



MARA QUINTA DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA, San Salvador, a las once horas y veinte minutos del día trece de diciembre del año dos mil doce.

El Juicio de Cuentas Número **CAM-V-JC-029-2011-9**, ha sido diligenciado con base al **Informe Definitivo del Examen Especial al Proceso Final del Contrato No, 85/2005, Relacionado con la Pavimentación del Camino Rural Santa Ana – San Pablo Tacachico**, correspondiente al período del uno de enero de dos mil siete al treinta de septiembre de dos mil nueve, practicado al **Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano**, en el que aparecen relacionados como funcionarios actuantes los señores: Licenciado **Jorge Isidoro Nieto Menéndez**, Ministro de Obras Públicas y Licenciada **Ile María Guadalupe Calderón Giralt de Carpio**, Gerente Legal, quienes actuaron durante todo el periodo auditado.

Han intervenido en esta Instancia la Fiscalía General de la República, por medio de su Agente Auxiliar, la Licenciada **Lidisceth del Carmen Dinarte Hernández**, como Apoderado General Judicial el Licenciado **Harold César Lantan Barrientos**, del Licenciado **Jorge Isidoro Nieto Menéndez**, y en su carácter personal la Licenciada **Ile María Guadalupe Calderón Giralt de Carpio**.

LEIDOS LOS AUTOS;

Y CONSIDERANDO:

I.- Que con fecha uno de abril de dos mil once, esta Cámara recibió el Informe de Examen Especial proveniente de la Coordinación General Jurisdiccional de esta Corte, el cual se dio por recibido mediante auto emitido a las diez horas treinta minutos del día cinco de abril de dos mil once, que corre agregado a folio 15 frente, se procedió al análisis del mismo para iniciar el correspondiente Juicio de Cuentas, a efecto de establecer los reparos atribuibles a cada uno de los funcionarios actuantes, mandándose en el mismo auto a Notificar al Fiscal General de la República, acto procesal de comunicación que consta a folio 16 frente, todo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de esta Institución.

II.- A fs. 17 frente se encuentra agregado el escrito, credencial y acuerdo presentado por la Licenciada **Lidisceth del Carmen Dinarte Hernández**, en el carácter



de Agente Auxiliar del señor Fiscal General de la República, a quién se le tuvo por parte tal como consta de fs. 19 vuelto a fs. 20 frente, según auto emitido a las catorce horas treinta minutos del día tres de junio de dos mil once, todo de conformidad al Art. 67 de la Ley de La Corte de Cuentas de la República,

III.- De acuerdo a lo establecido en el Artículo 67 de la Ley de esta Institución, esta Cámara previo análisis al Informe de Examen Especial, emitió a las nueve horas treinta minutos del día veintiséis de septiembre del año dos mil once, el Pliego de Reparos número **CAM-V-JC-029-2011-9**, conteniendo **el REPARO ÚNICO** en el que se atribuye Responsabilidad Patrimonial tal como lo estipula el Artículo 55 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, el cual corre agregado de folio 21 a folio 22 ambos vuelto, en el que ordena el emplazamiento de las personas mencionadas en el preámbulo de la presente Sentencia y concediéndoles el plazo legal de **QUINCE (15) DÍAS HÁBILES**, para que hicieran uso de su derecho de defensa y se manifestaran sobre el Reparado atribuido en su contra. Dicho Pliego de Reparos fue emplazado a los funcionarios actuantes, y notificado al señor Fiscal General de la República, según consta de fs. 23 a fs. 25 ambos frente.

IV.- Haciendo uso de su Derecho de Defensa, el Licenciado **Jorge Isidoro Nieto Menéndez**, por medio de su de Apoderado General Judicial Licenciado **Harold César Lantan Barrientos**, presenta escrito de fecha nueve de diciembre de dos mil once, agregado de fs. 26 a fs. 28 ambos frente, que en lo conducente manifiesta: **“Reparo Único, (Responsabilidad Patrimonial) I. Falta de imputabilidad de mi representado del reparo señalado. Violación a la seguridad jurídica.** En el Reparado patrimonial señalado por la Auditoría de la Corte de Cuentas, existe falta de imputabilidad de mi representado puesto que el origen y causa de la supuesta deficiencia no es ni jurídicamente ni fácticamente atribuible a éste. No existe fundamentación legal en el reparado que vincule a mi representado por la actuación de un tercero que es el génesis de la observación; la relación de causalidad invocada por la Auditoría no implica participación de mi representado en el origen del reparado. Asimismo fácticamente no puede existir responsabilidad por un supuesto error o negligencia ajena; en síntesis la atribución de responsabilidad realizada por la Auditoría de Cuentas ha sido arbitraria en este aspecto y viola el derecho constitucional a la seguridad jurídica de mi representado. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ya ha sentado un precedente importante al respecto en los siguientes términos: “la seguridad jurídica es, desde la perspectiva del derecho constitucional, la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la



persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público. Puede presentarse en dos manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y a segunda en su faceta subjetiva, como certeza del derecho, es decir, como proyección, en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad"(Sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99, considerando II2). Aunado a lo anterior es pertinente citar el inciso final del artículo ochenta y seis de la Constitución de la República, el cual establece: "Los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la Ley" Lo anterior se conoce doctrinariamente como el principio de legalidad de la administración pública; dicho principio: "... significa el sometimiento o subordinación de la administración pública al bloque jurídico, comprendiendo la condición de que la administración debe actuar siempre con arreglo al derecho..."(ESCOLA, Héctor Jorge; Compendio de Derecho Administrativo; Ed. Desalma Buenos Aires; 1990; p.154). Una de las consecuencias del principio de legalidad es que, los actos de alcance individual dictado por la administración, no pueden contradecir, ni hallarse en oposición con ninguna ley formal, ni con ningún reglamento, sino que deben sujetarse y fundamentarse en ellos, La legalidad atribuye potestades a la administración, otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, habilita a la administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta como ejercicio de un poder atribuido previamente por el ordenamiento jurídico." Basta la simple lectura del reparo en referencia al origen de la supuesta deficiencia para ilustrar los extremos de los argumentos de defensa invocados (la negrilla es nuestra). **Deficiencia: se originó debido a que la Gerente Legal, no consideró el valor de las cantidades de obra contractual, dejadas de ejecutar para determinar el monto a reclamar, en concepto de fianza de fiel cumplimiento del contrato, causando que el señor Ministro reclamara a la Aseguradora del Seguros del Pacífico S.A. y denunciar ante la Fiscalía General de la República un monto menor." II. Error técnico y arbitrariedad en el reparo señalado.** Sin perjuicio de los argumentos jurídicos invocados en el romano primero de la presente contestación que liberan de responsabilidad alguna ami representado, es pertinente establecer lo siguiente: Hay un craso error técnico, arbitrariedad y desconocimiento jurídico por parte de la Auditoria de Corte de Cuentas en el reparo señalado. La Auditoria establece que la cantidad a reclamar en la fianza es (Es importante hacer notar que ni tan siquiera existe concordancia en las cifras, la negrilla es nuestra): "El 10% de \$3,656.63 correspondiente al monto de la partida no ejecutadas por el contratista, haciendo un total de \$365,683.36. Es pertinente señalar además que en ningún momento de lectura de los informes previos a esta fase o en la notificación del reparo, la auditoría ha facilitado acceso o explicado a mi representado el cálculo de la cifra por ellos expresado; es decir no sólo se ha violado el derecho de defensa sino que se atenta al principio de la carta de la prueba; el que afirma debe probar sus extremos. La referida inversión de la



regla de la carga de la prueba también viola los derechos constitucionales de mi representado. Aunado a lo anterior; si la prueba aportada al proceso para comprobar los extremos de la aseveración de la Auditoría de Corte de Cuentas es la mera opinión "experta" de ésta (en contradicción a la del administrador del contrato y la empresa supervisora); estaríamos en presencia de una flagrante violación al debido proceso porque la institución contralora sería perito y juez a la vez. El cobro de la fianza ha sido correcto: se ha reclamado el diez por ciento del 21.3% correspondiente al porcentaje físico dejado de ejecutar, multiplicado por un monto contractual de \$7,492,427.31 haciendo un total de \$159,588.70. Lo que Auditoría no ha podido comprender hasta la fecha es que el cobro de una fianza sobre todo por parte del Estado no puede ser arbitraria, tiene que fundamentarse, caso contrato habría un enriquecimiento ilícito por parte de la administración y una violación al Estado de Derecho y Derechos constitucionales del contratista. Por ello es necesario establecer la cuantía y el valor de las obligaciones contractuales (Art. 36 LACAP) que se han dejado sin ejecutar por parte del contratista. La prueba técnica idónea para realizar este cálculo es la prueba técnica documental consistente en: El acta de recepción de obras ejecutadas parcialmente de fecha 20 de junio de dos mil ocho; y la recomendación de la empresa supervisora del proyecto NHA Compañía de Ingenieros S.A. de C.V., mediante nota Ref-SA/SPT-30/01/2008-01 Y Ref-SA/SPT-20/05/2008-01. Con dicha prueba se comprueba que el avance físico total en el proyecto cuestionado fue de un 78.7%, quedando obligaciones por cumplir equivalentes al 21.3%.

III. No objeción del Banco. En corroboración a que el cálculo de la cuantía de la fianza fue correctamente realizado, es pertinente establecer que el BID, luego de declararse la caducidad del contrato; no cuestionó la nueva contratación para finalizar el tramo no ejecutado. El contrato de préstamo con dicho Banco en el capítulo quinto de la segunda parte denominado "NORMAS GENERALES", del convenio No. 1,314/OC-ES, contiene la cláusula siguiente: "Suspensión de desembolsos y vencimiento anticipado", cuyo artículo 5.01 establece lo siguiente: "Suspensión de desembolsos. El Banco, mediante aviso escrito al prestatario, podrá suspender los desembolsos, si surgen y mientras subsiste, alguna de las circunstancias siguientes:,,, (b) el incumplimiento por parte del prestatario de cualquier otra obligación estipulado en el o los contratos suscritos con el Banco para financiar el proyecto." Para comprobar los extremos de esta aseveración se pide la exhibición por parte del Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, de la nota Ref..CES-4349/2008 suscrita por German Cruz especialista sectorial del BID. De fecha 3 de diciembre de 2008.

IV. PRUEBAS. En ese orden de ideas, se solicitan las siguientes diligencias probatorias: A. Exhibición de los siguientes documentos por parte del Ministerio de Obras Públicas, transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, cuyas oficinas se encuentran ubicadas en Alameda Manuel Enrique Araujo Km 5 ½ Carretera a Santa Tecla Complejo MOP, contiguo a CIFCO, San Salvador: a.1. Acta de recepción de obras ejecutadas parcialmente de fecha 20 de junio de dos mil ocho. A.2. La recomendación de la empresa supervisora del proyecto NHA Compañía de Ingenieros S,A, de C.V., mediante notas Ref-SA/SPT-30/01/2008-01 y Ref SA/SPT-20/05/2008-01. a.3.



5164

Requerimiento de pago de la fianza de fiel cumplimiento FG-15,242 hecho a la Compañía aseguradora con fecha 25 de junio de 2008. a.4. Nota Ref. DMOP-GL936/2008; la cual contiene requerimientos a la Fiscalía General de la República para diligenciar el pago de la fianza del contrato. A.5. Resolución de caducidad del contrato N085/2005, emitida por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, a las ocho horas y cinco minutos del día treinta de abril de dos mil ocho (exp. SANC-02-08. a.6. Liquidación del proyecto. A.7. Nota Ref. CES-4349-2008 suscrita por German Cruz especialista sectorial del BID, de fecha 3 de diciembre de 2008. B. Prueba pericial: Con el objeto de comprobar si el cálculo del cobro de la fianza de anticipo otorgada por el contratista, fue cobrada de la forma y por la cuantía correcta y de conformidad o en contravención al avance físico de la obra solicitamos la práctica de prueba pericial, para tal efecto designamos de nuestra partes como perito al Ingeniero NELSON EDGARDO QUEVEDO MORENO, mayor de edad, Ingeniero, del domicilio de Santa Tecla, Departamento de La Libertad, con Documento Único de Identidad número cero cero siete ocho cinco uno ocho cinco –cero, dirección Colonia Utila, Final Trece Avenida Sur, Número seis-f, Santa Tecla, Departamento de la Libertad...

V.- Haciendo uso de su Derecho de Defensa, la Licenciada ILE MARIA GUADALUPE CALDERON GIRAL DE CARPIO, presenta escrito de fecha veintidos de diciembre de dos mil once, agregado de fs. 31 frente a fs. 32 vuelto, que en lo conducente manifiesta: "" **EXPONGO:** i. Que se me ha emplazado de la **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL** derivada –según criterio de los señores Auditores- del incumplimiento al Artículo 36 de la Ley de Adquisición y contrataciones de la Administración Pública, y Artículo 34 del Reglamento Interno Institucional del Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, Título III, juntamente con el Licenciado Jorge Isidoro Nieto Menéndez, Ex – Ministro de obras Públicas, por el supuesto error en el monto reclamado de la Fianza de Fiel Cumplimiento de contrato del Contrato en referencia. ii. Que el Art. 5 numerales 10 y 11 de la Ley de la Corte de Cuentas establece como atribuciones y función de la Corte de Cuentas: "10) requerir a funcionarios y empleados que hagan efectivo el cobro de las obligaciones a favor de las entidades y organismos del sector público..."; 11) Declarar la responsabilidad administrativa o patrimonial, o ambas en su caso" iii. Que en cuanto a la "responsabilidad patrimonial" señala el Art. 55 de la Ley de la Corte de Cuentas que..."se determinará en forma privativa por la Corte, por el perjuicio económico demostrado en la disminución del patrimonio sufrido por la entidad u organismo respectivo, debido a la acción u omisión culposa de sus servidores o de terceros". Dentro de este contexto, jurídicamente debe definirse el momento en que surge la responsabilidad a cargo de los servidores públicos, y es en el momento que se ejecuta la acción o se deja de hacer de manera culposa aquello que en forma comprobable haya causado una disminución del patrimonio de la entidad. En el caso que nos ocupa, el criterio de los señores Auditores difiere del criterio de la



suscrita en cuanto a la forma en que se determinó el monto a reclamar de la Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato No. 85/2005, por los argumentos que expresé en su oportunidad, mediante escrito de fecha 16 de febrero de 2011, dirigido a la licenciada Coralia Ester Cuchillas de Hernández, como Jefe de Equipo de la Dirección de Auditoría Cinco y que –en fotocopia- adjunto al presente escrito, como **Anexo I**, el cual debe formar parte del expediente correspondiente al Examen Especial practicado y que ha dado origen al presente proceso. Sin embargo, es importante hacer notar que del Informe Final emitido por los señores Auditores en el expresado examen, no se determina la existencia de **responsabilidad alguna** a cargo de la suscrita ni del Ex Ministro, por cuanto a la fecha de la Auditoría no podría hablarse de la existencia de ninguna **disminución del patrimonio del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano (En adelante (MOPTVDU))** aun cuando se asumiera como acertado el criterio de los señores Auditores en su interpretación sobre la forma de calcular el valor del reclamo. Esto por tres razones Fundamentales: a) El plazo para exigir el cumplimiento de la fianza aún no había prescrito. B) A la fecha de la Auditoría no existía “de manera demostrable” que hubiere una disminución en el patrimonio del **MOPTVDU**, causado por el monto reclamado. c) La resolución de caducidad que ordenó la ejecución de la fianza es objeto de un proceso **contencioso administrativo**, donde aún se discute sobre la legalidad del acto, por lo que la resolución que ordenó la reclamación de la fianza en el porcentaje que manda la Ley, aún no puede definirse como un acto firme (**Anexo II**); no obstante en su oportunidad se hicieron las reclamaciones correspondientes, aprovechando que a instancia del **MOPTVDU**, se obtuvo resolución favorable de la Sala de lo contencioso que revocó la suspensión del acto reclamado, más aún se encuentra pendiente de resolución definitiva la legalidad del acto reclamado. Es así como del Informe Final de Auditoría, de fecha 31 de marzo de 2011 y que me fue notificado mediante nota Ref. DA5-083-2011 de esa misma fecha, concluye con una **RECOMENDACIÓN**, para la actual administración del **MOPTVDU**, (**Anexo III**) que a la letra dice así: **Recomendamos** al Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, gestionar ante la Fiscalía General de la República **la aplicación de la denuncia al momento de US \$365,683.36**, correspondiente a la Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato No. 85/2005 del Proyecto “Pavimentación del Camino Rural Santa Ana”... Al respecto, el Art. 48 de la Ley de la Corte de Cuentas establece que... “Las recomendaciones de auditoría serán de **cumplimiento obligatorio**, en la entidad u organismo, y por tanto objeto de seguimiento por el control posterior interno y externo.” Con lo anterior, queda establecido que **NO ES ATRIBUIBLE** a la suscrita **responsabilidad patrimonial alguna por los hallazgos cuestionados**, por cuanto debía existir una disminución en el patrimonio del **MOPTVDU** por mi gestión realizada como servidora pública para que fuere válida la deducción de responsabilidad imputada, lo cual del mismo informe se advierte que **no ocurrió**. Por tanto, **el Informe concluye con una recomendación que permitirá a las actuales autoridades hacer la reclamación** en la forma que conforme el criterio establecido por los señores Auditores consideran que es lo pertinente, dado que el plazo para la



7165

reclamación de las fianzas aún estaba vigente y era posible ejecutar aquellas acciones que garantizaran hacer el reclamo conforme el criterio de los Señores Auditores. En ese sentido, la disminución del patrimonio del MOPTVDU deberá considerarse por los señores Auditores de esa honorable Corte de Cuentas, como resultado de un control posterior a la recomendación formulada en el resultado de la Auditoría practicada, en el que se determine el cumplimiento o no de lo recomendado, es decir la ampliación de la reclamación de la ejecución de la fianza que nos ocupa; más no corresponde a este momento el atribuir responsabilidad alguna sobre el particular a mi persona por **una acción que no me corresponde ejecutar**, en virtud que a la fecha de la recomendación su servidora había dejado ser parte de los servidores públicos de la Institución auditada, de lo que no puede deducirse a mi cargo **culpabilidad alguna**. Dicho lo que antecede, con todo respeto, vengo a contestar en forma **NEGATIVA** la responsabilidad que se me atribuye, y a solicitar con los argumentos esgrimidos se tenga por suficientemente desvirtuada la responsabilidad que se me atribuye y en sentencia definitiva se declare **DESVANECIDA** la responsabilidad consignada en el juicio y me **ABSUELVA** del reparo, aprobando mi gestión sobre la gestión auditada"...

VI.- Por auto que se encuentra agregado de fs. 48 a fs. 49 ambos vuelto, emitido a las once horas treinta minutos del día siete de junio de dos mil doce, esta Cámara admitió los escritos presentados por los cuentadantes y la documentación relacionada, previo a resolver sobre la solicitud de Peritaje se ordenó girar oficio al Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, a fin de que pusiera a disposición de esta Cámara el Original de la documentación que se necesitaría para la realización de la respectiva diligencia, señalándose asimismo hora lugar y fecha.

VII.- Por auto que se encuentra agregado de fs. 120 vuelto a fs. 121 frente, emitido a las once horas treinta minutos del día dos de octubre de dos mil doce, se ordenó girar oficio a la Coordinación General Jurisdiccional con el propósito que se designará un Perito Técnico, dándole por recibido a dicha designación como consta de fs. 123 vuelto a fs. 124 frente, señalando día y hora para la realización de tal diligencia, suspendiéndose tal diligencia de peritaje e inspección programada, por haber solicitado el Licenciado Lantan Barrientos, la revocatoria de dicho auto, por haber solicitado se designara como perito de la Parte al Ingeniero Nelson Edgardo Quevedo Moreno, situación que por auto que se encuentra agregado de fs. 128 vuelto a fs. 129 frente, emitido a las once horas veinte minutos del día dos de julio de dos mil doce, se pide oír a la Representación Fiscal, por el término de tres días hábiles, suspendiéndose el acto de juramentación del perito.



VIII.- Según consta de fs. 133 vuelto a fs. 134 frente, emitido a las ocho horas treinta minutos del día veintidós de octubre de dos mil doce, se tiene por recibida la opinión fiscal vertida, señalándose en el mismo auto, nueva fecha para la realización de la diligencia.

IX.- De conformidad a los Arts. 356 y 367 del Código de Procedimientos y Art. 20 del Reglamento para el Cumplimiento de la Función Jurisdiccional de fs. 134 vuelto a fs. 135 frente, se designó como perito al Ingeniero **Nelson Edgardo Quevedo Moreno**, quien fue legalmente juramentado, según consta a fs. 141 frente, y de fs. 156 vuelto a fs. 157 frente, se encuentra el auto de las trece horas cuarenta y cinco minutos del día cuatro de diciembre de dos mil doce, por medio del cual se dio por recibido los Informes presentados por los Peritos, teniendo como resultado el informe que corre agregado, a fs. 144 frente, que en lo medular establece: "*****Concluyo: Que el cálculo del cobro de la fianza de Fiel Cumplimiento otorgada por el contratista, fue cobrada de la forma y cuantía correcta y de conformidad al avance físico.*****"

X.- De conformidad a los Arts. 356 y 367 del Código de Procedimientos y Art. 20 del Reglamento para el Cumplimiento de la Función Jurisdiccional de fs. 123 vuelto a fs. 124 frente, se designó como perito al Arquitecto **Carlos Manuel Deras Tablas**, quien fue legalmente juramentado, según consta a fs. 140 frente, y de fs. 156 vuelto a fs. 157 frente, se encuentra el auto de las trece horas cuarenta y cinco minutos del día cuatro de diciembre de dos mil doce, por medio del cual se dio por recibido los Informes presentados por los Peritos, teniendo como resultado el informe que corre agregado, de fs. 145 frente a fs. 156 vuelto, que en lo medular establece: "*****Comentarios: Se ha considerado dentro del análisis, los antecedentes del proyecto y la evidencia del acta de recepción de obras ejecutadas de forma parcial por parte del supervisor de obra, eso viene a confirmar hasta dónde se llegó con el avance físico y cuánto es lo que queda por realizar. Según datos de Cuaatro No 1.2 En el detalle de cantidad según prueba documental presentada el 06 de noviembre 2012 **No existe Observación** ya que la cantidad solicitada de la garantía de Fianza de Fiel cumplimiento es la equivalente a obra no ejecutada, ya que se exigió en proporción de las obligaciones contractuales que no se habían cumplido. Conclusiones: Que en base al análisis de la documentación y de los cálculos resultantes de la medición de campo se determinó que: En el Proyecto "Pavimentación del Camino rural Santa Ana, San Pablo Tacachico" en el detalle que el MOPTVDU, dejó de reclamar a la Compañía de Seguros del Pacífico, la cantidad de



Doscientos seis mil noventa y cuatro dólares 66/100 (\$206,094.66) al solicitar el pago de la fianza de fiel cumplimiento del contrato **NO HAY OBSERVACIÓN** ya que la cantidad solicitada de la garantía de Fianza de Fiel Cumplimiento, se exigió en proporción de las obligaciones contractuales que no se habían cumplido. "*****"

XI.- Por auto de fs. 156 vuelto a fs. 157 frente, se dio por recibido los Informes Periciales y de conformidad con lo establecido en el Art. 69 inciso final de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, se concedió audiencia a la Fiscalía General de la República por el término de Ley, para que se pronunciara sobre las argumentaciones expuestas por los presuntos responsables.

XII.- De fs. 159 a fs. 160 ambos frente, corre agregada la opinión fiscal vertida por la Licenciada **Lidisceth del Carmen Dinarte Hernández**, en su calidad de Agente Auxiliar del señor Fiscal General de la República, en la que evacuó el traslado conferido, manifestando lo siguiente: "*****"Reparo Único. Responsabilidad Patrimonial. Se comprobó que el Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, dejó de reclamar a la compañía Seguros del Pacífico S.A., la cantidad de \$ 206,094.66 al solicitar el pago de la fianza del fiel cumplimiento del contrato, sin tomar en cuenta el valor de las cantidades de obra contractual, dejadas de ejecutar, para reclamar en concepto de fianza de fiel cumplimiento del contrato... de este hallazgo, se solicito por medio del Apoderado en primer lugar se requirió documentación a el MOP, luego se requirió practicara inspección en la documentación a efecto de determinar si se confirmaba el hallazgo o no, siendo que se juramento a los peritos y estos rindieron informe por separado en la que el ingeniero Quevedo moreno concluye que "el cálculo del cobro de la fianza de fiel cumplimiento otorgada por el contratista fue cobrada de forma y cuantía correcta y de conformidad al avance físico", por otra parte, el Arquitecto Deras Tablas, en su conclusión dice "que en el proyecto "pavimentación del camino Rural Santa Ana San Pablo Tacachico, en el detalle que MOPTVDU, dejó de reclamar a la compañía de seguros del pacífico la cantidad de \$206,094.66, al solicitar el pago de la fianza de fiel cumplimiento del contrato no hay observación ya que la cantidad solicitada de la garantía de fianza de fiel cumplimiento se exigió en proporción de las obligaciones contractuales que no se habían cumplido" siendo unánime la conclusión de ambos peritos, por lo que la representación fiscal es de la opinión que el reparo se supera, ya que los técnicos son del criterio que lo actuado por los servidores actuantes esta conforme a la proporción de las obligaciones contractuales. Es de hacer mención



que en base al Art. 69 Inc. 3 de la Ley de la corte de cuentas de la República a esta representación fiscal se le otorga audiencia con el fin de emitir su opinión jurídica en cuanto a los argumentos y pruebas presentadas por lo cuentadantes, en el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción, opinión que es basada en el principio de legalidad Art. 11 y 12 de la Constitución de la República, es decir que toda acción atribuible a los reparados tiene que fundarse en la respectivas leyes, normas de acuerdo a cada caso, aprobadas con anterioridad a los hechos (incumplimientos a la Ley respectiva) que se les atribuyen, y como Defensor de los Intereses del Estado en base al Art. 193 No. 1 de la Constitución. Considero que con los argumentos presentados y el peritaje realizado se supera el hallazgo, debido a que no hubo un detrimento patrimonial en el MOPTVDU, en razón de ello solicito una sentencia conforme a derecho corresponda en base al art. 69 Inc. 2 de La Ley de La Corte de Cuentas.

XII.- Por auto emitido a las diez horas cincuenta minutos del día once de diciembre del presente año, que se encuentra agregado de fs. 160 vuelto a fs. 161 frente, esta Cámara tuvo por evacuado el traslado conferido al señor Fiscal General de la República, ordenando al mismo tiempo la Sentencia de Mérito.

XIII.- Analizadas las explicaciones dadas por los funcionarios actuantes, pruebas de descargo presentadas, Informes Periciales presentados y la opinión de la Fiscalía General de la República, con respecto a la Responsabilidad Patrimonial establecida en el Reparación Única, esta Cámara se pronuncia de la manera siguiente: **REPARO ÚNICO, (Responsabilidad Patrimonial)** De conformidad con el **Informe Definitivo del Examen Especial al Proceso Final del Contrato No. 85/2005**, relacionado con la **Pavimentación del Camino Rural Santa Ana – San Pablo Tacachico**, durante el período del uno de enero de dos mil siete al treinta de septiembre de dos mil nueve, realizado al Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano. Se comprobó que el Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, dejó de reclamar a la Compañía Seguros del Pacífico S.A., la cantidad de \$206,094.66, al solicitar el pago de la fianza de fiel cumplimiento del contrato. Atribuido al Licenciado Jorge Isidoro Nieto Menéndez, y Licenciada Ileana María Guadalupe Calderon Giralt de Carpio. Quienes al hacer uso de su Derecho de Defensa y Audiencia constitucionalmente conferidos, en lo esencial de sus exposiciones manifestaron que el cobro de la fianza fue correcto ya que se reclamó el diez por ciento del 21.3% correspondiente al porcentaje



físico dejado de ejecutar, multiplicado por un monto contractual de \$7,492,427.31, lo que hacían un total de \$159,588.70. Sostienen además, que Auditoría no pudo comprender es que el cobro de una fianza sobre todo por parte del Estado no puede ser arbitraria, tiene que fundamentarse, caso contrato habría un enriquecimiento ilícito por parte de la administración y una violación al Estado de Derecho y Derechos constitucionales del contratista. Continúan manifestando que para establecer la cuantía y el valor de las obligaciones contractuales que se habían dejado sin ejecutar por parte del contratista, era necesaria la prueba técnica idónea para realizar este cálculo, como la prueba técnica documental consistente en: El acta de recepción de obras ejecutadas parcialmente de fecha 20 de junio de dos mil ocho; recomendación de la empresa supervisora del proyecto NHA Compañía de Ingenieros S.A. de C.V., mediante nota Ref-SA/SPT-30/01/2008-01 Y Ref-SA/SPT-20/05/2008-01. Aduciendo que con dicha prueba se justifica que el avance físico total en el proyecto cuestionado fue de un 78.7%, quedando obligaciones por cumplir equivalentes al 21.3% del citado proyecto. Al respecto el representante del Señor Fiscal General de la República, al verter su opinión, en lo medular enuncia que siendo unánime la conclusión de ambos peritos, en cuanto a que el cálculo del cobro de la fianza de fiel cumplimiento otorgada por el contratista fue, cobrada de forma y cuantía correcta y de conformidad al avance físico, por lo que considera que con los argumentos presentados por los servidores actuantes y el peritaje realizado se supera el hallazgo, debido a que no hubo detrimento patrimonial en las arcas del Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, (MOPTVDU). En ese orden de ideas, esta Cámara, al analizar el Reparo cuestionado, es del criterio que habiéndose revisado cuidadosamente la documentación presentada por los funcionarios actuantes, y haberse ordenado el peritaje respectivo, por los profesionales idóneos en la materia, se concluye que en ningún momento existió detrimento patrimonial en el **Contrato No, 85/2005, Relacionado con la Pavimentación del Camino Rural Santa Ana – San Pablo Tacachico, del Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano**, ya que los dos peritos son unánimes en cuanto a que al momento de solicitar el pago de la fianza de fiel cumplimiento del contrato se realizó de conformidad a la proporción de las obligaciones contractuales que no se habían cumplido, pues lo que se reclamó fue el diez por ciento del 21.3% correspondiente al porcentaje físico dejado de ejecutar, cantidad que al ser multiplicada por el monto contractual de \$7,492,427.31 hacían un total de \$159,588.70. En ese contexto los suscritos jueces son de la opinión que no hubo incumplimiento al Artículo 36 de la Ley de





CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA



197

MARA QUINTA DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA: San Salvador, a las nueve horas cuarenta minutos del día tres de enero de dos mil trece.

Transcurrido el término legal establecido y no habiendo interpuesto recurso alguno de conformidad con lo dispuesto en el Art. 70 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, esta Cámara **RESUELVE:** Declárase ejecutoriada la **Sentencia Definitiva** que corre agregada de folios 161 a folios 167 ambos vuelto del presente proceso.

Librese la respectiva ejecutoria; al efecto, pase el presente Juicio de Cuentas a la orden de la Presidencia de esta Institución.

NOTIFIQUESE.




Ante mí


Secretario de Actuaciones


Cám. 5ª de 1ª Inst.
CAM- V-JC- 029-2011-9
Ref. Fiscal 191-DE-UJC-6-2011
Ljdecerén



CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO



INFORME DEFINITIVO DEL EXAMEN ESPECIAL
AL PROCESO FINAL DEL CONTRATO N° 85/2005,
RELACIONADO CON LA PAVIMENTACION DEL CAMINO
RURAL SANTA ANA - SAN PABLO TACACHICO, PERIODO
DEL 1 DE ENERO DEL 2007 AL 30 DE SEPTIEMBRE 2009.
MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE,
VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO



SAN SALVADOR, MARZO DEL 2011

INDICE

CONTENIDO	PAG.
I. Antecedentes del Examen	1
II. Objetivos del Examen	2
III. Alcance y Resumen de Procedimientos Aplicados	2
IV. Resultados del Examen	3
V. Conclusiones	11
VI. Recomendación	12



Licenciado

Jorge Isidoro Nieto Menéndez
Exministro de Obras Públicas, Transporte,
Vivienda y Desarrollo Urbano
Presente.

I. ANTECEDENTES DEL EXAMEN

En cumplimiento al Art. 5, numeral 1, de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, lo dispuesto en el Art. 34 del Reglamento Orgánico Funcional de esta Corte y a solicitud de la Seguros del Pacífico, S.A.; realizamos Examen Especial al Proceso Final del Contrato N°85/2005, celebrado por el Ministerio de Obras Públicas, Vivienda, Transporte y Desarrollo Urbano(MOPTVDU), con la Empresa E.S. CONSTRUCTORES, S.A. DE C.V. para la ejecución del Proyecto denominado "Pavimentación del Camino Rural Santa Ana-San Pablo Tacachico, el proyecto según contrato, tenía un plazo de quinientos un días calendarios, iniciando el 16 de enero del 2006 y finalizando el 31 de mayo 2007, habiendo concluido dicho plazo contractual, la empresa no finalizó la ejecución de la obra, presentando un avance físico del 74.6%. Posterior a la finalización del tiempo contractual, el contratista continuó laborando durante 229 días (15 de enero del 2008), logrando un 78.7% en el avance del proyecto; por lo que el MOPTVDU, inició el proceso de caducidad del contrato, el cual finalizó el día 30 de abril del 2008, resolviendo en el expediente N° 02-08, lo siguiente:



1. Resuelve declarar culpable al contratista por la mora en el cumplimiento en el plazo contractual.
2. Declarar caduco el contrato por incumplimiento imputable al contratista.
3. Hacer efectivo el valor de la Garantía por Buena Inversión del Anticipo, por el monto no amortizado y la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, de conformidad al porcentaje de avance de la obra.

Información Financiera

CONCEPTO	MONTO	%
Monto del Contrato	US \$ 7,492,427.31	
Monto de Obra Ejecutada Según Contrato	US \$ 3,835,593.68	51.11
Monto de Obra No Ejecutada	US \$ 3,656,833.63	48.89
Monto de Obra Ejecutada Fuera de Contrato	US \$ 524,330.53	
Monto de Obra Deteriorada	US \$ 286,257.72	

DETALLE DE ANTICIPO OTORGADO Y AMORTIZACIONES				
CONCEPTO	PRESTAMO	CONTRAPARTIDA	IVA FONDO	TOTAL
	BID-1314 US\$	FDO GRAL US\$	GENERAL US\$	
Anticipo Otorgado	\$1,249,193.95	\$739,946.04	\$258,588.20	\$2,247,728.19
Amortización	\$730,139.64	\$281,461.41	\$131,508.16	\$1,143,109.21
Saldo pendiente de amortizar	\$519,054.31	\$458,484.63	\$127,080.04	\$1,104,618.98

* Datos según informe de liquidación del proyecto

II. OBJETIVOS DEL EXAMEN

1.1. Objetivo General

Constatar que el proceso de liquidación se haya realizado de conformidad a las cláusulas contractuales, a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de Administración Pública (LACAP), y otras normas aplicables; evaluando además, que los montos pagados por el Ministerio, correspondan a la obra realizada por el contratista.

1.2. Objetivos Específicos

- Verificar que la liquidación presentada por el contratista fue pagada por la entidad.
- Constatar que el monto liquidado del contrato corresponda, a la obra ejecutada por el contratista.
- Verificar los trámites realizados por el Ministerio respecto, a la recuperación de la Fianza de Fiel Cumplimiento de Contrato y Garantía de Buena Inversión del Anticipo.
- Evaluar el adecuado registro de la liquidación.
- Comprobar el cumplimiento de leyes, reglamentos, normas, políticas, convenios y demás normativa relacionada al proceso final del proyecto.



III. ALCANCE Y RESUMEN DE PROCEDIMIENTOS APLICADOS

El presente Examen Especial evaluó los procedimientos realizados por el MOPTVDU, en la liquidación del proyecto "Pavimentación del Camino Rural Santa Ana-San Pablo Tacachico", ejecutado por la Empresa E.S. Constructores, S.A. DE C.V, por el periodo del 1 de enero del 2007 al 30 de septiembre del 2009, dicho examen se limitó a la información documental que nos presentó el MOP, ya que no fue posible medir las obras ejecutadas, porque que éstas fueron finalizadas o cubiertas por el contratista que concluyó el proyecto.

Resumen de los procedimientos aplicados

- Evaluamos que el monto liquidado del contrato, correspondiera a la obra ejecutada por el contratista de conformidad a su liquidación.
- Comprobamos la pertinencia de hacer efectiva la Fianza de Garantía de Buena Inversión del Anticipo.
- Verificamos que se hubiera hecho efectiva la fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato.
- Verificamos que los registros y pagos reflejados en la liquidación, estuvieran de conformidad a la estimación presentada, disposiciones técnicas y leyes aplicables.
- Verificamos que la liquidación presentada por el contratista fuera cancelada en su oportunidad.
- Comprobamos el cumplimiento de leyes, reglamentos, normas, políticas, convenios y demás normativa relacionada al proceso de liquidación del proyecto.



IV. RESULTADOS DEL EXAMEN

1. Comprobamos que el MOPTVDU dejó de reclamar a la Compañía Aseguradora, la cantidad de US \$206,094.66, al solicitar el pago de la fianza de fiel cumplimiento del contrato, según el detalle siguiente:

➤ Según auditoría, la cantidad a reclamar es:

El 10% de US \$ 3.656.833.63, correspondiente al monto de las partidas no ejecutadas por el contratista, haciendo un total de..... US \$365,683.36

➤ Según el MOP:

El 10% del 21.3% correspondiente al porcentaje físico dejado de ejecutar, multiplicado por el monto contractual de US \$7, 492,427.31, haciende a un total de US \$159,588.70

Diferencia de Menos **US \$206,094.66**

La LACAP, Art. 36, establece; "Al contratista que incumpla alguna de las especificaciones consignadas en el contrato sin causa justificada, se le hará efectiva la garantía de cumplimiento de contrato, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra por el incumplimiento. La efectividad de la garantía será exigible en proporción directa a la cuantía y valor de las obligaciones contractuales que no se hubieren cumplido."

El Reglamento Interno Institucional del Ministerio de Obras Pública, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, establece en el Título III, Capítulo VI, Gerencia Legal, Art. 34, establece: "La Gerencia Legal tiene como objetivo: Brindar la asesoría y asistencia legal que le fuere requerida por los titulares del ramo a efectos de que su actuación se enmarque dentro del aspecto legal que le señalan la Constitución, las diferentes Leyes Secundarias, Reglamentos y otros instrumentos legales....La Gerencia Legal actuará a requerimiento de los Señores Titulares y de las demás unidades institucionales con las siguientes funciones: 1) Participar a requerimiento del Despacho, en el análisis y formulación de proyectos de leyes, reglamentos, acuerdos, resoluciones ministeriales y otras disposiciones y documentos de carácter legal, relacionados con la competencia del Ministerio; ...4) Brindar asesoría legal en la interpretación y aplicación de documentos contractuales en proyectos en ejecución, ya ejecutados o por iniciarse en atención a los requerimientos formulados por la Dirección de Inversión Vial; "

La deficiencia se originó debido a que la Gerente Legal, no consideró el valor de las cantidades de obra contractual, dejadas de ejecutar, para determinar el monto a reclamar, en concepto de Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato, causando que el Señor Ministro reclamara a la aseguradora y denunciara ante la Fiscalía General de la República un monto menor.

Al no tomar en cuenta la obra contractual, dejada de ejecutar por el contratista, el MOPTVDU, está dejando de percibir US \$206,094.66⁷¹ en concepto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.



COMENTARIOS DE LA ADMINISTRACION

En nota de fecha 15 de febrero de 2011, el Exministro, manifestó lo siguiente: "A) El Art. 32 de la LACAP, establece que la Garantía de Cumplimiento del Contrato es la que se otorga a favor de la institución contratante, para asegurarle que el contratista cumplirá con todas las cláusulas establecidas en el contrato y que la obra, el bien o servicio contratado, será entregada y recibida a entera satisfacción.

Es decir, que para el caso en comento, es la que garantiza que la obra será entregada en su totalidad y bajo las condiciones técnicas establecidas en las Bases de Licitación.

Continúa el Art. 32, determinando que cuando se trate de obras esta garantía permanecerá vigente hasta que la institución contratante haya verificado la inexistencia de fallas o desperfectos en la construcción o que éstas no sean imputables al contratista, sin lo cual no se podrá otorgar su respectivo finiquito. Sin el costo de la reparación o de las fallas o desperfectos resultare mayor al valor de la garantía de cumplimiento del contrato, el contratista responderá por los costos correspondientes.

Como se observa en la disposición citada, cuando se trata de la ejecución de obra pública, La Garantía de Cumplimiento de Contrato, a está estrechamente ligada AL avance físico de la obra, es decir, a la cantidad de obra ejecutada y a cantidad de obra

que se ha dejado de construir o que no se cumplen con las especificaciones técnicas, en un momento determinado del tiempo.

El artículo 36 de la misma LACAP, establece que al contratista que incumpla alguna de las especificaciones consignadas en el contrato sin causa justificada, se le hará efectiva la garantía de cumplimiento de contrato, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra por el incumplimiento, La efectividad de la garantía será exigible en proporción directa a la cuantía y valor de las obligaciones contractuales que no se hubieren cumplido.

Es decir, que ante un incumplimiento, no puede reclamarse el 100% del valor nominal de la Garantía, por cuanto la ley obliga a que este reclamo sea proporcional al cumplimiento de las obligaciones contractuales, que para el caso de una obra pública, se traduce fundamentalmente en el avance físico de la obra al momento de ejecutar el reclamo.

B) DE LO EXPUESTO POR EL EQUIPO DE AUDITORES

En su nota, y específicamente en el detalle incluido en la misma, el equipo de auditores determina la suma que supuestamente debió ser reclamada a la Compañía Aseguradora, basándose en el MONTO CONTRACTUAL NO EJECUTADO.

Resulta indispensable hacer la aclaración siguiente:

En todo contrato de obra pública existen dos tipos de ejecución;

- La ejecución financiera, que corresponde al comportamiento de la estimaciones y pagos que estén relacionados con el Contrato suscrito"
- La ejecución física de la obra, que corresponde al avance en la construcción de la obra con la que el contratista resultó adjudicado.

Estas dos ejecuciones, si bien son paralelas, no son necesariamente iguales en un momento determinado del tiempo. Es decir, puede tenerse una mayor ejecución física de una obra que la ejecución financiera. Esta última está sujeta ala aprobación de las estimaciones por parte de la supervisión y posteriormente al proceso de pagos que se sigue la interior de toda institución gubernamental, razón por la cual, puede existir una ejecución financiera menor que la ejecución física."

Se hace la distinción porque resulta fundamental para determinar la cuantía por la cual se reclama una Garantía de Cumplimiento de Contrato.

En el caso particular, no es correcto vincular la suma que debe reclamarse por incumplimiento del contrato, a la ejecución FINANCIERA, es decir, el monto contractual no ejecutado.

Es el caso de la construcción de una obra física lo que sirve de base para determinar la cuantía del reclamo, es la cantidad de obra no ejecutada al momento de efectuar el reclamo. Este parámetro es determinante por la Unidad Administradora del Contrato, que para el caso, es la Dirección de Inversión Vial, quien durante el proceso de caducidad



respectivo, determinó el grado de avance de las obras y la cantidad de de obras no ejecutadas.

Que exista un monto contractual no ejecutado, no significa necesariamente que la obra no haya sido realizada, si no solamente que la ejecución financiera no corresponde con la ejecución física.

C) Conclusión:

Dado que la observación hecha por el equipo de auditores se fundamenta en el monto contractual no ejecutado (EJECUCION FINANCIERA), y no en la ejecución física (OBRA CONSTRUIDA Y OBRA PENDIENTE DE CONSTRUIR), al momento de haberse decretado la caducidad del Contrato, de acuerdo con lo expuesto en los literales anteriores, el reclamo efectuado a la Compañía Aseguradora, cumple con el supuesto establecido en el artículo 36, cuando al tratarse de la construcción de obra pública, el parámetro de obra no ejecutada al momento de decretarse la caducidad del contrato."

En nota de fecha 16 de febrero de 2011, la Ex Gerencia Legal, emite los siguientes comentarios: "... De conformidad con el Contrato 085/2005, suscrito en esta ciudad, el día veintitrés de diciembre de dos mil cinco, entre el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano y la Sociedad E.S. Constructores, S.A. de C.V. la obligación contractual, se concretiza en realizar a satisfacción del Contratante, la obras que resultaron adjudicadas, por el precio estipulado en la cláusula cuarta: Monto del Contrato y forma de pago, desarrollándolo bajo las condiciones establecidas en las bases de licitación y la oferta técnica-económica de la contratista.



En ese sentido en las Bases de Licitación, se estableció como avance de la obra la rehabilitación y pavimentación del camino Santa Ana- San Pablo Tacachico, vía clasificada como terciaria no pavimentada, con una longitud aproximada de 27.74 Km, que abarca los Municipios de Santa Ana y Coatepeque, Departamento de Santa Ana y San Pablo Tacachico, en la Libertad; y en el Contrato en referencia se pactó un precio de \$7,492,427.31, precio que incluía el Impuesto a la Transferencia de bienes Muebles y Prestación de servicios IVA.

La misma Cláusula Cuarta del Contrato establece que los pagos(es decir la cuantía del contrato) se haría de manera parcial, a medida que avanzara el trabajo, y cubría todos los trabajos realizados y aceptados al período, de acuerdo al programa de Avance físico-Financiero y de acuerdo con los estimados certificados por la supervisión y el administrador del Proyecto.

De lo anterior se colige que, el aspecto financiero del proyecto esta de íntimamente vinculado y determinado por el avance físico del proyecto; de tal suerte que para efecto de determinar la procedencia y cuantía de pago, debía determinarse el avance físico del proyecto.

Dentro de ese contexto, cuando el legislador en el Art. 36, inciso segundo de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece que ... "la efectividad de la garantía será exigible en proporción directa a la cuantía y valor de las obligaciones contractuales que no se hubieren cumplido" si bien es cierto se refiere a un aspecto financiero, la forma para determinar tal cuantía, es a través de la determinación del avance físico del proyecto, de acuerdo al programa avance físico financiero y en este caso particular de caducidad, al porcentaje de avance físico que arroja el Acta de Recepción de Obra final o parcial.

Al respecto, en las Bases de licitación la Condición General CG-14 está referida al Progreso de la obra y el Programa Físico Financiero del Proyecto y establece la obligatoriedad a cargo del contratista de llevar un programa de Trabajo y un Programa de Ejecución Físico-Financiero del proyecto, los cuales deberán de estar de acuerdo con los requerimientos de los documentos Contractuales.

Dicho lo anterior, en la recepción de obras, se determina un porcentaje de avance físico. Ese porcentaje, tiene su fundamento en el pronunciamiento efectuado por el administrador del Proyecto, el Gerente de Caminos Rurales y el Director de Inversión Vial y respaldado en la recomendación del Supervisor del Proyecto, NHA Compañía de Ingenieros, S.A. de C.V., mediante nota Ref-SA/SPT-30/01/2008-1, tal como consta en el Acta de Recepción de Obras Ejecutadas parcialmente, de fecha 20 de junio de dos mil ocho (posterior a la declaratoria de caducidad), mediante la cual establece un Avance físico total de 78.7%, es decir que existieron obligaciones cumplidas por ese mismo porcentaje, cuya cuantía es determinable en relación al valor total de la obra, conforme el programa de avance físico financiero, quedando obligaciones pendientes de cumplir por un porcentaje equivalente al 21.3%.

Así, resulta que para determinar la cuantía y valor de las obligaciones que se dejaron de ejecutar, era imperativo determinar el porcentaje de avance físico del proyecto, y en razón de ello, determinar la cuantía de las obligaciones dejadas de cumplir; dado que por si mismo el aspecto financiero no puede desvincularse del avance físico de la obra contratada.

De esa manera, el requerimiento de pago de la Fianza de Fiel Cumplimiento FG-15,242, hecho a la Compañía Aseguradora, con fecha 25 de junio de 2008, mediante nota DMOP-GL-718/2008, según el cuadro anexo a la misma, se hizo por un monto de CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO DOLARES CON SETENTA CENTADOS DE DÓLAR que representa la cuantía del porcentaje de las obligaciones que se dejaron de cumplir (21.3%). En el mismo sentido, y por la misma cuantía se hizo el requerimiento ante la Fiscalía General de la República, mediante nota Ref-DMOP-GL-936/2008, en vista del incumplimiento de la Aseguradora para honrar el pago de la fianza.

Es importante hacer notar que la resolución de Caducidad data del 30 de abril de 2008, notificada ese mismo día al contratista, fecha en la cual cesan los efectos del contrato suscrito entre ambas partes, y como tal debe de definirse el porcentaje de las

obligaciones cumplidas y las que se dejaron de cumplir para los efectos del Art. 36 de la LACAP. Sin embargo, como puede comprobarse de la documentación que soporta la ejecución de la fianza, el Acta de Recepción de obras ejecutadas parcialmente, fue otorgada hasta el 20 de junio de 2008, en la cual, se hace referencia a dos notas de la Supervisión del Proyecto Ref. SA/SPT-30/01/2008-O1 y Ref. SA/SPT-20/05/2008-O1, Y cuadros de respaldo, concluyendo en el numeral (5) en el que el avance físico total es de 78.7% con la advertencia establecida en el numeral (6) que "... la supervisión recomienda que se finalice su construcción lo antes posible y/o se le dé el oportuno mantenimiento, especialmente aquellas obras cuyo proceso constructivo no fue terminado o no se ejecutaron las obras subsecuentes que las protegen, ya que esta última están proclives a un deterioro más rápido."

Es esa Acta de Recepción de Obras Ejecutadas en Forma Parcial, la que sirvió de base a la Gerencia Legal para reclamar a la mayor brevedad el pago administrativo de la fianza y ante la negativa de la Compañía Aseguradora, presentar el requerimiento respectivo a la Fiscalía General de la República para que formalizara el reclamo por la vía judicial.

Llama la atención que la observación de los Señores Auditores está referida a un monto de \$3,784,106.91 que contempla como "Monto de obra ejecutada según contrato", que vendría a representar un 50.51% de avance físico ejecutado y refiriéndose a un monto de \$3,708,320.40 que representa un 49.49% en concepto de "Monto contractual no ejecutado", porcentaje que no guarda ninguna correspondencia con el acta suscrita por todos los responsables técnicos del proyecto, quienes certifican legítimamente conforme los documentos contractuales, el porcentaje de avance con que se declara recibida la obra a la época de la caducidad, equivale a un 78.7%, por lo que el monto o cuantía de las obligaciones que no se cumplieron equivalen a un 21.3%.

El deterioro sufrido en el obra posterior al Acta de Recepción Parcial, y que hubiere sido contabilizado en la resolución de liquidación no puede tomarse de base de lo que exige el Art. 36 LACAP, ya que existe un documento legal que legitima el porcentaje del avance físico del proyecto a la época de la caducidad en que cesaron las obligaciones del contratista; documento en el que se advierte la necesidad imperante de darle mantenimiento a la obra o contratar de inmediato su terminación a efecto de evitar su deterioro.

Por lo anterior, solicito, con la explicación que antecede, se tenga por desvanecida la observación que ha sido puntualizada por el Equipo de Auditoría que dirige...."

COMENTARIOS DE LA ADMINISTRACION POSTERIOR A LECTURA DEL BORRADOR DE INFORME.

Con fecha 28 de marzo de 2011, el Exministro de Obras Públicas, emite los siguientes comentarios: "En relación a observación de auditoría relacionada, es procedente hacer las siguientes consideraciones:

En la ejecución del Proyecto en cuestión, y dado el atraso presentado en el avance de las obras por parte del Contratista E.S. CONSTRUCTRES, S.A. de C.V. se inició procedimiento administrativo sancionatorio Exp. SANC-02-08 en contra de al Contratista E.S.CONSTRUCTORES SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE CLÁUSULA QUINTA: PLAZO, en el cual, mediante Resolución definitiva pronunciada a las ocho horas con cinco minutos del día treinta de abril de dos mil ocho, el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo urbano. Resolvió: "2. declarase caducado por incumplimiento imputable al contratista el Contrato de Obra Pública No. 085/2005, suscrito el veintitrés de diciembre de dos mil cinco con la sociedad E.S. CONSTRUCTORES, SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE, se podrá abreviar E.S. CONSTRUCTORES S.A. DE C.V...".

Ahora es importante señalar que, de acuerdo al Art. 100 Inc. 2 de la LACAP, el cual establece que: " Cuando el contrato se de por caducado por incumplimiento imputable al contratista, se harán efectivas las garantías que corresponden..." el Ministerio, mediante la resolución de caducidad del contrato en comento, resolvió: "3. háganse efectivo el valor de las garantías de Buena Inversión del Anticipo, por el monto no amortizado por el Contratista y la de Fiel Cumplimiento de Contrato de Obra Pública No. 085/2005, de conformidad al porcentaje de avance que arroje la liquidación respectiva. Al efecto, oportunamente girase a la Sociedad Aseguradora SEGUROS DEL PACIFICO SOCIEDAD ANONIMA, nota por medio de la cual se le haga el requerimiento del pago respectivo, según lo establecido por los Artículos 100 inc. 2º de la LACAP, y el 1544 del Código de Comercio".



En este sentido, mediante Resolución de Liquidación No.009/2008, de fecha siete de julio de dos mil ocho, se resolvió, en lo pertinente, "1. INCOORPORAR al Contrato No, 085/2005, y bajo las condiciones del mismo, el cuadro de liquidación del balance de obra del Proyecto "PAVIMENTACION DE CAMINO RURAL SANTA ANA-SAN PABLO TACACHICO", suministro por la empresa Supervisora NHA COMPAÑÍA DE INGENIEROS, S.A. DE C.V. para la LIQUIDACION POR CADUCIDAD DEL CONTRATO No. 085/2005, sellada y firmada por la Empresa Supervisora y representante de este Ministerio."

En consecuencia de lo anterior, este Ministerio, mediante notas Ref. DMOP-GL-617/2008 del 18 de julio de 2008, y DMOP-GL-718/2008 de fecha 25 de julio de 2008, ambas dirigidas al Representante Legal de Seguros del Pacifico, S.A. se realizaron los correspondientes requerimientos de pago de las fianzas de Buena Inversión de Anticipo FG-15,241 por un valor de \$1,104,618.98 y la de Fiel Cumplimiento FG-15,242, por un valor de \$159,588.70, mediante las cuales se le solicita el pago de las fianzas relacionadas en la cuantía establecida, cuyos reclamos suman un valor de \$1,264,207.68.

En vista de no haber sido honradas voluntariamente dichas garantías por parte de la aseguradora SEGUROS DEL PACIFICO, S.A., el Ministerio, en base al Art. 93 ordinal 5º de la Constitución, mediante notas Ref. DMOP-GL832/2008 del 05 de septiembre de 2008 y nota Ref. DMOP-GL-936/2008 de fecha 7 de octubre de 2008, solicitó a la

Fiscalía General de la República, que iniciara a la brevedad posible la acción judicial respectiva en contra de la sociedad aseguradora, a fin de que paguen al Gobierno y Estado de El Salvador, las garantías de Buena Inversión de Anticipo FG-15,241 y de Fiel Cumplimiento FG-15,242, respectivamente.

Como queda establecido, el Ministerio, por medio del sustituto, ha realizado las acciones de su competencia que corresponden al reclamo de las garantías, y al no haberse obtenido resultado positivo por parte de la Asegurado, solicitó el ejercicio de la acción judicial por parte de la Fiscalía General como representante legal del Estado.

Por otra parte, la Corte de Cuentas de la República, y específicamente la Cámara Primera de Primera Instancia, conoció del Juicio de Cuentas originado en vista de la existencia de Hallazgo contenido en el Informe de Auditoría de Gestión en áreas Rurales Ejecutados por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano, en el periodo del 1 de enero al 31 de diciembre del 2007, practicado por la Dirección de Auditoría Cinco de esa Corte, en la cual fue admitido mediante resolución de las diez horas con cinco minutos del día diecinueve de marzo de dos mil nueve, mediante la cual se formula Reparación Única, el cual se identifica en los siguientes términos: FALTA DE EJECUCION DE UN TRAMO DE CARRETERA EN PROYECTO PAVIMENTACION DE CAMINO RURAL SANTA ANA SAN PABLO TACACHICO.

En dicho Juicio de Cuentas, dentro de los argumentos de defensa del suscrito, se relacionó lo antes expuesto, es decir, las acciones legales tomadas tanto del interior del Ministerio para hacer cumplir los documentos contractuales y la Ley respectiva, como se evidenció que el Ministerio tomó las acciones legales del caso para exigir el resarcimiento y el pago de responsabilidad de la empresa constructora por medio de las Garantías de Buen Uso de Anticipo, y de cumplimiento de Contrato.



En ese orden de ideas, el juicio de Cuentas mencionado Ref CI -030-2009, concluyó en sentencia definitiva de las diez horas con cinco minutos del día dieciséis de octubre de dos mil nueve, en la cual, en sus paginas 18 y 19. la fundamentación del fallo, en cual en síntesis expresó: "En consecuencia esta Cámara ha comprobado que efectivamente los servidores responsables es este hallazgo hicieron uso de todas las facultades sancionatorias que les da la Ley(..) por lo que el Ministerio inicio acciones correspondientes con la apertura del Expediente Sancionatorio contra dicha empresa declarándose culpable y solicitó al Fiscal General de la República, que hiciera efectiva la Ejecución de la Fianza de Buena Inversión del Anticipo FG-15,241 (...) y la fotocopia certificada de la Ejecución del a Fianza del Fiel Cumplimiento FG-14,242..) por lo que con los argumentos, prueba documental de descargo presentada y aportada al proceso, se ha comprobado la sanción de caducidad por el incumplimiento de obligaciones contractuales referente a la entrega de la obra en términos según la carpeta respectiva, diligencias ejercidas por parte del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano, por lo que este hallazgo se desvaneces en su totalidad siendo procedente absolver a los servidores actuantes Jorge Isidoro Nieto Menéndez..."

En este sentido, se puede afirmar que tanto el hecho de los reclamos de las garantías como el periodo de actuación examinada, ya fueron conocidos por el Juicio de Cuentas antes relacionado.

Habiéndose absuelto de toda responsabilidad, por lo cual invocó ante este equipo de auditoría, el derecho que establece la Constitución conocido como " Non Bis in Ident", y que consiste en imposibilidad de ser juzgado dos veces por la misma causa.(Art 11 Inc. 1° de la Constitución)

Por lo antes expuesto espero que después del análisis que se efectuó sobre los argumentos y evidencia presentada debidamente certificada, muy atentamente les solicito se me de por desvanecida la condición reportada en esta fase del proceso de la auditoría"

COMENTARIOS DE LOS AUDITORES

Las explicaciones del Exministro y de la Exgerente Legal, no superan la deficiencia debido a que no justifican las razón del porque se tomó el avance físico y no el valor de las cantidades de obra contractual no ejecutadas, para determinar el monto a reclamar en concepto de garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Las explicaciones proporcionadas por el Exministro posterior a la lectura del Borrador de Informe, de fecha 28 de marzo del 2011, siguen sin justificar las razones por las cuales se tomo el avance físico y no el valor de las cantidades de obra contractual dejadas de ejecutar. Así también, respecto al Juicio de Cuentas Ref. 030-30-2009, aclaramos que la Cámara Primera de Primera Instancia, conoció y se pronuncio respecto al reparo "Falta de ejecución de un tramo de carretera en proyecto pavimentación de camino rural Santa Ana San Pablo Tacachico" y no a la exactitud del monto reclamado a la afianzadora, que se observa en este informe.



V. CONCLUSIONES

Como resultados de nuestros procedimientos, concluimos lo siguiente:

1. Según la liquidación aprobada por el MOPTVDU, se determinó un monto de US \$25,238.10 en obra contratada y pendiente de pago, además, US \$524,330.53, en obra no contratada y pendiente de pago, haciendo un total de US \$549,568.63 de obra no pagada, de lo cual se realizó lo siguiente:

- Se descontó en concepto de obra deteriorada un monto de...US \$ 286,257.72
- Se canceló a la Supervisión, por los servicios prestados fuera del plazo contractual, la cantidad de..... US \$ 261,816.64
- Quedando una diferencia, no amortizada al anticipo US \$ 1,494.28
- Total US \$ 549,568.63**

2. EL MOPTVDU, al declarar caducado el contrato, realizó el reclamo de la Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato a la Aseguradora "Seguros del Pacífico, S.A." por un monto de US \$159,588.70, pero dicha aseguradora se negó a cancelar el monto reclamado, por argumentar que en la liquidación no se tomó en cuenta toda la obra y cantidades pendientes de pago a la constructora; por lo que el Ministerio interpuso Acción Judicial ante la Fiscalía General de la República el 7 de octubre del 2008.

Por lo tanto concluimos que los procedimientos realizados por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, para liquidación del proyecto objeto de examen, fueron aplicados de conformidad a las cláusulas contractuales, a la LACAP y su reglamento, la obra ejecutada corresponde al monto liquidado, con excepción de la diferencia \$206,094.66 en el monto reclamado por la Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato.

VI. RECOMENDACIÓN

Recomendamos al Ministro de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano, gestionar ante la Fiscalía General de la República la ampliación de la denuncia, al monto de US \$365,683.36, correspondiente a la Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato N°85/2005, del Proyecto: "Pavimentación del Camino Rural Santa-Ana.

Este informe ha sido preparado para ser comunicado al Exministro de Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano y para uso de la Corte de Cuentas de la República.

San Salvador, 31 de marzo de 2011

DIOS UNION Y LIBERTAD



DIRECCIÓN DE AUDITORÍA CINCO