnicos, Cuadro de Evaluación de la Capacidad técnica y experiencia del Oferente 2.2 Experiencia; en este último componente de experiencia se detalla a cada uno de los profesionales **a evaluar (7) y el art. 44 letra r es claro establece que el Comité debe evaluar de conformidad a lo estipulado en las "bases de licitación"**.

Numerosa Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha reiterado que el Comité debe ceñirse a evaluar de acuerdo al sistema de evaluación de ofertas previamente establecido y confeccionado por las bases de licitación, en este caso l Documento de Solicitud de Oferta, Sección II - Evaluación de Ofertas EO-1 Factores de Evaluación, tal como lo comprobamos con:

"141-2005

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las quince horas y dos minutos del dieciséis de octubre de dos mil nueve.

En el artículo 44 de la Ley en comento se enumera el contenido mínimo de las bases, en el cual aparece: "r) el sistema de evaluación de las ofertas, con porcentajes asignados a cada factor sujeto a evaluación. **El sistema de evaluación indicará la calificación mínima que debe obtener la oferta técnica y la capacidad financiera del proponente, como condición previa para la consideración de la propuesta económica**". (Negrita y subrayado es nuestro).

Por su parte el artículo 52 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece en su inciso primero que en las bases de licitación o de concurso se indicarán las diferentes modalidades de la presentación de ofertas, tanto técnicas como económicas, las cuales dependerán de la naturaleza, complejidad, monto y grado de especialización de la obra, bien o servicio a adquirir.

**La Sala de lo Contencioso Administrativo dice:**

Parámetros de evaluación en la calificación de ofertas.

En las Bases de Licitación además de especificaciones de carácter jurídico, financiero, administrativo y técnico, se hacen constar criterios o parámetros que permitirán a la Administración efectuar la evaluación de las ofertas. Así lo establece el artículo 44 literal r) y 55 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Con ello se permite un grado de predictibilidad y seguridad respecto del ofertante acerca de la posible ponderación porcentual de su propuesta, pero de igual forma fija las pautas que orientan la toma de decisión por parte de la Administración, quien no podrá salirse más allá de sus estipulaciones. La actividad administrativa se enmarca entonces en la estricta observancia de las bases. Siguiendo a Roberto Dromi: "...las normas contenidas en los pliegos que permiten la comparación entre los oferentes facilitan a la Administración, homogeneizar los criterios de evaluación, así como el control de legalidad tanto para la propia Administración como para los participantes en el proceso de selección, brindándoles datos objetivos al efecto (La Licitación Pública, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, P. 251)".

En dicho sentido, la elección de la propuesta más conveniente en el proceso de evaluación de ofertas, ya sea realizada mediante el dictamen por parte de la Comisión que establece el **artículo 55 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública o la que realiza el titular de la Institución en razón de lo estipulado en el artículo 56 del ordenamiento jurídico en mención, debe ceñirse a lo estipulado en las ponderaciones que las mismas bases de licitación establecen**. (Negrita y subrayado es nuestro).

Si la posterior resolución de adjudicación tiene como precedente la inobservancia de los parámetros de evaluación o existe una arbitraria modificación de la calificación porcentual, y únicamente para brindar ventaja a alguno de los oferentes, el acto adolece de un vicio que invalida el procedimiento".

EN ESTE CASO CONDENARON A LA POLICIA NACIONAL CIVIL por haber modificado el Comité los parámetros previamente estipulados en el método de evaluación.

Asimismo, puede verse la Sentencia 246

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las diez horas veinte minutos del veintiséis de agosto de dos mil once. En la que condenan CEL, ESPECIFICAMENTE EN NUMERAL 4 CONCLUSION: "Por considerar que el acto originario impugnado no fue emitido de conformidad a lo exigido en las bases de licitación".

Se agrega sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo al respecto (**ANEXO 3**).

La Junta Directiva podía tomar la decisión de únicamente adjudicar con el personal ofertado por la TYAZMASH, o podía también solicitar a la empresa la sustitución del personal que se había identificado como deficiente, por lo que decidió por esta última opción, emitiendo un segundo acuerdo mediante el cual autorizaba a la administración gestionar el cambio del personal que no cumplía con los requisitos establecidos, específicamente los cargos de "Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos" y "Coordinador de gestión de calidad, gestión de medio ambiente, salud y seguridad en el trabajo", previo a la firma del contrato.

La necesidad de sustituir al personal propuesto que no cumplía con los requisitos establecidos en el documento de Solicitud de Oferta tenía como base que los trabajos a ejecutar fuera de la mejor calidad y eficiencia posible.

Debido a esto, la UACI tomando como base los acuerdos de Junta Directiva notificó a TYAZMASH, S.A.A. el **11 de noviembre de 2015** (folio 0000291 del expediente de contratación), la autorización de su contratación directa, así como que se les solicitaba cambio de los especialistas conforme lo requerido por Junta Directiva en su acuerdo No. 2. El contratista mediante carta de fecha **17 de noviembre de 2015** (folios del 0000297 al 0000315 del expediente de contratación), presentó como propuesta al Ing. John Naranjo, por lo que la interpretación de que esto era un proceso de subsanación de oferta es errada, debido a que los procesos de subsanación son anteriores a la adjudicación y no posteriores.

Con base a lo antes expuesto y de conformidad a la documentación anexa, atentamente solicito se tenga por desvanecida esta observación y se me excluya de responsabilidad".

## COMENTARIOS DE LOS AUDITORES

Analizamos los comentarios y documentación presentada por el **Presidente de CEL** [REDACTED] quien está relacionado con los literales a) y b), y expresa que no era aplicable generar competencia y que la Contratación Directa está sustentada en los artículos 71 y 72 literal c) de la LACAP, haciendo énfasis a que excepcionalmente se determinen los casos en los cuales la contratación pública se

verifique a través de algún mecanismo distinto, como lo es la Contratación Directa; sobre este comentario aclaramos que no se cuestiona el hecho de haberse llevado a cabo la adquisición, por medio de la Contratación Directa, sino que debió haberse generado competencia y transparentado el proceso, ya que realizar un proceso de adquisición por Contratación Directa no exime a la entidad de generar competencia y esto estará en función de la causal que la motive.

Para el caso que recalca en sus comentarios el Presidente, el Art. 72 literal c), no me referí en mi respuesta a la primera condición sobre la cual emitieron sus comentarios, sino a la segunda que establece: "...o cuando en razón de los equipos, sistema o detalles específicos de las necesidades de soporte con que cuenta la institución, sea indispensables comprar de una determinada marca o de un determinado proveedor, por convenir así a las necesidades e intereses técnicos y económicos de la administración pública"; al respecto, argumentamos como auditores que fundamentamos nuestros comentarios en la evidencia proporcionada por la Administración, la cual no demuestra las necesidades e intereses técnicos y económicos de la Administración Pública, ya que los diseños que elaboró TYAZHMASH y por los cuales CEL pagó a través de ASTALDI, son propiedad de CEL, y no existe documentación en el expediente que demuestra que era imposible para otra empresa ejecutar esos diseños. Y es por ello que en el caso de marca específica existe la posibilidad de generar competencia, ya que puede ser que la marca sea comercializada por más de una persona natural o jurídica. Además, no presenta evidencia que demuestre que era la mejor opción y en qué consistió la reducción de tiempo y costos, comparado con otras empresas.

Con respecto al comentario de que los términos de referencia, especificaciones técnicas o bases de licitación o concurso, no son sinónimos y que en la LACAP están claramente definidos, somos de la opinión que el artículo 41 de la LACAP dispone que la institución deberá emitir para toda adquisición los Instrumentos de Contratación, no define expresamente a quien corresponde dicha facultad pero alude a que debe realizarlo la institución, por lo que de no ser autorizados por la Máxima Autoridad, ésta debe definir internamente quién será la instancia que lo debe realizar, a lo que no presentan evidencia de que exista una delegación expresa de quien aprobará dichos documentos.

Por lo que la deficiencia se mantiene.

Analizados los comentarios presentados por el **Director Suplente**, [REDACTED], [REDACTED] **Director Propietario**, [REDACTED]; **Director Propietario**, [REDACTED], [REDACTED] **Directora Propietaria**, [REDACTED], [REDACTED] **Director Suplente**, [REDACTED] y el **Exdirector Propietario**, [REDACTED] relacionados con el literal a) y b), expresan lo siguiente relacionado con el literal a): que no era aplicable generar competencia y que la Contratación Directa está sustentada en la norma BCIE; sin embargo, es de hacer notar que en el punto de Acta cuatro, de la sesión número tres mil seiscientos ochenta y dos, del 13 de mayo de 2015, se consideró como base legal los artículos de la LACAP 71 y 72 literal c) y e), por lo tanto, se evidencia la aplicabilidad de los mencionados artículos.

Además, comentan que: “por derechos de autor el fabricante no está dispuesto a entregar sus diseños a otro por tanto la única manera de proceder es manteniendo al suministrante que ya tenía adelantado los diseños, pues con ello se garantizaba una conveniencia económica para el fin público”; no obstante, los diseños son propiedad de CEL, y por los cuales pagó en su momento.

Con respecto al comentario del literal b), que los términos de referencia, especificaciones técnicas o bases de licitación o concurso, no son sinónimos y que en la LACAP están claramente definidos; no obstante, somos de la opinión que el artículo 41 de la LACAP dispone que la institución deberá emitir para toda adquisición los Instrumentos de Contratación; por otra parte, manifiestan los Directores que: “se colige la confusión presentada por el equipo auditor al no distinguir entre bases de licitación o concurso, y el concepto de especificaciones técnicas de las cuales habla el citado artículo 71 LACAP; sin embargo, no existe tal confusión, y retomamos el Art. 41 que expresamente define: “Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien... y el literal b) define las Especificaciones Técnicas que serían aplicables para el caso, por lo que deben estar aprobadas y alude a que debe realizarlo la institución, por lo que de no ser autorizados por la Máxima Autoridad Institucional, ésta debe definir internamente quién o cual será la instancia que lo debe realizar, y no presenta evidencia de que exista una delegación expresa de quien aprobará dichos documentos.

Por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

Analizamos los comentarios del **Exdirector del Proyecto** [REDACTED] [REDACTED] quien se relaciona con los literales a), c) y e), emitiendo comentarios únicamente del literal e), siguientes:

“... la contratación fue financiada un cien por ciento con fondos del BCIE, el Art. 20-BIS, literal c) invocado, no es aplicable a este proceso de Contratación Directa, ya que la necesidad de servicio y los otros elementos que garantizaban la viabilidad técnica, económica, no es aplicable”; comentario del Exdirector que no está sustentado, ya que no hay una excepción a la regla y las mismas normas BCIE, también señalan la aplicación supletoria de la LACAP, en su artículo 6, por lo tanto sí es aplicable el Art. 20-BIS de la LACAP, asimismo, no queda demostrado, que era la mejor opción en cuanto a precios, viabilidad técnica, económica y financiera, y que se obtuvo un ahorro de tiempo y costos. Por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

Analizamos los comentarios vertidos por el **Ex Director del Proyecto** [REDACTED] [REDACTED] quien está relacionado con el literal d), con respecto al Especialista en puesta en marcha de centrales hidroeléctricas menciona que dicho especialista no formaba parte de los criterios de evaluación; sin embargo, ese requerimiento estaba en la sección III denominada Especificaciones Técnicas. En cuanto a que el Coordinador de gestión de calidad, gestión de medio ambiente, salud y seguridad en el trabajo, dicho especialista obtuvo 5 puntos en evaluación posterior a la emisión del informe; además,

existen documentos que las evaluaciones de los especialistas (Especialista en montaje de equipamientos mecánicos) se realizó posterior a la fecha de emitido el informe de la comisión aun cuando dichos documentos no eran subsanables, por lo que 1.17 no se encontraban justificados para que la empresa alcanzara el puntaje mínimo para ser elegible, en consecuencia, la deficiencia se mantiene.

Analizamos los comentarios vertidos por el **Jefe UACI** [REDACTED] [REDACTED] quien está relacionado con los literales a), b), c) y d) y los cuales analizamos en ese orden:

- a) El Jefe UACI menciona que "Como ya se le indicó a los Auditores en la nota de fecha 3 de julio de 2017, la UACI procedió conforme la acordado por Junta Directiva, sin tener ninguna injerencia en dicha toma de decisión"; sin embargo, es parte del proceso la intervención del Jefe UACI y tal como lo establece el Art. 66 del RELACAP: "...el Jefe UACI o la persona que éste designe, determinará preliminarmente si la contratación está comprendida dentro de los supuestos previstos en el Art. 72 de la Ley y si procede"; por lo tanto, no puede omitir su participación.
- b) Referente a que el Jefe UACI, menciona que: "Al respecto queremos aclarar que este proceso no es uno de licitación o de concurso, es un proceso de contratación directa..."; compartimos dicha aclaración ya que no existe confusión en cuanto al tipo de contratación que estamos examinando; no obstante, indicamos que las especificaciones técnicas descritas en el artículo 41 de la LACAP dispone que la institución deberá emitir para toda adquisición los Instrumentos de Contratación.
- c) Además, el Jefe UACI aclara lo siguiente: "Se aclara que los criterios de evaluación de ofertas y las Especificaciones Técnicas o Términos de Referencia, son proporcionados por el solicitante, y a criterio de estos no es necesario que todo el personal detallado en las especificaciones técnicas, sean evaluados..."; sin embargo, debe existir consistencia en los documentos de evaluación o dejar en dichos documentos las justificaciones necesarias, que para el caso que nos atañe no las contiene.
- d) Y en cuanto a la evaluación, se tomó en cuenta que el ofertante presentó una propuesta de subsanación y se le realizó la respectiva evaluación asignándole 5 puntos, lo cual no era subsanable. Además, son 8 los especialistas solicitados, no 7 como lo hacen mención en sus comentarios el Jefe UACI, por lo tanto, si al total de 25 puntos asignados, se determina el promedio da 3.13 y no 4.3.

Por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

Analizamos los comentarios y documentación presentada por la **Coordinadora Administrativa Financiera y Exgerente Legal**, relacionadas con el literal d), a lo que expresan que: "En lo relacionado con la Formación Académica se asignaron 4.3 puntos debido a que de los 7 especialistas a evaluar, solo 6 presentaron título universitario (excepto el Especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos), asignándose a cada

profesional con título un puntaje de 5...”; no obstante, recalcamos que no fue transparente el proceso, debido a que el especialista en puesta en marcha de central hidroeléctrica, no se evaluó, según la evaluación técnica realizada destaco que no se tomó en cuenta, por no formar parte de los criterios de evaluación, lo cual consideramos que no es procedente ya que en ninguna parte del Documento de Solicitud de Oferta establece que no debería ser evaluado, cuando se está tomando en cuenta una evaluación de la capacidad técnica de la empresa, y ese especialista es parte fundamental de la Contratación; además, con respecto al especialista en Montaje de Equipamientos Mecánicos propuesto, se manifiesta que no considerado para efectos de evaluación y que no le fue asignado puntaje, lo cual hemos corroborado, sin embargo, al especialista de Coordinador de Gestión de Calidad, Gestión de Medioambiente, Salud y Seguridad en el Trabajo se le asignaron los 5 puntos aun cuando No Cumplía; estos últimos dos especialistas fueron sustituido por el ofertante, posterior a la evaluación, a los cuales se les asignó 5 puntos a cada uno, de lo cual existen evidencia suficiente, de que se realizó posterior a la fecha de la emisión de la evaluación de la comisión, el cual sí se consideró ese puntaje para determinar el promedio y así contribuir a que la empresa alcanzara el puntaje mínimo para ser elegible.

Por lo tanto, la observación se mantiene.

#### **5. Deficiencia en el proceso de Contratación de la “Asesoría técnica especializada para el diseño del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral en el nuevo eje”**

En el proceso de Contratación de la “Asesoría técnica especializada para el diseño del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral en el nuevo eje”, realizado mediante Contratación Directa CEL-CD 04/15, identificamos las siguientes deficiencias:

- a) No se generó competencia.
- b) Los Términos de Referencia (denominados por la Entidad Documento de Solicitud de Oferta), no fueron autorizados por la máxima autoridad.
- c) Deficiente investigación de mercado para el análisis y estudios de viabilidad económica, al utilizar precios referenciales correspondientes al 2008.

**Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública**, establece que:

#### **“Jefe de Adquisiciones y Contrataciones Institucional**

Art. 10.- La UACI estará a cargo de un Jefe, el cual será nombrado por el Titular de la Institución; quien deberá reunir los mismos requisitos exigidos en el artículo 8 de la presente Ley, y sus atribuciones serán las siguientes:

- f) Adecuar conjuntamente con la Unidad solicitante las Bases de Licitación de concurso, términos de referencia o especificaciones técnicas;

### **Competencia para Adjudicaciones y Demás**

Art. 18.- La autoridad competente para la adjudicación de los contratos y para la aprobación de las bases de licitación o de concurso, so pena de nulidad, será el titular, la Junta o Consejo Directivo de las respectivas instituciones de que se trate, o el Concejo Municipal en su caso; asimismo, serán responsables de la observancia de todo lo establecido en esta Ley.

[...] No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, cuando las leyes de creación de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, faculden al consejo o junta directiva designar autoridad para facilitar su gestión, podrán establecer, de conformidad a su estructura orgánica y monto presupuestario, una estructura jerárquica para la adjudicación de los contratos y aprobación de las bases de licitación o de concurso.

### **Responsabilidades de los solicitantes**

Art. 20- Bis.- Para efectos de esta Ley se entenderá por solicitantes, las unidades o dependencias internas de la Institución que requieran a la UACI la adquisición de obras, bienes o servicios. Estos deberán realizar los actos preparatorios de conformidad a las responsabilidades siguientes:

c) Determinar las necesidades de obras, bienes y servicios; asimismo realizar investigaciones del mercado que le permitan hacer los análisis y estudios necesarios para verificar la viabilidad técnica, económica, financiera, social o ambiental, necesaria para que la adquisición pueda realizarse; [...]

e) Adecuar conjuntamente con la UACI, las bases de licitación o de concurso, tomando en cuenta lo dispuesto en la presente Ley, según el tipo de contratación a realizar;

### **Actos Preparatorios**

Art. 41.- Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien, obra o servicio que desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá dichos instrumentos se denominarán:

- a) Términos de Referencia: que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- b) Especificaciones Técnicas: que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la administración pública solicita;
- c) Bases de Licitación: establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la administración pública;
- d) Bases de Concurso: establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorías; debiendo la institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente.

### **Definición De Contratación Directa**

Art. 71.- para efectos de esta ley, se entenderá por contratación directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el sistema electrónico de compras públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

#### **Condiciones para la Contratación Directa**

Art. 72.- la contratación directa sólo podrá acordarse al concurrir alguna de las situaciones siguientes: literal i) Si se tratare de la Adquisición de armamento, material y equipo especializado para el combate a la delincuencia, previamente calificado por el Ministro encargado del ramo de Justicia y Seguridad;”

#### **Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece que:**

##### **“ELABORACIÓN DE INSTRUMENTOS DE CONTRATACIÓN**

Art. 20.- Para la elaboración y adecuación de las bases de licitación o concurso, términos de referencia o especificaciones técnicas, se utilizarán los modelos proporcionados por la UNAC. En la adquisición de bienes muebles, los instrumentos de contratación deben contener criterios de eficiencia y calidad, cuando aplique.

Para efectos de la adecuación de los instrumentos de contratación, el Jefe UACI o la persona que designe y un representante de la unidad o dependencia solicitante, podrán integrar un grupo de trabajo para la elaboración del proyecto de instrumentos de contratación, de acuerdo al objeto y alcance de la contratación, al cual se podrá incorporar, si fuere necesario, expertos en la materia objeto del contrato y un asesor legal. El Jefe UACI coordinará la integración del equipo de trabajo”.

#### **Manual de Procedimientos para el Ciclo de Gestión de Adquisiciones y Contrataciones de las Instituciones de la Administración Pública, establece que:**

##### **“3.3 SELECCIÓN**

El propósito de esta etapa es seleccionar al contratista, proveedor, consultor o concesionario, que presente la oferta, sea en términos de calidad y precio, el que mejor satisfaga las necesidades por las cuales se inició el proceso de adquisición o contratación, es decir, aquella oferta que mejor cumpla con los criterios técnicos y económicos de evaluación pre-establecidos en las respectivas bases o carta de invitación u oferta a presentar en los casos de Contratación Directa.

#### **6.6.1 PROCEDIMIENTO PARA LA CONTRATACIÓN DIRECTA**

##### **6.6.1.1 SOLICITUD DE CONTRATACIÓN – (UNIDAD SOLICITANTE)**

La Unidad Solicitante presentará a la UACI la solicitud o requerimientos de obra, bienes o servicios (Anexo B4) que se encuentren contenidas en la Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales (PAAC), en la que se incluyen o anexas los términos de referencia o especificaciones técnicas; presupuesto estimado de la obra, bien o servicio, las situaciones fácticas y las razones legales o técnicas que la sustentan la contratación que puede derivar en un proceso de esta modalidad y propuesta de la persona idónea para administrar el contrato.

#### 6.6.1.2 REVISIÓN PRELIMINAR Y/O ACEPTACIÓN DE SOLICITUD – (UACI)

La UACI realizará previo a iniciar el proceso de contratación directa, una revisión de las razones que motivan la compra, las especificaciones técnicas o términos de referencia y costo estimado de las obras, bienes o servicios; verifica que la contratación se encuentre incluida en la PAAC o realiza la modificación a la misma incluyendo lo solicitado basado en la decisión razonada de proceder a la Contratación Directa si ya se hubiese emitido por la autoridad competente; la UACI obtiene la certificación de la disponibilidad presupuestaria (Anexo B5) de la Unidad Financiera Institucional o unidad que haga sus veces.

Una vez identificada la causal de contratación directa, si no se ha emitido la resolución razonada correspondiente para acceder a esta modalidad de contratación, la UACI solicita a la Autoridad Competente de la institución, la resolución o acuerdo razonado (Anexo B24), haciendo relación de las situaciones fácticas y las razones legales o técnicas que la sustentan,; pudiendo consignarse en la misma resolución que autoriza el inicio de procedimiento, la adjudicación de la contratación de la obra, bien o servicio. (Generalmente aplica por las causales de proveedor único, marca específica o estado de emergencia). Recibido el Acuerdo o Resolución firmada, la UACI procederá a la apertura del expediente.

Dependiendo de la causal identificada preliminarmente por la UACI, se podrá consignar en la misma resolución que autoriza el inicio de procedimiento, la adjudicación de la contratación de la obra, bien o servicio.

#### 6.6.1.3 PREPARACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DE CONTRATACIÓN, SELECCIÓN DE OFERENTES Y NOMBRAMIENTO DE CEO – (UACI)

La UACI convoca a la unidad solicitante para la adecuación conjunta de las especificaciones técnicas o los términos de referencia de la obra, bien o servicio, que contendrán entre otros la generalidad de la contratación, el sistema de evaluación, los criterios de adjudicación (Anexo A - Documentos y Guías Estándar 7). Cuando el proceso amerite generar competencia, se consulta el Registro de Proveedores de COMPRASAL o el Registro de Oferentes y Contratistas Institucional para seleccionar los posibles oferentes que cumplan los requisitos y les solicita por escrito las ofertas respectivas, adjuntando especificaciones técnicas o términos de referencia”.

**Documento de solicitud de oferta “Asesoría Técnica Especializada para el diseño del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral en el nuevo eje”, establece que:**

## DEFINICIONES Y ABREVIATURAS

**PRECIOS DE MERCADO Y REFERENCIALES DE LA CEL:** Se refiere a los precios que se manejan dentro del mercado (actualizado), tomando como base los vinculados a la misma clase de servicios; así mismo el término referencial de la CEL se vincula al presupuesto estimado para la prestación del servicio.

## SECCION II-EVALUACION DE OFERTAS

### EO-5 RECOMENDACIÓN DE ADJUDICACION

La CEL, recomendará adjudicar la contratación total a la oferta que cumpla con 1) los aspectos legales, 2) los Términos de Referencia y si su propuesta económica se encuentra dentro de los precios del mercado y referenciales de la CEL de conformidad a los precios cotizados en la SECCION V-FORMULARIOS TECNICOS-ECONOMICOS, formularios FT-5.2 CUADRO DE PRECIOS”.

La deficiencia se originó debido a lo siguiente:

- a) La Junta Directiva autoriza el proceso de la Contratación Directa sin generar competencia.
- b) La Junta Directiva, el Jefe UACI y el Director del Proyecto, no consideraron necesario autorizar los Términos de Referencia.
- c) El Director del Proyecto como Unidad Solicitante, no consideró necesario realizar un estudio de mercado.

El no generar competencia, no autorizar los Documentos de Solicitud de Oferta y no realizar un estudio de mercado, genera que la entidad no pueda demostrar transparencia en los procesos de adquisiciones y contrataciones institucional y no favorece la libre competencia.

## COMENTARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN

En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Presidente de CEL [REDACTED]

[REDACTED] expone que:

“Respecto a la deficiencia notificada en su momento y que ahora es catalogada como hallazgo se emitió la siguiente respuesta:

### RESPUESTA ANTERIOR (DE FECHA 06 DE JULIO DEL AÑO 2017)

“a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, haciendo alusión al literal i) del art. 72 de la LACAP, como causal que motiva dicha contratación.”

Por este medio vengo a señalar los motivos por los cuales como miembro de la Junta Directiva fui parte del acuerdo de dicha Contratación Directa, de la siguiente Manera:

En el Punto IV de la Sesión de Junta Directiva No. 3684, de fecha 2 de junio de 2015 (Anexo X), se autorizó el inicio del proceso de contratación directa en su Acuerdo No. 1 y 2, que dice:

"1. Autorizar el inicio del procedimiento de contratación directa para "Asesoría técnica especializada para el diseño del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral en el nuevo eje".

2. Autorizar se solicite oferta a CONSTRUCCIONES E INVERSIONES, S.A. DE C. V. (CONINVER. S. DE C. V.)"

La anterior decisión se sustentó en el artículo 71 y 72 literal J) de LACAP en los cuales se indica que procede la contratación directa, de la siguiente manera:

Art. 71.- "Para efectos de esta Ley, se entenderá por contratación directa la forma que una Institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, **salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas.** Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el Titular de la Institución, Junta Directiva, Consejo Directivo o Concejo Municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el sistema electrónico de compras públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta". (Negritas y subrayado es mío)

Art. 72 lit. J): "La Contratación Directa sólo podrá acordarse al concurrir alguna de las situaciones siguientes...

J) Los servicios profesionales brindados por auditores especializados, contadores, abogados, mediadores, conciliadores, árbitros, asesores y peritajes, entre otros; **cuando en atención a la naturaleza del servicio que se requiera, la confianza y la confidencialidad sean elementos relevantes para su contratación.**"

Es de hacer notar que la decisión de la Junta Directiva antes aludida, fue sustentada por la base legal, reconociendo que hubo un error involuntario en la digitación, debido a que en esa fecha ya había sido reformado el Art. 72 por tanto, el literal correcto era el j) y no el i), más sin embargo la base legal fue transcrita íntegramente, en la cual se determinaba que sustentaban la decisión, tomando en cuenta que la empresa a contratar contaba con Asesores Especializados.

Una vez aclarado lo anterior, como parte de la Junta Directiva se verificó que existieran objetivamente todas las condiciones previamente establecidas en la Ley, para proceder a autorizar el inicio de la Contratación Directa con la empresa CONINVER, tomando en cuenta las CONDICIONES y términos de referencia de la contratación solicitada, así como las recomendaciones de la unidad solicitante para determinar que no era posible mantener y aplicar los criterios de competencia, de conformidad al artículo 71 LACAP, lo que consta en el desarrollo del acta de Junta Directiva y en el Acuerdo Razonado de Junta Directiva, de lo que se extrae lo siguiente:

Los expertos designados por la empresa CONINVER previamente habian prestado servicios relacionados a la presente contratación, y en consecuencia presentaron a la Junta Directiva de la CEL en la Sesión No. 3674 de fecha 19 de febrero de 2015, el informe final resultante del Contrato No. CEL-5021-S. (VER ANEXO 8) que consistió en "Servicios de Auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral" concluyendo principalmente en dicho informe que:

El diseño propuesto bajo el Contrato No. CEL-4833-S. "Servicios de consultoría para el diseño detallado y asesoría técnica para la construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral, suscrito con INTERTECHNE CONSULTORES, S.A., era un diseño atípico, no práctico e incierto principalmente por las siguientes circunstancias:

1. Se ratifica la detección total de la capa de toba en la fundación del macizo rocoso.
2. Diseño de una protección del macizo (pantalla plástica continua y hasta 120 mts de altura).
3. Estudio de la estabilidad de la margen derecha confirma la inestabilidad del macizo.
4. La solución anula completamente el cauce y el río, con la presa y las bermas de 45 mts de alto.
5. El desvío de río por la construcción de tales obras, se vuelve complicado e incierto en plazos y costos.
6. El vertedero ha sido identificado faltando su ensayo físico como estructura, y su llegada al pozo de disipación, así como las dimensiones de este que pueden afectar territorio hondureño.
7. Se prevén dificultades de excavación de las galerías de drenajes por la mala calidad de la roca y por la galería de inspección realizada.

Los expertos designados por el contratista CONINVER recomendaron a la Junta Directiva una solución en concreto compactado con rodillo en un eje alternativo, garantizando la utilización de todas las obras ya construidas por la contratista anterior, para continuar la obra, esta solución presentaba las siguientes características:

1. Se independiza la obra de las incertidumbres por la inestabilidad del macizo en el margen derecha.
2. Aleja la zona de frontera la incidencia de los caudales de excedencia para las grandes crecidas.
3. Facilita el desvío de río con estructuras más simples y seguras, minimizando las destrucciones que pueden generar las crecidas.
4. Minimiza riesgos constructivos con las estructuras de presa y vertedero, ya ensayadas y probadas en laboratorios extranjeros.
5. Reduce costos en comparación con las otras alternativas, bajo la misma base de precios unitarios.
6. De acuerdo a la información que fue surgiendo de la campaña en ejecución, la calidad del macizo de fundación de la presa y cierre lateral es totalmente aceptable y propicio, para ser tratado a través de procesos de inyección, para la construcción de la fundación de la presa de Concreto Compactado con Rodillo CCR en el eje nuevo.

Asimismo, a través del Contratista CONINVER se identificó una serie de incongruencias e indeterminaciones en el diseño de la presa en el eje anterior propuesto por Intertechne Consultores, S.A., el cual podría generar riesgos excesivos para la construcción y costos indeterminables en ese momento como resultado de las mismas, por lo que recomendaron continuar con los siguientes trabajos o actividades:

- Realizar nuevas exploraciones geológicas.
- Continuar con construcción de la original casa de máquinas.
- Diseño detallado del nuevo dique.
- Diseño detallado de nuevas obras de desvío de río.
- Continuar con licitación electromecánicas de casa de máquinas.
- Continuar con la ejecución de nuevos documentos licitatorios de todos los componentes de la presa Concreto Compactado con Rodillo CCR en el nuevo eje alternativo propuesto.
- Mantener los proveedores originales que abastecen los equipos electromecánicos para evitar rediseños.

Los resultados presentados por CONINVER, como producto de los “Servicios de auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral” fueron con firmados por el Director del Proyecto, v el grupo de ingenieros del provento quienes conjuntamente con los expertos designados por CONINVER consideran que dichas recomendaciones son viables y acertadas para la construcción de la presa.

Por todo lo anterior, tal como consta en el Acta de sesión 3684, en la página 12 y 13, el Director del Proyecto propuso a la Junta Directiva Autorizar el inicio de Contratación Directa de los servicios “Asesoría Técnica especializadas para el diseño del nuevo eje” a fin de contar con el respaldo que permita revisar y certificar la ingeniería desarrollada por CEL, las Especificaciones Técnicas y el Presupuesto de las nuevas obras a construir en la central Hidroeléctrica El Chaparral, solicitando autorizar requerir oferta a la empresa CONINVER; así mismo la UACI elaboraría la solicitud de oferta en el que incorporaría los términos de referencia v especificaciones técnicas preparadas por la Dirección del Proyecto con base en los alcances de finidos en el desarrollo del punto de acta aludido.

Es importante señalar, que mientras duro el primer contrato de asesoría antes relacionado, la investigación sobre el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral se mantenía en un acto urgente de comprobación de peritaje técnico en el sitio de construcción del Provento, y existía (está vigente) una reserva judicial TOTAL sobre el mismo (ANEXO 11); en ese momento se solicitó permiso a la Fiscalía para realizar algunos recorridos en el campo y CONINVER siempre mantuvo la confidencialidad de las circunstancias legales del provento, lo cual genero confianza.

En tal sentido la Comisión, razonó lo siguiente:

“Que la presente motivación se basa, en que no obstante que el art. 234 inc. 1º Cn., deja claro que se ha instaurado a la licitación pública como regla general de contratación de

la Administración Pública, la LACAP habilita para que excepcionalmente, se determinen los casos en los cuales la contratación pública se verifique a través de algún mecanismo distinto, como lo es la Contratación Directa.

En virtud de lo anterior, la LACAP habilita determinar los casos en los que, por mediar supuestos excepcionales, no sea factible la licitación pública como medio de contratación; siendo el presente caso un supuesto excepcional en razón de que CONINVER es la empresa que tuvo a cargo la auditoría del diseño detallado por cuyos análisis se concluyó el nuevo eje de la presa con el que se deberá continuar la construcción.

- a) Con base en lo que regula la LACAP para la Contratación Directa y las recomendaciones de la Dirección del Proyecto se razona lo siguiente:

Que La empresa que prestó los “Servicios de auditoría referente al diseño de obras hidráulicas para construcción de la central Hidroeléctrica El Chaparral”, demostró en la ejecución del contrato alta responsabilidad, seriedad, profesionalismo, pero sobre todo sobrada experiencia en hidráulica, mecánica de suelos, obras geotécnicas, estructura de obras hidráulicas, ejecutando lo convenido en los plazos y con calidad que demanda un proyecto de interés estratégico, por lo que esta Junta Directiva aprobó los servicios del Contrato No. CEL-5021-S. “Servicios de Auditoría Referente al Diseño de Obras Hidráulicas para la Construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral.

- b) Que en virtud al conocimiento que dicha empresa tiene del proyecto, y con el fin de proteger el interés público, con lo cual se asegura la continuidad de la obra y en razón al conocimiento que tienen los expertos en los procesos internos, de la confianza que han mostrado en el manejo de la información sensible que puede conocer y relacionarse con el tema de la investigación aún en curso.
- c) Que tal como se ha sostenido, la actual Junta Directiva está comprometida para que la continuidad del Proyecto El Chaparral se realice sin los riesgos presentados con anterioridad, se considera necesario continuar con los expertos de quienes se obtuvo las recomendaciones de la modificación de la construcción con el propósito de asegurar la inversión pública.
- d) Asimismo tomando como base lo establecido en el artículo 71, y el artículo 72 en el que indica que procede la contratación directa, en el siguiente casos: “i) (ERROR DE DIGITACIÓN ES EL J) Los servicios profesionales brindados por auditores especializados, contadores, abogados, mediadores, conciliadores, árbitros, asesores y peritajes, entre otros: cuando en atención a la naturaleza del servicio que se requiera, la confianza y la confidencialidad sean elementos relevantes para su contratación.

EN VISTA DE LO ANTES EXPUESTO, SE DEMUESTRA QUE LA JUNTA DIRECTIVA ACTUÓ EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 71 DE LA LACAP, EN EL SENTIDO QUE NO ERA APLICABLE PARA ESTA CONTRATACIÓN LOS CRITERIOS DE COMPETENCIA DEBIDO A LA CAUSAL QUE MOTIVABA LA CONTRATACIÓN TOMANDO EN CUENTA LAS CONDICIONES Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LOS SERVICIOS REQUERIDOS POR LA DIRECCIÓN DEL PROYECTO. Y POR TANTO NO EXISTE LA DEFICIENCIA PRESUMIDA.

“b) Los Términos de Referencia, Especificaciones Técnicas o Bases de Licitación (denominados por la Entidad Documento de Solicitud de Oferta), no fueron autorizados por la máxima autoridad”

Es importante aclarar en este punto que el artículo 18 de la LACAP establece claramente que el titular o la Junta Directiva aprobara las BASES DE LICITACIÓN O CONCURSO.

Para este caso, por ser una CONTRATACIÓN DIRECTA definida por ley en el artículo 71 LACAP, establece que esta se dará: Tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas, (No indica que sean aprobadas), recordando que como funcionarios no tenemos más facultades que las que expresamente establece la Ley, Entonces ¿quién define los Términos de Referencia y Especificaciones Técnicas?, esto la misma Ley y Reglamento dan la respuesta. la LACAP lo establece en su artículo 20 Bis, en su letra b), y en el RELACAP en el artículo 20 tercer inciso, que dicen:

LACAP

**Artículo. 20 Bis. Responsabilidades de los Solicitantes.**

**Para efectos de esta Ley se entenderá por solicitantes, las unidades o dependencias internas de la institución que requieran a la UACI la adquisición de obras, bienes o servicios. Estos deberán realizar los actos preparatorios de conformidad a las responsabilidades siguientes:**

- b) Elaborar la solicitud de las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes o servicios, la cual deberá acompañarse de las especificaciones o características técnicas de las mismas, así como toda aquella información que especifique el objeto contractual y que facilite la formulación de las bases de licitación.**

RELACAP

ELABORACIÓN DE INSTRUMENTOS DE CONTRATACIÓN Art. 20.-

La Unidad solicitante definirá objeto, cantidad, calidad, especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras, bienes y servicios, valores estimados, condiciones específicas de administración de los contratos y la necesidad, en su caso, de permisos administrativos, incluyendo ambientales y de salud; y el Jefe UACI o la persona que éste designe, verificará los requisitos legales, administrativos y financieros que serán solicitados y el procedimiento de contratación para cada una de las situaciones que lo requieran.

Tomando como base lo anterior, queda claro **que la Unidad Solicitante es la que define los “Términos de Referencia, Especificaciones Técnicas”, no requiriendo su aprobación de la Junta Directiva, esto también se con firma en el punto de acta de autorización del inicio de la contratación directa cuando establece que la UACI elaborara el documento de solicitud de oferta de conformidad a las especificaciones técnicas elaboradas por el Director del Proyecto.**

Así mismo, a nuestro entender términos de referencia, especificaciones técnicas o bases de licitación o concurso, no son sinónimos, la LACAP los define claramente en el artículo 41, que literalmente dice:

**“ACTOS PREPARATORIOS**

Art. 41.- PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE CONTRATACIÓN, LA INSTITUCIÓN DEBERÁ ESTABLECER LOS REQUERIMIENTOS O CARACTERÍSTICAS MÍNIMAS INDISPENSABLES PARA EL BIEN, OBRA O SERVICIO QUE DESEA ADQUIRIR; ASÍ COMO IDENTIFICAR EL PERFIL DE OFERTANTE O CONTRATISTA QUE LO PROVEERÁ. DICHS INSTRUMENTOS SE DENOMINARÁN:

- a) TÉRMINOS DE REFERENCIA: QUE ESTABLECERÁN LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS SERVICIOS QUE LA INSTITUCIÓN DESEA ADQUIRIR;
- b) ESPECIFICACIONES TÉCNICAS: QUE ESTABLECERÁN LOS REQUISITOS QUE DEBEN REUNIR LAS OBRAS O BIENES QUE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SOLICITA.
- c) BASES DE LICITACIÓN: ESTABLECERÁN LOS CRITERIOS LEGALES, FINANCIEROS Y TÉCNICOS QUE DEBERÁN CUMPLIR LOS OFERTANTES Y LOS BIENES, OBRAS Y SERVICIOS QUE OFRECEN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA;
- d) BASES DE CONCURSO: ESTABLECERÁN LOS CRITERIOS A QUE SE REFIERE EL LITERAL ANTERIOR PARA LA CONTRATACIÓN DE CONSULTORÍAS; DEBIENDO LA INSTITUCIÓN ESTABLECER CON CLARIDAD SI LA CONSULTORÍA ES PARA PERSONAS NATURALES, JURÍDICAS, O AMBAS INDISTINTAMENTE.

POR TANTO, COMO MIEMBRO DE JUNTA DIRECTIVA SOLICITO SE ME RELEVE DE RESPONSABILIDAD RESPECTO DE ESTA PRESUNTA DEFICIENCIA, de conformidad al art. 19 inciso segundo de la LACAP en relación al artículo 59 Inciso 1 y 100 inciso 1 de la Ley de la Corte de Cuentas, que dicen:

**“Seguimiento y Responsabilidad Art. 19.-...**

**Los subalternos que tuvieren a su cargo los actos preparatorios de las adquisiciones y contrataciones, así como lo relacionado con la vigilancia de su ejecución v liquidación, responderán personalmente por las infracciones o delitos que ellos cometieren, en ocasión de los actos regulados en esta Ley. ”**

“Responsabilidad conjunta o solidaria.

Art. 59. Inciso 1º- Habrá lugar a responsabilidad conjunta cuando dos o más personas aparezcan como coautores del mismo acto administrativo que haya generado la responsabilidad: **será solidaria cuando la Ley lo determine”**.

“Responsabilidades en procesos contractuales.

Art. 100.- Los funcionarios y empleados que dirijan los procesos previos a la celebración de los contratos de construcción, suministro, asesoría o servicios al Gobierno y demás entidades a que se refiere el Art. 3 de esta Ley, **serán responsables por lo apropiado y aplicable de las especificaciones técnicas y por su legal celebración”**.

**POR TANTO, NO ERA EXIGIRLE LA APROBACIÓN DE LA MÁXIMA AUTORIDAD SEGÚN LA LACAP DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA, NO EXISTIENDO POR TANTO LA DEFICIENCIA PRESUMIDA, EN CONSECUENCIA, SOLICITO SE ME EXCLUYA DE RESPONSABILIDAD”.**

Ante esta respuesta los comentarios que he recibido de los auditores son:

“Analizamos los comentarios vertidos por el Presidente y Directores Propietarios de la Junta Directiva... y Director Suplente...relacionados con los literales a) y b), quienes expresan que no era aplicable generar competencia y que la contratación Directa está sustentada en los artículos 71 y 72 de la LACAP; no obstante, aclaramos que la causal que lo motiva si exige la competencia. En cuanto a que no fueron aprobados los Documentos de Solicitud de Oferta, mantenemos nuestros comentarios vertidos en el párrafo del Jefe de la UACI. Por lo tanto, la deficiencia se mantiene. ”

“...el artículo 41 de la LACAP dispone que la institución deberá emitir para toda adquisición los Instrumentos de Contratación, no define expresamente a quien corresponde dicha facultad pero alude a que debe realizarlo la institución, por lo que de no ser autorizados por la Máxima Autoridad Institucional, ésta debe definir internamente quien o cual será la instancia que lo debe realizar, a lo que no presenta documentos”.

Como puede observarse, al igual que en el anterior hallazgo, los honorables auditores no motivaron o fundamentaron sus comentarios de forma pertinente ya que en cuanto a la contratación directa, la causal invocada fue la establecida en el art. 72 literal j) que establece como criterios la CONFIANZA Y CONFIDENCIALIDAD como aspectos relevantes en su contratación, y que son atributos que le son propios o personalísimos al posible contratista que se está evaluando, y que no pueden ser generalizados a más competidores o concursantes, y sobre esa base realice todas mis argumentaciones sobre las cuales **no ha habido pronunciamiento de los auditores a estas alturas**, y sigo siendo del criterio que mi actuación como Presidente de la Junta Directiva de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, fue apegada a la ley ya que esa es una de las excepciones en las que se permite que la contratación directa se realice sin competencia por los argumentos que plasmé en mi escrito de explicación y los cuales mantengo a la fecha y reitero no han sido resueltos.

En cuanto el tema a las especificaciones técnicas, respetuosamente reitero que considero que la interpretación emitida en sus comentarios es errada e incongruente con el espíritu de la Ley, ya que es de recordar que a los funcionarios nos aplica el principio de legalidad establecido en la Constitución, y que únicamente permite ejecutar lo que se encuentre dentro de la competencia expresa, el art. 41 de la LACAP, lo que regula según su acápite son LOS ACTOS PREPARATORIOS, y efectivamente señala que es la institución quien establece los requerimientos mínimos para cualquier tipo de contratación, definiendo claramente la denominación del tipo de instrumento, como ustedes dicen, este artículo no define expresamente a quien le corresponde dicha facultad, pero el art. 20 bis señala quienes son los responsables de realizar los ACTOS PREPARATORIOS y cuáles son sus responsabilidades, definiéndolo así:

“Para efectos de esta Ley se entenderán por solicitantes las unidades o dependencias internas de la institución que requieran a la UACI la adquisición de obras, bienes o servicios. Estos deberán realizarlos actos preparatorios de conformidad a las responsabilidades siguientes...”

Y para el caso de la contratación directa, el art. 71 de la LACAP señala que esta modalidad de contratación debe ser tomada por el titular TOMANDO EN CUENTA LAS CONDICIONES Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS **PREVIAMENTE DEFINIDAS**.

Y para concluir, el art. 18 de la LACAP señala de forma taxativa o expresa que a la Junta Directiva le corresponde únicamente de los instrumentos señalados en el art. 41 aprobar la base de licitación o de concurso so pena de nulidad, y en el mismo artículo establece que la aprobación de tales documentos pueden ser delegados por ser competencias del mismo, por lo cual difiero de la interpretación de los señores auditores sobre delegar algo que no está en nuestra competencia, por lo cual solicito que se valoren nuevamente todos los argumentos de forma objetiva que se expusieron en mi respuesta, así como los que hoy emito y se tenga por superada la deficiencia y por ende la inexistencia del hallazgo a mi persona.

#### RESPECTO A LAS RECOMENDACIONES:

Agradecemos las recomendaciones realizadas como borrador, pues ayudan a la mejora continua de nuestra Administración, en ese sentido respecto a la aprobación de la Modificativa de Contrata, sin perjuicio de mi respuesta, se reiterará a la Asamblea Legislativa; no obstante esta ha delegado a SIGET el estudio de la solicitud quien ya conoce de la solicitud de modificación de Plazo y la adhesión de componentes para la terminación del Proyecto y en esa evaluación se encuentran, aclarando que no pende de esta Institución la diligencia con la cual la Asamblea Resuelve, solo véase que la solicitud original se planteó en el año 2014 y estamos en el año 2018.

Respecto a la Actualización de Permisos, se instruirá al Director Ejecutivo hacer las gestiones pertinentes para obtener los que correspondan, sin perjuicio de lo que he expresado en mi respuesta.

Sobre la actualización de procedimientos administrativos relacionados a la contratación y ejecución en armonía a la LACAP, se instruirá a la UACI y a la Dirección Ejecutiva para que lo preparen y sometan a aprobación de la autoridad competente”.

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Director Suplente** [REDACTED]

[REDACTED] expresa lo siguiente:

**“a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).**

Es importante señalar que debe reconocerse las diferencias en el procedimiento que la Ley ha establecido para los procesos de licitación y los de contratación directa. Siendo

concretos en el proceso de licitación la regla inquebrantable será siempre la competencia en cambio la Ley LACAP dota de discrecionalidad a la administración pública por lo cual establece en el artículo 71 que de acuerdo al literal -del artículo 72- que se invoque para la Contratación Directa la competencia puede ser omitida.

Es importante recalcar que el fin de las contrataciones públicas es satisfacer un interés público, en el presente caso la obra pública debía ser el fin que orientara las decisiones de la Junta Directiva, por esta razón considerando que en este caso la institución contrataría la asesoría de servicios especializados y no la compra de bienes muebles, y siendo que la empresa CONINVER era la única empresa que garantizaba la confidencialidad de la información estratégica del Proyecto cumpliendo con los requisitos técnicos de un servicio altamente especializado como es el diseño del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral se justificaba la Contratación Directa sin competencia.

Es importante advertir, que el Equipo de Auditores no motivan las causales por la cuales mantiene el presente Hallazgo, pues después de leer las justificaciones y argumentaciones con las cuales Junta Directiva tomó la decisión de promover la Contratación Directa sin competencia, queda claro que era la decisión orientada a satisfacer el interés público fundamentado en la habilitación discrecional que la Ley LACAP otorga. Como Director de Junta Directiva ratifico que los criterios de confidencialidad y confianza, que debía asegurar la información suministrada por la CEL y la que se pudiere producir a través de la Asesoría Especializada de la empresa CONINVER fueron elementos esenciales en la evaluación del caso examinado, y que cumplen con el artículo 71 que esa era la causal por la cual procedía la Contratación Directa sin competencia.

Considero pertinente tomar en cuenta, el análisis realizado por la Sala de lo Constitucional en la Sentencia 67-2015 en la que se puso a su conocimiento el análisis para declarar inconstitucional la letra j) del artículo 72 de la LACAP sobre el cual la Junta Directiva se basó para la contratación directa, es importante señalar que después de hacer el examen de constitucionalidad donde el impetrante alegaba precisamente lo que señala el equipo auditor, la Sala resolvió sobreseer en ese punto lo que se puede considerar como un reconocimiento a la constitucionalidad del literal j) del artículo 72. La sentencia en lo esencial dice lo siguiente: Tampoco la contratación directa de los servicios profesionales mencionados en el precepto impugnado "se considera inconstitucional por razón de que es válido que proceda una contratación directa en esta situación, para el caso cito como ejemplo el caso Baterías Record en donde se necesitó la contratación de un especialista a efecto de realizar un peritaje sumamente necesario en el diligenciamiento del caso, en donde nuestro país no contaba con un profesional con los requisitos para realizar dicha función, utilizando el procedimiento de contratación directa para un profesional de otro país, en este caso se convierte en excepción, y se advierte la permisión para valerse de la contratación directa. Así, no se trata de una contratación aislada, esporádica o temporal sino de la querida para la realización urgente de un peritaje. Para ello, deben establecerse previamente las condiciones y especificaciones técnicas del objeto del contrato; motivar la decisión de contratar y publicar tal decisión. Ahora bien, en el citado proceso se analizaron elementos relacionados con "la

contratación directa en el rubro de medicamentos", es decir, como el asunto rebatido en tal ocasión se refería a la contratación de bienes muebles, la regla establecida en dicho precedente era aplicable a ese tipo de contratación. Por ello, se indicó que el tenor del art. 234 inc. 1º Cn. dispone que cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la ley. Y en ese contexto se afirmó que el precepto constitucional referido "deja claro que se ha instaurado a la licitación pública como regla general de contratación de la Administración Pública. A la vez, se advierte que el texto constitucional ha establecido la salvedad de que el legislador, excepcionalmente, determine casos en los cuales la contratación se verifique a través de algún mecanismo distinto". Es decir, el supuesto regulado en este precepto constitucional es la contratación de obras públicas y bienes muebles, por lo que las contrataciones de servicios de auditoría especializada, abogacía, mediación, conciliación, contaduría, asesorías y peritajes, entre otros que discrecionalmente pueda añadir la administración pública, aludidos por la actual letra j del art. 72 LACAP, no se ubican dentro del alcance prescriptivo del art. 234 inc. 1º Cn. La razón es que dicho precepto legal no se refiere a la contratación de bienes muebles ni a construcciones de obras públicas -como si lo hace el art. 234 inc. 1º Cn. Entonces, los citados preceptos normativos aluden a ámbitos plenamente diferenciados y no equiparables. Por ende, no puede establecerse un contraste normativo entre ambos -ya que regulan supuestos distintos-, y por la misma razón el art. 234 inc. 1º Cn. no puede servir automáticamente de parámetro de control para analizar la supuesta inconstitucionalidad de la letra j del art. 72 LACAP, y el pretensor tampoco aportó argumentos que justificaran la aplicación de la regla establecida en el art. 234 inc. 1º Cn. al ámbito de las contrataciones de servicios reguladas por la disposición impugnada. Por tanto, se advierte que, respecto de este punto de la pretensión, en los términos expuestos en la demanda, no se ha planteado un contraste normativo que pueda ser dilucidado por esta sala, por lo que corresponde sobreseer este punto de la pretensión.

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado".

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Ex Director Propietario** [REDACTED]

[REDACTED] expresa lo siguiente:

**"a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).**

Es importante señalar que debe reconocerse las diferencias en el procedimiento que la Ley ha establecido para los procesos de licitación y los de contratación directa. Siendo concretos en el proceso de licitación la regla inquebrantable será siempre la competencia en cambio la Ley LACAP dota de discrecionalidad a la administración pública por lo cual

establece en el artículo 71 que de acuerdo al literal -del artículo 72- que se invoque para la Contratación Directa la competencia puede ser omitida.

Es importante recalcar que el fin de las contrataciones públicas es satisfacer un interés público, en el presente caso la obra pública debía ser el fin que orientara las decisiones de la Junta Directiva, por esta razón considerando que en este caso la institución contrataría la asesoría de servicios especializados y no la compra de bienes muebles, y siendo que la empresa CONINVER era la única empresa que garantizaba la confidencialidad de la información estratégica del Proyecto cumpliendo con los requisitos técnicos de un servicio altamente especializado como es el diseño del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral se justificaba la Contratación Directa sin competencia.

Es importante advertir, que el Equipo de Auditores no motivan las causales por la cuales mantiene el presente Hallazgo, pues después de leer las justificaciones y argumentaciones con las cuales Junta Directiva tomó la decisión de promover la Contratación Directa sin competencia, queda claro que era la decisión orientada a satisfacer el interés público fundamentado en la habilitación discrecional que la Ley LACAP otorga. Como Director de Junta Directiva ratifico que los criterios de confidencialidad y confianza, que debía asegurar la información suministrada por la CEL y la que se pudiere producir a través de la Asesoría Especializada de la empresa CONINVER fueron elementos esenciales en la evaluación del caso examinado, y que cumplen con el artículo 71 que esa era la causal por la cual procedía la Contratación Directa sin competencia.

Considero pertinente tomar en cuenta, el análisis realizado por la Sala de lo Constitucional en la Sentencia 67-2015 en la que se puso a su conocimiento el análisis para declarar inconstitucional la letra j) del artículo 72 de la LACAP sobre el cual la Junta Directiva se basó para la contratación directa, es importante señalar que después de hacer el examen de constitucionalidad donde el impetrante alegaba precisamente lo que señala el equipo auditor, la Sala resolvió sobreseer en ese punto lo que se puede considerar como un reconocimiento a la constitucionalidad del literal j) del artículo 72. La sentencia en lo esencial dice lo siguiente: Tampoco la contratación directa de los servicios profesionales mencionados en el precepto impugnado “se considera inconstitucional por razón de que es válido que proceda una contratación directa en esta situación, para el caso cito como ejemplo el caso Baterías Record en donde se necesitó la contratación de un especialista a efecto de realizar un peritaje sumamente necesario en el diligenciamiento del caso, en donde nuestro país no contaba con un profesional con los requisitos para realizar dicha función, utilizando el procedimiento de contratación directa para un profesional de otro país, en este caso se convierte en excepción, y se advierte la permisión para valerse de la contratación directa. Así, no se trata de una contratación aislada, esporádica o temporal sino de la querida para la realización urgente de un peritaje. Para ello, deben establecerse previamente las condiciones y especificaciones técnicas del objeto del contrato; motivar la decisión de contratar y publicar tal decisión. Ahora bien, en el citado proceso se analizaron elementos relacionados con “la contratación directa en el rubro de medicamentos”, es decir, como el asunto rebatido en tal ocasión se refería a la contratación de bienes muebles, la regla establecida en dicho

precedente era aplicable a ese tipo de contratación. Por ello, se indicó que el tenor del art. 234 inc. 1º Cn. dispone que cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la ley. Y en ese contexto se afirmó que el precepto constitucional referido "deja claro que se ha instaurado a la licitación pública como regla general de contratación de la Administración Pública. A la vez, se advierte que el texto constitucional ha establecido la salvedad de que el legislador, excepcionalmente, determine casos en los cuales la contratación se verifique a través de algún mecanismo distinto". Es decir, el supuesto regulado en este precepto constitucional es la contratación de obras públicas y bienes muebles, por lo que las contrataciones de servicios de auditoría especializada, abogacía, mediación, conciliación, contaduría, asesorías y peritajes, entre otros que discrecionalmente pueda añadir la administración pública, aludidos por la actual letra j del art. 72 LACAP, no se ubican dentro del alcance prescriptivo del art. 234 inc. 1º Cn. La razón es que dicho precepto legal no se refiere a la contratación de bienes muebles ni a construcciones de obras públicas -como si lo hace el art. 234 inc. 1º Cn. Entonces, los citados preceptos normativos aluden a ámbitos plenamente diferenciados y no equiparables. Por ende, no puede establecerse un contraste normativo entre ambos -ya que regulan supuestos distintos-, y por la misma razón el art. 234 inc. 1º Cn. no puede servir automáticamente de parámetro de control para analizar la supuesta inconstitucionalidad de la letra j del art. 72 LACAP, y el pretensor tampoco aportó argumentos que justificaran la aplicación de la regla establecida en el art. 234 inc. 1º Cn. al ámbito de las contrataciones de servicios reguladas por la disposición impugnada. Por tanto, se advierte que, respecto de este punto de la pretensión, en los términos expuestos en la demanda, no se ha planteado un contraste normativo que pueda ser dilucidado por esta sala, por lo que corresponde sobreseer este punto de la pretensión.

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado".

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Director Suplente** [REDACTED]

[REDACTED] expresa lo siguiente:

**"a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).**

Es importante señalar que debe reconocerse las diferencias en el procedimiento que la Ley ha establecido para los procesos de licitación y los de contratación directa. Siendo concretos en el proceso de licitación la regla inquebrantable será siempre la competencia en cambio la Ley LACAP dota de discrecionalidad a la administración pública por lo cual establece en el artículo 71 que de acuerdo al literal -del artículo 72- que se invoque para la Contratación Directa la competencia puede ser omitida.

Es importante recalcar que el fin de las contrataciones públicas es satisfacer un interés público, en el presente caso la obra pública debía ser el fin que orientara las decisiones de la Junta Directiva, por esta razón considerando que en este caso la institución contrataría la asesoría de servicios especializados y no la compra de bienes muebles, y siendo que la empresa CONINVER era la única empresa que garantizaba la confidencialidad de la información estratégica del Proyecto cumpliendo con los requisitos técnicos de un servicio altamente especializado como es el diseño del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral se justificaba la Contratación Directa sin competencia.

Es importante advertir, que el Equipo de Auditores no motivan las causales por la cuales mantiene el presente Hallazgo, pues después de leer las justificaciones y argumentaciones con las cuales Junta Directiva tomó la decisión de promover la Contratación Directa sin competencia, queda claro que era la decisión orientada a satisfacer el interés público fundamentado en la habilitación discrecional que la Ley LACAP otorga. Como Director de Junta Directiva ratifico que los criterios de confidencialidad y confianza, que debía asegurar la información suministrada por la CEL y la que se pudiere producir a través de la Asesoría Especializada de la empresa CONINVER fueron elementos esenciales en la evaluación del caso examinado, y que cumplen con el artículo 71 que esa era la causal por la cual procedía la Contratación Directa sin competencia.

Considero pertinente tomar en cuenta, el análisis realizado por la Sala de lo Constitucional en la Sentencia 67-2015 en la que se puso a su conocimiento el análisis para declarar inconstitucional la letra j) del artículo 72 de la LACAP sobre el cual la Junta Directiva se basó para la contratación directa, es importante señalar que después de hacer el examen de constitucionalidad donde el impetrante alegaba precisamente lo que señala el equipo auditor, la Sala resolvió sobreseer en ese punto lo que se puede considerar como un reconocimiento a la constitucionalidad del literal j) del artículo 72. La sentencia en lo esencial dice lo siguiente: Tampoco la contratación directa de los servicios profesionales mencionados en el precepto impugnado “se considera inconstitucional por razón de que es válido que proceda una contratación directa en esta situación, para el caso cito como ejemplo el caso Baterías Record en donde se necesitó la contratación de un especialista a efecto de realizar un peritaje sumamente necesario en el diligenciamiento del caso, en donde nuestro país no contaba con un profesional con los requisitos para realizar dicha función, utilizando el procedimiento de contratación directa para un profesional de otro país, en este caso se convierte en excepción, y se advierte la permisión para valerse de la contratación directa. Así, no se trata de una contratación aislada, esporádica o temporal sino de la querida para la realización urgente de un peritaje. Para ello, deben establecerse previamente las condiciones y especificaciones técnicas del objeto del contrato; motivar la decisión de contratar y publicar tal decisión. Ahora bien, en el citado proceso se analizaron elementos relacionados con “la contratación directa en el rubro de medicamentos”, es decir, como el asunto rebatido en tal ocasión se refería a la contratación de bienes muebles, la regla establecida en dicho precedente era aplicable a ese tipo de contratación. Por ello, se indicó que el tenor del art. 234 inc. 1º Cn. dispone que cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes

públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la ley. Y en ese contexto se afirmó que el precepto constitucional referido “deja claro que se ha instaurado a la licitación pública como regla general de contratación de la Administración Pública. A la vez, se advierte que el texto constitucional ha establecido la salvedad de que el legislador, excepcionalmente, determine casos en los cuales la contratación se verifique a través de algún mecanismo distinto”. Es decir, el supuesto regulado en este precepto constitucional es la contratación de obras públicas y bienes muebles, por lo que las contrataciones de servicios de auditoría especializada, abogacía, mediación, conciliación, contaduría, asesorías y peritajes, entre otros que discrecionalmente pueda añadir la administración pública, aludidos por la actual letra j del art. 72 LACAP, no se ubican dentro del alcance prescriptivo del art. 234 inc. 1º Cn. La razón es que dicho precepto legal no se refiere a la contratación de bienes muebles ni a construcciones de obras públicas -como si lo hace el art. 234 inc. 1º Cn. Entonces, los citados preceptos normativos aluden a ámbitos plenamente diferenciados y no equiparables. Por ende, no puede establecerse un contraste normativo entre ambos -ya que regulan supuestos distintos-, y por la misma razón el art. 234 inc. 1º Cn. no puede servir automáticamente de parámetro de control para analizar la supuesta inconstitucionalidad de la letra j del art. 72 LACAP, y el pretensor tampoco aportó argumentos que justificaran la aplicación de la regla establecida en el art. 234 inc. 1º Cn. al ámbito de las contrataciones de servicios reguladas por la disposición impugnada. Por tanto, se advierte que, respecto de este punto de la pretensión, en los términos expuestos en la demanda, no se ha planteado un contraste normativo que pueda ser dilucidado por esta sala, por lo que corresponde sobreseer este punto de la pretensión.

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado.

**b) Las Especificaciones Técnicas (Denominadas por la entidad Documento de Solicitud de Oferta) No fue Autorizadas por la máxima autoridad.**

En la LACAP y RELACAP no existe disposición legal que establezca que la Junta Directiva debe aprobar los Términos de Referencia de una Contratación Directa.

En primer lugar, es necesario aclarar que este proceso **no es uno de licitación o de concurso**, es un proceso de contratación directa, al que le aplican la LACAP, y en esta norma no está establecido que el titular aprobará los términos de referencia, por el contrario, el artículo 71 de la LACAP expresamente indica:

**Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, **tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas**. Esta decisión debe consignarse

mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

Lo que expresamente manda la LACAP, es que la contratación se realizará tomando en consideración las condiciones y especificaciones previamente definidas, **no dice aprobadas ni autorizadas.**

Aplicando el Principio de Legalidad que rige para la administración pública, la Junta Directiva no podía aprobar las Especificaciones Técnicas porque no está habilitada para ello.

De lo anterior se colige la confusión presentada por el equipo auditor al no distinguir entre bases de licitación o concurso, y el concepto de términos de referencia de las cuales habla el citado artículo 71 LACAP. confusión que se resalta cuando fundamentan su señalamiento lo dispuesto en el artículo 41 de la LACAP

**Artículo 41.- Actos Preparatorios.** Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien, obra o servicio que desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá. Dichos instrumentos se denominarán:

- a) Términos de referencia: que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- b) Especificaciones técnicas: que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la Administración Pública solicita;
- c) Bases de Licitación: establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la Administración Pública;
- d) Bases de Concurso: establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorías; debiendo la Institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente.

Lo establecido en los literales a) y b) de este artículo, podrán utilizarse para la Libre Gestión cuando aplique.

Como observamos el artículo anterior, define cada uno de los documentos de manera separada esto es en función a que cada uno de estos puede aplicar a formas de contratar diferentes y por tanto serán excluyentes en la medida que la administración identifique una manera u otra, por tanto, SOLO EN UNA LICITACIÓN HABRÁ BASES DE LICITACIÓN Y SOLO EN UNA CONTRATACIÓN DIRECTA HABRÁ ESPECIFICACIONES TECNICAS, LO QUE HACE EL EQUIPO DE AUDITORIA ES HOMOLOGAR SIN BASE LEGAL ALGUNA EL CONCEPTO DE BASE DE LICITACIÓN Y ESPECIFICACIÓN TECNICA, LO CUAL NO PUEDE TOMARSE COMO BASE PARA UN SEÑALAMIENTO O HALLAZGO.

Aunado a lo anterior es lógico también establecer que en el caso que lo anterior fuera expresamente mandatado, la Junta Directiva no puede ser señalada por una actuación que no se hizo de su conocimiento, por tanto, no existe fundamento legal que sustente el señalamiento realizado por el equipo auditor, adicionalmente Junta Directiva solo puede autorizar lo que la ley expresamente establece por el principio de legalidad con el que rige sus actuaciones.

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado”.

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Director Propietario** [REDACTED]

[REDACTED] expresa lo siguiente:

**“a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).**

Es importante señalar que debe reconocerse las diferencias en el procedimiento que la Ley ha establecido para los procesos de licitación y los de contratación directa. En el proceso de licitación y en la contratación directa la regla general será siempre incorporar en los procesos de compras públicas mecanismos de competencia de conformidad con lo establecido en la LACAP; sin embargo, es una verdad insoslayable que la misma LACAP dispone, concretamente en el Art.71 que la contratación directa se **aplicaran “criterios de competencia cuando apliquen” salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas**”. En otras palabras, la ley ha previsto la contratación directa sin competencia otorgando una facultad discrecionalidad reglada a la administración pública para optar en un momento determinado y bajo ciertos criterios esta modalidad de contratación.

Es de conocimiento general el fin de las contrataciones públicas es satisfacer un interés público. La causal que motivó la contratación, su naturaleza, condiciones y especificaciones orientó las decisiones de la Junta Directiva a tomar la decisión de que la contratación directa se llevara a cabo bajo el amparo de la excepción que establece la ley, por cumplirse la causal de confidencialidad y confianza que era necesario aplicar, por esta razón, y sobre la base que la empresa CONINVER cumplía con esos criterios de confidencialidad y confianza, se procedió a la Contratación Directa de dicha empresa.

Es importante advertir, que en el informe de auditoría no se motivan las causales por la cuales descartan los argumentos planteados por la administración; y en consecuencia mantiene el presente Hallazgo. Después de leer las justificaciones y argumentaciones con las cuales Junta Directiva tomó la decisión de promover la Contratación Directa sin competencia, queda claro que era la decisión orientada a satisfacer de mejor manera el interés público y que en esta decisión se ha cumplido además del principio de legalidad,

porque se ha actuado al amparo de la ley, también se ha cumplido con el principio de solución.

En este punto, creemos conveniente compartir con el equipo auditor, el análisis realizado a la letra j) del artículo 72 de la LACAP, hoy letra i) por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia No 67-2015 por medio de la cual confirmó la constitucionalidad de dicha norma. La Junta Directiva, justamente se basó en esta norma para justificar la contratación directa. La sentencia en lo esencial dice lo siguiente: Tampoco la contratación directa de los servicios profesionales mencionados en el precepto impugnado “se considera inconstitucional por razón de que es válido que proceda una contratación directa en esta situación, para el caso cito como ejemplo el caso Baterías Record en donde se necesitó la contratación de un especialista a efecto de realizar un peritaje sumamente necesario en el diligenciamiento del caso, en donde nuestro país no contaba con un profesional con los requisitos para realizar dicha función, utilizando el procedimiento de contratación directa para un profesional de otro país, en este caso se convierte en excepción, y se advierte la permisión para valerse de la contratación directa. Así, no se trata de una contratación aislada, esporádica o temporal sino de la querida para la realización urgente de un peritaje. Para ello, deben establecerse previamente las condiciones y especificaciones técnicas del objeto del contrato; motivar la decisión de contratar y publicar tal decisión”.

En la referida sentencia, la Sala de lo Constitucional indicó que el tenor del art. 234 inc. 1º Cn. dispone que cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto, dijo la sala, en los casos determinados por la ley. En ese contexto la Sala de lo Constitucional afirmó que el precepto constitucional referido “deja claro que se ha instaurado a la licitación pública como regla general de contratación de la Administración Pública, pero a la vez, advirtió que el texto constitucional ha establecido la salvedad de que el legislador, excepcionalmente, determine casos en los cuales la contratación se verifique a través de algún mecanismo distinto”. Es decir, distinto a la licitación pública.

La Sala expresó que el supuesto regulado en este precepto constitucional es la contratación de obras públicas y bienes muebles, por lo que las contrataciones de servicios de auditoría especializada, abogacía, mediación, conciliación, contaduría, asesorías y peritajes, entre otros que discrecionalmente pueda añadir la administración pública, aludidos por la letra j del art. 72 LACAP, hoy letra i) no se ubican dentro del alcance prescriptivo del art. 234 inc. 1º Cn. La razón aludida por la Sala, es que dicho precepto legal no se refiere a la contratación de bienes muebles ni a construcciones de obras públicas -como sí lo hace el art. 234 inc. 1º Cn.

La Sala de lo Constitucional finalizó su análisis afirmando que los citados preceptos normativos aluden a ámbitos plenamente diferenciados y no equiparables. Por ende, no puede establecerse un contraste normativo entre ambos -ya que regulan supuestos distintos-, y por la misma razón el art. 234 inc. 1º Cn. no puede servir automáticamente

de parámetro de control para analizar la supuesta inconstitucionalidad de la letra j del art. 72 LACAP, hoy letra i).

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado.

**b) Las Especificaciones Técnicas (Denominadas por la entidad Documento de Solicitud de Oferta) No fue Autorizadas por la máxima autoridad.**

En la LACAP y RELACAP no existe disposición legal que establezca que la Junta Directiva debe aprobar las Especificaciones Técnicas de una Contratación Directa.

En primer lugar, es necesario aclarar que este proceso no es uno de licitación o de concurso, es un proceso de contratación directa, al que le aplican la LACAP, y en esta norma no está establecido que el titular aprobará las especificaciones técnicas, por el contrario, el artículo 71 de la LACAP expresamente indica:

**Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

Lo que expresamente manda la LACAP es que la contratación se realizará tomando en consideración las condiciones y especificaciones previamente definidas, no dice aprobadas ni autorizadas.

Aplicando el Principio de Legalidad que rige para la administración pública, la Junta Directiva no podía aprobar las Especificaciones Técnicas porque no está habilitada para ello.

De lo anterior se colige la confusión presentada en el informe de auditoría al no distinguir entre bases de licitación o concurso, y el concepto de especificaciones técnicas a las cuales se refiere el citado artículo 71 LACAP, confusión que se resalta cuando se fundamenta en la supuesta observación el artículo 41 de la LACAP.

**El artículo 41.- aludido por el equipo auditor, regula los actos Preparatorios, y establece lo siguiente:** "Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el

bien, obra o servicio que desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá. Dichos instrumentos se denominarán:

- a) Términos de referencia: que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- b) Especificaciones técnicas: que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la Administración Pública solicita;
- c) Bases de Licitación: establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la Administración Pública;
- d) Bases de Concurso: establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorías; debiendo la Institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente. Lo establecido en los literales a) y b) de este artículo, podrán utilizarse para la Libre Gestión cuando aplique."

Como podemos observar, el artículo anterior define cada uno de los documentos de manera separada atendiendo a la modalidad de contratación, esto es en función a que cada uno de estos puede aplicar a formas de contratar diferentes y por tanto serán excluyentes en la medida que la administración identifique una manera u otra, por tanto, SOLO EN UNA LICITACIÓN HABRÁ BASES DE LICITACIÓN, Y SOLO EN UNA CONTRATACIÓN DIRECTA HABRÁ ESPECIFICACIONES TECNICAS.

El equipo auditor confunde sin cobertura legal el concepto de base de licitación con especificación técnica para sostener el hallazgo, como si se tratara de la misma cosa. Al hacer este ejercicio se ha forzado la norma para aplicarla a una situación diferente para la cual se ha previsto EL CONCEPTO DE BASE DE LICITACIÓN Y ESPECIFICACIÓN TECNICA, LO CUAL NO PUEDE TOMARSE COMO BASE PARA UN SEÑALAMIENTO O HALLAZGO.

Finalmente, quiere concluir, solo como ejercicio mental, suponiendo, sin admitirlo por las razones que ya expresé, que tiene razón la auditoría a sostener que las especificaciones técnicas debieron ser aprobadas por la máxima autoridad, ¿Cómo podía la junta directiva aprobar un punto que nunca fue sometido a su conocimiento? ¿Qué nunca fue presentado o agendado? La Junta Directiva no puede ser señalada por una actuación que no se hizo de su conocimiento, por tanto, no existe fundamento legal que sustente el señalamiento realizado por el equipo auditor, adicionalmente Junta Directiva solo puede autorizar lo que la ley expresamente establece por el principio de legalidad con el que rige sus actuaciones.

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado."

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Director Propietario [REDACTED] [REDACTED] emite sus comentarios a través de la apoderada general judicial, [REDACTED] quien expresa lo siguiente:**

**“a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).**

Es importante señalar que debe reconocerse las diferencias en el procedimiento que la Ley ha establecido para los procesos de licitación y los de contratación directa. En el proceso de licitación y en la contratación directa la regla general será siempre incorporar en los procesos de compras públicas mecanismos de competencia de conformidad con lo establecido en la LACAP; sin embargo, es una verdad insoslayable que la misma LACAP dispone, concretamente en el Art.71 que la contratación directa se **aplicaran “criterios de competencia cuando apliquen” salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas** . En otras palabras, la ley ha previsto la contratación directa sin competencia otorgando una facultad discrecionalidad reglada a la administración pública para optar en un momento determinado y bajo ciertos criterios esta modalidad de contratación.

Es de conocimiento general el fin de las contrataciones públicas es satisfacer un interés público. La causal que motivó la contratación, su naturaleza, condiciones y especificaciones orientó las decisiones de la Junta Directiva a tomar la decisión de que la contratación directa se llevara a cabo bajo el amparo de la excepción que establece la ley, por cumplirse la causal de confidencialidad y confianza que era necesario aplicar, por esta razón, y sobre la base que la empresa CONINVER cumplía con esos criterios de confidencialidad y confianza, se procedió a la Contratación Directa de dicha empresa.

Es importante advertir, que en el informe de auditoría no se motivan las causales por la cuales descartan los argumentos planteados por la administración; y en consecuencia mantiene el presente Hallazgo. Después de leer las justificaciones y argumentaciones con las cuales Junta Directiva tomó la decisión de promover la Contratación Directa sin competencia, queda claro que era la decisión orientada a satisfacer de mejor manera el interés público y que en esta decisión se ha cumplido además del principio de legalidad, porque se ha actuado al amparo de la ley, también se ha cumplido con el principio de solución.

En este punto, creemos conveniente compartir con el equipo auditor, el análisis realizado a la letra j) del artículo 72 de la LACAP, hoy letra i) por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia No 67-2015 por medio de la cual confirmó la constitucionalidad de dicha norma. La Junta Directiva, justamente se basó en esta norma para justificar la contratación directa. La sentencia en lo esencial dice lo siguiente: Tampoco la contratación directa de los servicios profesionales mencionados en el precepto impugnado “se considera inconstitucional por razón de que es válido que proceda una contratación directa en esta situación, para el caso cito como ejemplo el caso Baterías Record en donde se necesitó la contratación de un especialista a efecto de realizar un peritaje sumamente necesario en el diligenciamiento del caso, en donde nuestro país no contaba con un profesional con los requisitos para realizar dicha función,

utilizando el procedimiento de contratación directa para un profesional de otro país, en este caso se convierte en excepción, y se advierte la permisión para valerse de la contratación directa. Así, no se trata de una contratación aislada, esporádica o temporal sino de la querida para la realización urgente de un peritaje. Para ello, deben establecerse previamente las condiciones y especificaciones técnicas del objeto del contrato; motivar la decisión de contratar y publicar tal decisión.

En la referida sentencia, la Sala de lo Constitucional indicó que el tenor del art. 234 inc. 1º Cn. dispone que cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto, dijo la sala, en los casos determinados por la ley. En ese contexto la Sala de lo Constitucional afirmó que el precepto constitucional referido "deja claro que se ha instaurado a la licitación pública como regla general de contratación de la Administración Pública, pero a la vez, advirtió que el texto constitucional ha establecido la salvedad de que el legislador, excepcionalmente, determine casos en los cuales la contratación se verifique a través de algún mecanismo distinto". Es decir, distinto a la licitación pública.

La Sala expresó que el supuesto regulado en este precepto constitucional es la contratación de obras públicas y bienes muebles, por lo que las contrataciones de servicios de auditoría especializada, abogacía, mediación, conciliación, contaduría, asesorías y peritajes, entre otros que discrecionalmente pueda añadir la administración pública, aludidos por la letra j del art. 72 LACAP, hoy letra i) no se ubican dentro del alcance prescriptivo del art. 234 inc. 1º Cn. La razón aludida por la Sala, es que dicho precepto legal no se refiere a la contratación de bienes muebles ni a construcciones de obras públicas -como sí lo hace el art. 234 inc. 1º Cn.

La Sala de lo Constitucional finalizó su análisis afirmando que los citados preceptos normativos aluden a ámbitos plenamente diferenciados y no equiparables. Por ende, no puede establecerse un contraste normativo entre ambos -ya que regulan supuestos distintos-, y por la misma razón el art. 234 inc. 1º Cn. no puede servir automáticamente de parámetro de control para analizar la supuesta inconstitucionalidad de la letra j) del art. 72 LACAP, hoy letra i).

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado.

**b) Las Especificaciones Técnicas (Denominadas por la entidad Documento de Solicitud de Oferta) No fue Autorizadas por la máxima autoridad.**

En la LACAP y RELACAP no existe disposición legal que establezca que la Junta Directiva debe aprobar las Especificaciones Técnicas de una Contratación Directa.

En primer lugar, es necesario aclarar que este proceso **no es uno de licitación o de concurso**, es un proceso de contratación directa, al que le aplican la LACAP, y en esta

norma no está establecido que el titular aprobará las especificaciones técnicas, por el contrario, el artículo 71 de la LACAP expresamente indica:

#### **Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, **tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas**. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

Lo que expresamente manda la LACAP es que la contratación se realizará tomando en consideración las condiciones y especificaciones previamente definidas, **no dice aprobadas ni autorizadas**.

Aplicando el Principio de Legalidad que rige para la administración pública, la Junta Directiva no podía aprobar las Especificaciones Técnicas porque no está habilitada para ello.

De lo anterior se colige la confusión presentada en el informe de auditoría al no distinguir entre bases de licitación o concurso, y el concepto de especificaciones técnicas a las cuales se refiere el citado artículo 71 LACAP, confusión que se resalta cuando se fundamenta en la supuesta observación el artículo 41 de la LACAP.

**El artículo 41.- aludido por el equipo auditor, regula los actos Preparatorios, y establece lo siguiente:** "Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien, obra o servicio que desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá. Dichos instrumentos se denominarán:

- a) Términos de referencia: que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- b) Especificaciones técnicas: que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la Administración Pública solicita;
- c) Bases de Licitación: establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la Administración Pública;
- d) Bases de Concurso: establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorías; debiendo la Institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente. Lo establecido en los literales a) y b) de este artículo, podrán utilizarse para la Libre Gestión cuando aplique."

Como podemos observar, el artículo anterior define cada uno de los documentos de manera separada atendiendo a la modalidad de contratación, esto es en función a que cada uno de estos puede aplicar a formas de contratar diferentes y por tanto serán excluyentes en la medida que la administración identifique una manera u otra, por tanto, SOLO EN UNA LICITACIÓN HABRÁ BASES DE LICITACIÓN, Y SOLO EN UNA CONTRATACIÓN DIRECTA HABRÁ ESPECIFICACIONES TÉCNICAS.

El equipo auditor confunde sin cobertura legal el concepto de base de licitación con especificación técnica para sostener el hallazgo, como si se tratara de la misma cosa. Al hacer este ejercicio se ha forzado la norma para aplicarla a una situación diferente para la cual se ha previsto EL CONCEPTO DE BASE DE LICITACIÓN Y ESPECIFICACIÓN TÉCNICA, LO CUAL NO PUEDE TOMARSE COMO BASE PARA UN SEÑALAMIENTO O HALLAZGO.

Finalmente, quiere concluir, solo como ejercicio mental, suponiendo, sin admitirlo por las razones que ya expresé, que tiene razón la auditoría a sostener que las especificaciones técnicas debieron ser aprobadas por la máxima autoridad, ¿Cómo podía la junta directiva aprobar un punto que nunca fue sometido a su conocimiento? ¿Qué nunca fue presentado o agendado? La Junta Directiva no puede ser señalada por una actuación que no se hizo de su conocimiento, por tanto, no existe fundamento legal que sustente el señalamiento realizado por el equipo auditor, adicionalmente Junta Directiva solo puede autorizar lo que la ley expresamente establece por el principio de legalidad con el que rige sus actuaciones.

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado."

En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Exdirector Suplente [REDACTED] quien expresa lo siguiente:

**"a) No se generó competencia en el proceso de Contratación Directa, cuando lo exigen las causales que la motivan en el artículo 72 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).**

Es importante señalar que debe reconocerse las diferencias en el procedimiento que la Ley ha establecido para los procesos de licitación y los de contratación directa. En el proceso de licitación y en la contratación directa la regla general será siempre incorporar en los procesos de compras públicas mecanismos de competencia de conformidad con lo establecido en la LACAP; sin embargo, es una verdad insoslayable que la misma LACAP dispone, concretamente en el Art.71 que la contratación directa se **aplicaran "criterios de competencia cuando apliquen" salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, tomando en cuenta las condiciones v especificaciones técnicas previamente definidas**. En otras palabras, la ley ha previsto la contratación directa sin competencia otorgando una facultad

discrecionalidad reglada a la administración pública para optar en un momento determinado y bajo ciertos criterios esta modalidad de contratación.

Es de conocimiento general el fin de las contrataciones públicas es satisfacer un interés público. La causal que motivó la contratación, su naturaleza, condiciones y especificaciones orientó las decisiones de la Junta Directiva a tomar la decisión de que la contratación directa se llevara a cabo bajo el amparo de la excepción que establece la ley, por cumplirse la causal de confidencialidad y confianza que era necesario aplicar, por esta razón, y sobre la base que la empresa CONINVER cumplía con esos criterios de confidencialidad y confianza, se procedió a la Contratación Directa de dicha empresa.

Es importante advertir, que en el informe de auditoría no se motivan las causales por la cuales descartan los argumentos planteados por la administración; y en consecuencia mantiene el presente Hallazgo. Después de leer las justificaciones y argumentaciones con las cuales Junta Directiva tomó la decisión de promover la Contratación Directa sin competencia, queda claro que era la decisión orientada a satisfacer de mejor manera el interés público y que en esta decisión se ha cumplido además del principio de legalidad, porque se ha actuado al amparo de la ley, también se ha cumplido con el principio de solución.

En este punto, creemos conveniente compartir con el equipo auditor, el análisis realizado a la letra j) del artículo 72 de la LACAP, hoy letra i) por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia No 67-2015 por medio de la cual confirmó la constitucionalidad de dicha norma. La Junta Directiva, justamente se basó en esta norma para justificar la contratación directa. La sentencia en lo esencial dice lo siguiente: Tampoco la contratación directa de los servicios profesionales mencionados en el precepto impugnado “se considera inconstitucional por razón de que es válido que proceda una contratación directa en esta situación, para el caso cito como ejemplo el caso Baterías Record en donde se necesitó la contratación de un especialista a efecto de realizar un peritaje sumamente necesario en el diligenciamiento del caso, en donde nuestro país no contaba con un profesional con los requisitos para realizar dicha función, utilizando el procedimiento de contratación directa para un profesional de otro país, en este caso se convierte en excepción, y se advierte la permisión para valerse de la contratación directa. Así, no se trata de una contratación aislada, esporádica o temporal sino de la querida para la realización urgente de un peritaje. Para ello, deben establecerse previamente las condiciones y especificaciones técnicas del objeto del contrato; motivar la decisión de contratar y publicar tal decisión.

En la referida sentencia, la Sala de lo Constitucional indicó que el tenor del art. 234 inc. 1º Cn. dispone que cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto, dijo la sala, en los casos determinados por la ley. En ese contexto la Sala de lo Constitucional afirmó que el precepto constitucional referido “deja claro que se ha instaurado a la licitación pública como regla general de contratación de la Administración Pública, pero a la vez, advirtió que el texto constitucional ha establecido la salvedad de que el legislador,

excepcionalmente, determine casos en los cuales la contratación se verifique a través de algún mecanismo distinto”. Es decir, distinto a la licitación pública.

La Sala expresó que el supuesto regulado en este precepto constitucional es la contratación de obras públicas y bienes muebles, por lo que las contrataciones de servicios de auditoría especializada, abogacía, mediación, conciliación, contaduría, asesorías y peritajes, entre otros que discrecionalmente pueda añadir la administración pública, aludidos por la letra j del art. 72 LACAP, hoy letra i) no se ubican dentro del alcance prescriptivo del art. 234 inc. 1º Cn. La razón aludida por la Sala, es que dicho precepto legal no se refiere a la contratación de bienes muebles ni a construcciones de obras públicas -como si lo hace el art. 234 inc. 1º Cn.

La Sala de lo Constitucional finalizó su análisis afirmando que los citados preceptos normativos aluden a ámbitos plenamente diferenciados y no equiparables. Por ende, no puede establecerse un contraste normativo entre ambos -ya que regulan supuestos distintos-, y por la misma razón el art. 234 inc. 1º Cn. no puede servir automáticamente de parámetro de control para analizar la supuesta inconstitucionalidad de la letra j) del art. 72 LACAP, hoy letra i).

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado.

**b) Las Especificaciones Técnicas (Denominadas por la entidad Documento de Solicitud de Oferta) No fue Autorizadas por la máxima autoridad.**

En la LACAP y RELACAP no existe disposición legal que establezca que la Junta Directiva debe aprobar las Especificaciones Técnicas de una Contratación Directa.

En primer lugar, es necesario aclarar que este proceso **no es uno de licitación o de concurso**, es un proceso de contratación directa, al que le aplican la LACAP, y en esta norma no está establecido que el titular aprobará las especificaciones técnicas, por el contrario, el artículo 71 de la LACAP expresamente indica:

**Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, **tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas**. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva, consejo directivo o concejo municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

Lo que expresamente manda la LACAP es que la contratación se realizará tomando en consideración las condiciones y especificaciones previamente definidas, **no dice aprobadas ni autorizadas.**

Aplicando el Principio de Legalidad que rige para la administración pública, la Junta Directiva no podía aprobar las Especificaciones Técnicas porque no está habilitada para ello.

De lo anterior se colige la confusión presentada en el informe de auditoría al no distinguir entre bases de licitación o concurso, y el concepto de especificaciones técnicas a las cuales se refiere el citado artículo 71 LACAP, confusión que se resalta cuando se fundamenta en la supuesta observación el artículo 41 de la LACAP.

**El artículo 41.- aludido por el equipo auditor, regula los actos Preparatorios, y establece lo siguiente:** "Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien, obra o servicio que desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá. Dichos instrumentos se denominarán:

- a) Términos de referencia: que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- b) Especificaciones técnicas: que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la Administración Pública solicita;
- c) Bases de Licitación: establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la Administración Pública;
- d) Bases de Concurso: establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorías; debiendo la Institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente. Lo establecido en los literales a) y b) de este artículo, podrán utilizarse para la Libre Gestión cuando aplique."

Como podemos observar, el artículo anterior define cada uno de los documentos de manera separada atendiendo a la modalidad de contratación, esto es en función a que cada uno de estos puede aplicar a formas de contratar diferentes y por tanto serán excluyentes en la medida que la administración identifique una manera u otra, por tanto, SOLO EN UNA LICITACIÓN HABRÁ BASES DE LICITACIÓN, Y SOLO EN UNA CONTRATACIÓN DIRECTA HABRÁ ESPECIFICACIONES TECNICAS.

El equipo auditor confunde sin cobertura legal el concepto de base de licitación con especificación técnica para sostener el hallazgo, como si se tratara de la misma cosa. Al hacer este ejercicio se ha forzado la norma para aplicarla a una situación diferente para la cual se ha previsto EL CONCEPTO DE BASE DE LICITACIÓN Y ESPECIFICACIÓN TÉCNICA, LO CUAL NO PUEDE TOMARSE COMO BASE PARA UN SEÑALAMIENTO O HALLAZGO.

Finalmente, quiere concluir, solo como ejercicio mental, suponiendo, sin admitirlo por las razones que ya expresé, que tiene razón la auditoría a sostener que las especificaciones técnicas debieron ser aprobadas por la máxima autoridad, ¿Cómo podía la junta directiva aprobar un punto que nunca fue sometido a su conocimiento? ¿Qué nunca fue presentado o agendado? La Junta Directiva no puede ser señalada por una actuación que no se hizo de su conocimiento, por tanto, no existe fundamento legal que sustente el señalamiento realizado por el equipo auditor, adicionalmente Junta Directiva solo puede autorizar lo que la ley expresamente establece por el principio de legalidad con el que rige sus actuaciones.

Por todo lo anterior, solicitamos que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado."

**En nota de fecha 22 de junio de 2018, el Jefe UACI** [REDACTED]

[REDACTED] envió comentarios en los que expresa:

"a) No se generó competencia.

b) Los Términos de Referencia (denominados por la Entidad Documento de Solicitud de Oferta), no fueron autorizados por la máxima autoridad.

c) Deficiente investigación de mercado para el análisis y estudio de viabilidad económica, al utilizar precios referenciales correspondientes al 2008.

En los "COMENTARIOS DE LOS AUDITORES", expresan éstos: "Analizamos los comentarios emitidos por el Jefe UACI, quien está relacionado con el literal h), hace referencia que el artículo 18 de la LACAP establece que únicamente se aprobarán los documentos bases de licitación o concurso y no los términos de Referencia (TR) o Especificaciones Técnicas (ET) utilizados para modalidades de Libre Gestión y Contratación Directa; no obstante, hacemos la consideración siguiente:

Si retomamos el artículo 41 de la LACAP dispone que la institución deberá emitir para toda adquisición los Instrumentos de Contratación, no define expresamente a quien corresponde dicha facultad pero alude a que debe realizarlo la institución, por lo que de no ser autorizado por la Máxima Autoridad Institucional, ésta debe definir internamente quien o cual será la instancia que lo debe realizar, a lo que no presenta evidencia de que exista una delegación expresa de quien aprobará dichos documentos, ya que en el acta 3684 de fecha 2 de junio de 2015, manda a la UACI a que los elabore no indicando su aprobación en ese mismo acto.

En primer lugar, observemos lo que establece el artículo 41 de la LACAP, el que indica: "Artículo 41.- **Actos Preparatorios.**

Para efectuar cualquier tipo de contratación, la institución deberá establecer los requerimientos o características mínimas indispensables para el bien, obra o servicio que

desea adquirir; así como identificar el perfil de ofertante o contratista que lo proveerá. Dichos instrumentos se denominarán:

- a) **Términos de referencia:** que establecerán las características de los servicios que la institución desea adquirir;
- b) **Especificaciones técnicas:** que establecerán los requisitos que deben reunir las obras o bienes que la Administración Pública solicita;
- c) **Bases de Licitación:** establecerán los criterios legales, financieros y técnicos que deberán cumplir los ofertantes y los bienes, obras y servicios que ofrecen a la Administración Pública;
- d) **Bases de Concurso:** establecerán los criterios a que se refiere el literal anterior para la contratación de consultorios; debiendo la Institución establecer con claridad si la consultoría es para personas naturales, jurídicas, o ambas indistintamente.

Lo establecido en los literales a) y b) de este artículo, podrán utilizarse para la Libre Gestión cuando aplique”.

En este artículo se establecen los actos preparatorios y los documentos que lo componen, que son cuatro (de la letra “a)” a la letra “d)”, entre los que se encuentran los Términos de Referencia y las Especificaciones Técnicas, es de extrañar que los Auditores manifiesten que en dicho artículo de la LACAP “**no define expresamente a quien corresponde dicha facultad**, lo que la Ley no amplía el Reglamento lo desarrolla, al respecto el artículo 20 del RELACAP. expresamente desarrolla este tema:

#### **ELABORACIÓN DE INSTRUMENTOS DE CONTRATACIÓN Art. 20.-...**

**La Unidad solicitante definirá** objeto, cantidad, calidad, **especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras**, bienes y servicios, valores estimados, condiciones específicas de administración de los contratos y la necesidad, en su caso, de permisos administrativos, incluyendo ambientales y de salud; y **el Jefe UACI** o la persona que éste designe, **verificará los requisitos legales, administrativos y financieros que serán solicitados y el procedimiento de contratación para cada una de las situaciones que lo requieran**”.

Por lo que expresamente se indica que la Unidad Solicitante definirá “cantidad, calidad, **especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras** dando este artículo del Reglamento respuesta a la duda de los Auditores sobre que se “debe definir internamente quien o cual será la instancia que lo debe realizar”.

En complemento a lo anterior, el artículo 71 de la LACAP indica que:

#### **Artículo 71.- Definición de Contratación Directa**

Para efectos de esta Ley, se entenderá por Contratación Directa la forma que una institución contrata con una o más personas naturales o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia cuando aplique, salvo en los casos que no fuere posible debido a la causal que motiva la contratación, **tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas**. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de la institución, junta directiva,

consejo directivo o concejo municipal, según sea el caso, debiendo además publicarla en el Sistema Electrónico de Compras Públicas, invocando la causal correspondiente que la sustenta.

Retomando lo señalado por dicho artículo, en donde se indica que “tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas”, y lo indicado en el artículo 20 del RELACAP, en donde se establece que “La Unidad solicitante definirá objeto, cantidad, calidad, especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras”, por lo que la Ley y su Reglamento claramente establece que para la contratación directa se hará considerando las ET (Especificaciones Técnicas) previamente definidas, y ¿Quién las define?, según el Reglamento la Unidad Solicitante, por lo que No se indica expresamente que dichos términos deben de ser autorizados por la máxima autoridad.

### **SOLICITUD**

Debido a que no existe una disposición legal expresa en la LACAP y RELACAP que requieren la aprobación de parte de la máxima autoridad de las Condiciones y especificaciones técnicas:(documento de solicitud de ofertas), solicitamos sea eliminado dicho hallazgo de este informe, ya que por ser funcionario público **no tengo más facultades que las que expresamente me da la ley** como lo establece la Constitución de la República de El Salvador, en su artículo 86 inciso tercero”.

**Con fecha 22 de junio de 2018 se recibieron comentarios del Exdirector de Proyecto**  
**[REDACTED]** en los que manifiesta:

**“c) Deficiente investigación de mercados para el análisis y estudios de viabilidad económica, al utilizar precios referenciales correspondientes al 2008.”**

En relación al hallazgo señalado por el equipo auditor, quien manifiesta “...**la existencia de una deficiente investigación de mercado que permitiera hacer los análisis y estudios de viabilidad económica ya que en junio de 2015 el director del proyecto, considero precios referenciales por hora hombre de cinco firmas consultoras, correspondientes al año 2008, los que afecto con incremento anual del 6% es decir 42% por siete años de desfase, sin dejar constancia que a la fecha de la evaluación esos precios fueron razonables...**” se ratifica las fundamentaciones expuestas en el proceso de auditoría.

También es importante señalar que la base legal que dicho equipo auditor utiliza para justificar su hallazgo es el artículo 20 Bis, letra c) LACAP que establece... “c) Determinar las necesidades de obras, bienes y servicios; asimismo **realizar investigaciones del mercado** que le permitan hacer los análisis y estudios necesarios para verificar la viabilidad técnica, económica, financiera, social o ambiental, necesaria para que la adquisición pueda realizarse...”

Dicha normativa no regla el modo de proceder para la realización de la investigación de mercado requerida, es decir no establece parámetros o requisitos que deban de tomarse en cuenta al momento de su desarrollo, sino se limita únicamente a requerir su realización

a fin de que la misma permita el desarrollo de un análisis que verifique la viabilidad técnica, económica, financiera, social o ambiental, necesaria para que la adquisición pueda realizarse, al estar la presente auditoria sujeta al principio de legalidad que rige las actuaciones del equipo auditor no existe fundamento legal que le permita justificar un hallazgo por **deficiente investigación de mercado.**

La jurisprudencia Contenciosa Administrativa ha establecido dentro de sus máximas que las potestades regladas son aquellas mediante la cual la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la norma ha de seguir, estableciendo la forma y el momento en el que ha de proceder; **y por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva**, en razón del principio de legalidad, no existe fundamento que ampare el señalamiento realizado por dicho equipo auditor, mismo que atenta contra el principio de legalidad que rige sus actuaciones y con lo señalado en el artículo 101 de la Ley de Corte de Cuentas, el cual mandata que aquellos que realicen auditoria gubernamental deberán cumplir sus funciones de acuerdo con la Ley, reglamentos, normas de auditoria y cualesquiera otras disposiciones dictadas por la Corte.

Teniendo como un hecho que el marco normativo y temporal que rigió el examen que tiene por conclusión el presente señalamiento no le permite el pronunciamiento realizado, ya que como es posible verificar se ha cumplido por mi parte como administrador de proyecto con lo requerido en la ley no solamente en lo establecido en el artículo 20 letra c) LACAP en cuanto al desarrollo de una investigación de mercado, sino también con lo señalado en el artículo 13 inciso primero LACAP que señala que: "La información de los Ofertantes, Contratistas y Documentos relativos a los procesos de adquisición y contratación pública estará contenida en el Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, que en adelante podrá denominarse el Registro, con información básica sobre potenciales ofertantes y contratistas; con el propósito de que las instituciones dispongan de la información que facilite el reconocimiento del mercado de ofertantes y de los incumplimientos de los contratistas."

Y el 27 de ese mismo cuerpo normativo que indica que "Se entenderá por precalificación, la etapa previa de una Licitación o un Concurso, realizada por la UACI para preseleccionar a los ofertantes, procediendo en los casos en que la institución contratante necesite conocer las opciones de mercado respecto a las adquisiciones o contrataciones de obras, bienes o servicios", lo cual por el tipo de contratación fue cumplido, aunado a ello, tal como consta en el proceso y en las amplias explicaciones brindadas al equipo auditor, la valoración que se realizó para realizar la investigación de mercado que llevo a determinar un aumento por un valor del 6% anual en el costo de horas hombre se hizo tomando en cuenta no solamente el periodo de tiempo transcurrido (2008-20014) sino la experiencia de homólogos regionales en proyectos similares, con todo lo anterior se configura una evidente violación al principio de legalidad, en tanto el equipo auditor procedió por sí a determinar aspectos fuera del alcance de la normativa legal supuestamente infringida.

Asimismo, es importante destacar que el Equipo de Auditores ha omitido establecer cuales debieron ser los parámetros de comparación que CEL debió aplicar en esta adquisición, limitando su observación a indicar que no hay constancia que los precios fueron razonables, sin probar dicha presunción, lo que es comprensible debido a que el Equipo de Auditores no pudo establecer un mercado para la contratación de este tipo de servicios especializados, ya que según la norma internacional versión 2016, como parte de su glosario establece "que un mercado activo es "un mercado en el que las transacciones de los activos o pasivos tiene lugar con frecuencia y volumen suficientes para proporcionar información para fijar precios sobre una base de negocio en marcha", en consecuencia, no puede afirmarse que los precios contratados no son razonables, retomando que para estos servicios por su grado de especialización no existe un volumen suficiente de transacciones dentro de nuestro país, debido a que el Proyecto el Chaparral es único, y que por sus características particulares ni si quiera es razonable compararlo con otros servicios similares en otros proyectos hidroeléctricos.

Para finalizar, el Equipo de Auditores no ha considerado que el valor de los servicios está en función de los beneficios que se obtienen por parte del adquiriente, es decir que si estos servicios producen un valor económico mayor a su costo a través de los ingresos que producirá en el futuro, la adquisición está debidamente justificada, ya que la viabilidad económica del proyecto muestra resultados positivos.

Por todo lo anterior, solicito que sean considerados los argumentos de hecho y de derecho que he mencionado en el presente escrito y como consecuencia sea desvanecida la presunta responsabilidad por el hallazgo antes relacionado."

## COMENTARIOS DE LOS AUDITORES

Analizamos los comentarios vertidos por el **Presidente de CEL**, [REDACTED]; **Director Suplente** [REDACTED]; **Ex Director Propietario** [REDACTED]; **Director Suplente** [REDACTED]; **Director Propietario** [REDACTED]; el **Director Propietario** [REDACTED]; **Exdirector Suplente** [REDACTED] relacionados con los literales a) y b), quienes expresan que no era aplicable generar competencia y que la Contratación Directa está sustentada en los artículos 71 y 72 de la LACAP; no obstante, aclaramos que la causal que lo motiva sí exige la competencia. En cuanto a que no fueron aprobados los Documentos de Solicitud de Oferta, si retomamos el artículo 41 de la LACAP dispone que la institución deberá emitir para toda adquisición los Instrumentos de Contratación, debe realizarlo la institución, por lo que de no ser autorizados por la Máxima Autoridad Institucional, ésta debe definir internamente quién o cual será la instancia que lo debe realizar, de lo cual no presentan evidencia de que exista una delegación expresa de quien aprobará dichos documentos. Por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

Analizamos los comentarios emitidos por el **Jefe UACI**, quien esta relacionado con el literal b), quien hace referencia que el artículo 18 de la LACAP establece que unicamente se aprobaran los documentos: bases de licitación o concurso, y no los Términos de

Referencia (TR) o Especificaciones Técnicas (ET) utilizados para modalidades de Libre Gestión y Contratación Directa; no obstante, hacemos la consideración siguiente:

Si retomamos el artículo 41 de la LACAP dispone que la institución deberá emitir para toda adquisición los Instrumentos de Contratación, debe realizarlo la institución, por lo que de no ser autorizados por la Máxima Autoridad Institucional, ésta debe definir internamente quién o cual será la instancia que lo debe realizar, a lo que no presenta evidencia de que exista una delegación expresa de quien aprobará dichos documentos.

Por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

Analizamos los comentarios vertidos por el **Exdirector del Proyecto**, relacionado con los literales a), b) y c), quien únicamente retoma el literal c) para argumentar, mencionando que: "Dicha normativa no regla el modo de proceder para la realización de la investigación de mercado requerida, es decir no establece parámetros o requisitos que deban de tomarse en cuenta al momento de su desarrollo, sino se limita únicamente a requerir su realización a fin de que la misma permita el desarrollo de un análisis que verifique la viabilidad técnica, económica, financiera, social o ambiental, necesaria para que la adquisición pueda realizarse, al estar la presente auditoría sujeta al principio de legalidad que rige las actuaciones del equipo auditor no existe fundamento legal que le permita justificar un hallazgo por deficiente investigación de mercado"; no obstante, se carece de documentación probatoria del referido Estudio de Mercado, por lo que no fue suficientemente documentado para esta contratación, a fin de corroborar que los datos históricos traídos a fechas actuales son los reales con los que podría ofertar una empresa.

Por lo tanto, la deficiencia se mantiene.

#### **IV. CONCLUSIÓN DE LA AUDITORÍA DE EXAMEN ESPECIAL**

Como resultado de nuestros procedimientos de auditoría, concluimos en lo siguiente:

- Para la continuidad del Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, debe obtenerse la Contrata de Concesión actualizada conforme el rediseño y plazo de ejecución del proyecto; así como la actualización de los permisos municipales y del Ministerio de Cultura, ya que se convierte en un riesgo eminente para la legalidad de la ejecución del proyecto.

#### **V. RECOMENDACIONES**

A fin de fortalecer la gestión institucional, emitimos las siguientes recomendaciones:

1. Recomendamos al señor Presidente de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), realice las gestiones ante la Asamblea Legislativa a fin de

obtener la Contrata de Concesión actualizada conforme el rediseño y plazo necesario para la ejecución del proyecto.

2. Recomendamos al señor Presidente de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), para que a través del Director Ejecutivo se actualicen los premisos municipales y el del Ministerio de Cultura.

## VI. ANÁLISIS DE INFORME DE AUDITORÍA INTERNA Y EXTERNA

Por falta de hallazgos en los resultados no fueron analizados para incorporar en el examen, informes de auditoría emitidos por la Unidad de Interna de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), siendo estos los siguientes:

- ✓ Informe Final del Examen Especial relacionado con los contratos suscritos bajo la figura de contratación directa, durante el período del 1 de enero de 2014 al 30 de abril de 2015.
- ✓ Informe Final de Examen Especial relacionado con procesos de contratación, adjudicación y ejecución de los contratos relacionados al proyecto hidroeléctrico el chaparral, para el período comprendido del 1 de enero de 2015 al 30 de abril de 2016. Contrato CEL-5321-S Suministro y Montaje de Equipos Electromecánicos en la Central Hidroeléctrica El Chaparral.

Y con respecto a los informes de Auditoría Externa, de acuerdo a lo expresado por la Administración no se ha efectuado ninguno que corresponda al período objeto de examen.

## VII. SEGUIMIENTO A RECOMENDACIONES DE AUDITORÍAS ANTERIORES

Por no contener recomendaciones, no se realizó el correspondiente seguimiento en los siguientes informes de auditoría:

- “Informe de Examen Especial a la Ejecución del Contrato Llave en mano N°. CEL-4143-S, suscrito entre CEL y la Empresa Astaldi S.P.A. para la construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral, por periodo del 05 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011 y la adjudicación y ejecución del Contrato N°. CEL-4177-S, suscrito entre CEL y El Consorcio Ingenieros Consultores Civiles y Eléctricos S.A y Euroestudios S.L. para la prestación de servicios de supervisión a la construcción de la Central Hidroeléctrica El Chaparral, por el período del 05 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2013”.

- “Examen Especial al proceso de Licitación, Adjudicación y Contratación de la Central Hidroeléctrica el Chaparral, realizado por la Comisión Ejecutiva del Río Lempa (CEL), período del 01 de enero al 30 de septiembre de 2008”.
- “Examen Especial al proceso de Liquidación del Contrato No. CEL-4143, suscrito entre CEL y la Empresa Astaldi, para la construcción de la Central Hidroeléctrica el Chaparral, por el período del 1 de enero al 31 de diciembre de 2012”.

Este informe se refiere al Examen Especial a La Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), para verificar el cumplimiento de aspectos legales y técnicos aplicables a los procesos de Contrataciones Directas relacionados con el Proyecto Hidroeléctrico El Chaparral, adjudicados en 2015 y su correspondiente ejecución durante el período del 1 de enero de 2015 al 30 de septiembre de 2016 y se ha preparado para informar a los funcionarios actuantes sobre los resultados y se remitirá a la Coordinación General Jurisdiccional para su debido proceso.

San Salvador, 19 de febrero de 2019.

**DIOS UNIÓN LIBERTAD**

  
**Director de Auditoría Cuatro**



Esta es una versión pública a la cual se le ha suprimido la información confidencial o declarada reservada de conformidad con la Ley de Acceso a la Información Pública

## ANEXO 1

Los expedientes examinados fueron los siguientes:

No.	Descripción	Fecha de Adjudicación	Monto Adjudicado	Nombre de la Empresa
CD 03/15	Elaboración de Informe de Análisis de resultados de campaña geológica/geotécnica en el proyecto hidroeléctrico El Chaparral.	23/01/2015	\$108,000.00	DISEÑO Y CONSTRUCCIONES CIVILES S.A. DE C.V. (DYCSA) S.A. DE C.V.)
CD 04/15	Asesoría Técnica Especializada para el diseño del proyecto hidroeléctrico El Chaparral en el nuevo eje.	11/06/2015	\$1,553,007.02	CONSTRUCCIONES E INVERSIONES S.A. DE C.V. (CONINVER, S.A. DE C.V.)
CD 05/15	Primera Fase de Estudios geológicos y geotécnicos para el diseño del proyecto hidroeléctrico el chaparral en el nuevo eje.	24/06/2015	\$241,730.00	RODIO SWISSBORING EL SALVADOR S.A. DE C.V.
CD 08/15	Segunda fase de estudios geológicos y geotécnicos para el diseño del proyecto hidroeléctrico el chaparral en el nuevo eje.	17/09/2015	\$232,405.00	RODIO SWISSBORING EL SALVADOR S.A. DE C.V.
CD 10/15	Suministro y Montaje de los Equipos Electromecánicos.	07/12/2015	\$62,049,627.43	TYAZHMASH S.A.A.