



CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA



MARA PRIMERA DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA: San Salvador, a las diez horas y treinta minutos del día quince de diciembre de dos mil veintiuno.

El presente Juicio de Cuentas número JC-CI-030-2020-6, ha sido diligenciado con base al **INFORME DE EXAMEN ESPECIAL AL DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y SUPERVISIÓN DEL PROYECTO DE AMPLIACIÓN DE LA CARRETERA CA04S, ENTRE KILOMETRO VEINTIDOS PUNTO TREINTA Y SEIS (SALIDA SUR DE ZARAGOZA) AL KILOMETRO TREINTA Y CINCO (CARRETERA CA02W) DEPARTAMENTO DE LA LIBERTAD, PRÉSTAMO BCIE NUMERO DOS MIL CIENTO VEINTE, EJECUTADO POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTE Y DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO (MOPTVDU), POR EL PERÍODO DEL UNO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE AL VEINTINUEVE DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTE**, practicado por la Dirección de Auditoria Cinco de esta Corte; en contra de la Licenciada [REDACTED] Gerente Legal Institucional, quien actuó en la referida Institución, en el cargo y periodo antes citados.

Han intervenido en esta Instancia en representación del Fiscal General de la República, las Licenciadas [REDACTED] fs. 45 y [REDACTED] fs. 191; y la Licenciada [REDACTED] en su calidad de Apoderada General Judicial con Clausula Especial de la Licenciada [REDACTED] fs. 53.

LEÍDOS LOS AUTOS;

Y, CONSIDERANDO:

I- Que con fecha quince de diciembre de dos mil veinte, esta Cámara recibió el Informe de Auditoría antes relacionado, procedente de la Coordinación General Jurisdiccional de esta Corte, el cual se dio por recibido según auto de fs. 43 y se ordenó proceder al análisis del mismo e iniciar el correspondiente Juicio de Cuentas, a efecto de establecer el reparo atribuible a la servidora pública y a terceros si los hubiere, mandándose a notificar al Fiscal General de la República, acto procesal de comunicación que consta a fs. 44, todo en apego a lo dispuesto en el Art. 66 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República.

II- De conformidad a lo preceptuado en el Art. 67 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República y verificado el análisis del Informe de Auditoría, se determinó procedente

el establecimiento de Responsabilidad Administrativa y Patrimonial de conformidad a los Arts. 54 y 55 de la Ley antes relacionada; emitiéndose el correspondiente Pliego de Reparos, el cual corre agregado de fs. 49 al 50, del presente Juicio.

III- A fs. 51, consta la notificación del Pliego de Reparos, efectuada a la Fiscalía General de la República y fs. 52, el emplazamiento realizado a la reparada [REDACTED]

IV- A fs. 53, se encuentra agregado el escrito presentado y suscrito por la Licenciada [REDACTED] en su calidad de Apoderada General Judicial con Clausula Especial de la reparada [REDACTED] quien en lo conducente expone: "...Que el día 9 de marzo de 2021, le fue notificado a mi poderdante el auto dictado por esa honorable Cámara, a las 09:40 (sic) horas del 17 de febrero de 2021(SIC), mediante el cual se resolvió entre otros puntos lo siguiente: "EMPLACESE a las personas mencionadas, para que hagan uso de su derecho de defensa, en el término de QUINCE DIAS HÁBILES, contados éstos a partir del día siguiente de verificado dicho emplazamiento, ..." El emplazamiento se refiere al hallazgo 1 como resultado del análisis efectuado al INFORME DE EXAMEN ESPECIAL AL DISEÑO, CONSTRUCCIÓN Y SUPERVISIÓN DEL PROYECTO DE AMPLIACIÓN DE LA CARRETERA CA04S, ENTRE KM 22.36, ENTRE KILÓMETRO 22.36 (SALIDA SUR DE ZARAGOZA) AL KM 35 (CARRETERA CA02W) DEPARTAMENTO DE LA LIBERTAD)(sic) PRÉSTAMO BCIE No. 2120; ejecutado por el Ministerio de Obras Públicas y de Transporte por el período del 1 de septiembre de 2019 al 29 de febrero de 2020, practicado por la Dirección de Auditoría Cinco, que dio origen al presente Juicio de Cuentas. En virtud del cual dicha Cámara determina el siguiente reparo: RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIAL Reparó único (Hallazgo 1) "De acuerdo al Informe de Auditoría, el Administrador del Contrato de Supervisión No. 194/2017, derivado del Concurso Público Internacional CPINT 001/2017, adjudicado a la Sociedad [REDACTED] reportó a la Gerencia de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, incumplimiento de dicha sociedad, al aprobar estimaciones con errores, presentadas por Constructora [REDACTED] Sucursal El Salvador sin embargo, la Gerencia Legal Institucional devolvió al Administrador de Contrato dichos informes, por considerar que no era procedente iniciar el procedimiento administrativo de imposición de penalidades solicitado.." según se detalla en dicho auto. Según dicho auto se inobservó la Cláusula Octava INCUMPLIMIENTO del contrato de Obra No. 194/2017; las Condiciones Generales de Contratación de las Bases de Concurso Internacional CPINT-001/2017, CG-08 MULTAS Y PENALIDADES CONTRACTUALES, 8.2 OTRAS PENALIDADES No. 8 y el Art. 160 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. En tal sentido -dice dicho auto- mi poderdante deberá responder por responsabilidad administrativa y patrimonial por la cantidad de \$ [REDACTED] Al respecto vengo a contestar el emplazamiento en los siguientes



CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA



términos: NO EXISTIÓ INOBSERVANCIA DE NORMATIVA, BASES DE CONCURSO, NI DE CONTRATO. En dicho hallazgo aparece que mi poderdante inobservó la Cláusula Octava INCUMPLIMIENTO del contrato de Obra No. 194/2017; las Condiciones Generales de Contratación de las Bases de Concurso Internacional CPINT-001/2017, CG-08 Multas y Penalidades Contractuales. 8.2 Otras penalidades No. 8 y el Art. 160 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Al respecto, con relación al contrato no aparece en ninguna cláusula del mismo, que mi poderdante como Gerente Legal Institucional tenga alguna responsabilidad derivada de las obligaciones contractuales; por lo tanto, legalmente no es posible que ella haya inobservado dicha cláusula del contrato, ya que las partes contractuales fueron el Ministerio de Obras Públicas y de Transporte y la sociedad [REDACTED]. El administrador de contrato, es el que representa a la institución contratante en la ejecución del contrato, quien tiene las atribuciones contempladas en el Art. 82 -BIS LACAP. Con relación a la inobservancia de las Condiciones Generales de Contratación de las Bases de Concurso Internacional CPINT-001/2017, específicamente la CG-08; 8.2 OTRAS PENALIDADES No. 8, tampoco aparece la figura de la Gerencia Legal Institucional. En dichos documentos lo que se describe son las penalidades en que puede incurrir la supervisión; en ese sentido no encuentro fundamento para sostener que mi poderdante inobservó la CG-08; 8.2 Otras penalidades No. 8. Con relación a la supuesta inobservancia del Art. 160 LACAP, en su inciso 3° establece: *"El Titular comisionará a la Unidad Jurídica o quien haga las veces de ésta, para que inicie el proceso de aplicación de las sanciones establecidas."* Es decir que la atribución de la Gerencia Legal Institucional, de conformidad a dicha disposición es iniciar el proceso de aplicación de sanciones establecidas, cuando haya sido comisionada por el titular. A contrario sensu, si la Unidad Jurídica o quien haga las veces de ésta, no es comisionada por el Titular de conformidad al Art. 160 LACAP no procedería el inicio del proceso de aplicación de las sanciones. Con lo antes expuesto ha quedado suficientemente demostrado, que ninguna de las disposiciones legales, contractuales y bases de concurso que se mencionan en el auto, ha sido inobservada por mi poderdante; puesto que de conformidad a lo establecido en el artículo 61 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, los servidores serán responsables no solo por sus acciones sino cuando dejen de hacer lo que les obliga la ley o las funciones de su cargo; en ese sentido, se reitera que la Gerente Legal, no fue comisionada para iniciar el proceso de sanción tal cual lo argumenta de forma subjetiva, antojadiza y sin ningún fundamento el Auditor; en ese sentido, no existía ni una acción ni una omisión de su parte a lo que estipula la ley, el contrato y las bases de concurso, por tanto no existe tal obligación o responsabilidad. SANCIONES EN LA LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (LACAP) La LACAP contiene reguladas las siguientes sanciones: 1) Sanciones por mora a contratistas, Art. 85; 2) inhabilitación para participar a ofertantes y contratistas, Art. 158; 2) (sic) Sanciones a funcionarios o empleados públicos Art. 150; y 4) sanciones a concesionarios, Art. 147 bis. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. De acuerdo a Ismael Farrando: *" Los contratos administrativos son aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden*

conferir al cocontratante (sic) derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes de derecho privado, que colocan al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica."¹ una de las características de los contratos administrativos, es que una de las partes es una Institución de la Administración Pública; en efecto el Art. 1 LACAP, establece que dicha ley tiene por objeto regular las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios, que deben celebrar las Instituciones de la Administración Pública, para el cumplimiento de sus fines; la posición de las partes de acuerdo a la misma LACAP, se caracteriza por la desigualdad con que concurren a su celebración, asistiéndole a la Institución de la Administración Pública, una evidente superioridad respecto de la otra parte, que se sitúa en un plano de subordinación, lo cual se debe a que la Institución de la Administración pública, concurre en su condición de poder y como exponente y representante del interés público, mientras que el particular solo lo hace en su propio interés privado, siendo esa la razón de su lógica subordinación. El Art. 5 LACAP establece; *"Para la aplicación de esta Ley y su Reglamento se atenderán a la finalidad de las mismas y a las características del Derecho Administrativo..."* En relación a los contratos de obra pública, el Art. 104 de la LACAP: *"Para efectos de esta Ley, se entenderá por contrato de obra pública, aquel que celebra una institución contratista, quien por el pago de una cantidad de dinero se obliga a realizar obras o construcciones de beneficio o interés general o administrativas..."* *"Las obligaciones derivadas de un contrato de Obra Pública se regirán por las cláusulas del mismo contrato, los documentos específicos que se denominan documentos contractuales, las disposiciones de esta Ley y las contenidas en el Derecho Común que le fueren aplicables,"* SANCIONES DE NATURALEZA CONTRACTUAL. La potestad de sancionar de la administración pública, es una prerrogativa que existe en los contratos administrativos, que encuentran su justificación en el interés público que persiguen los mencionados contratos. Entre dichas prerrogativas se encuentran las siguientes: Potestad de exigir la continuidad del contrato, de dirección y control, potestad modificatoria, potestad rescisoria, sancionatoria, de interpretar unilateralmente el contrato. Con relación a las sanciones, Ismael Farrando expresa: *"La doctrina señala que las sanciones que la Administración puede aplicar como consecuencia de su poder de dirección y control en la ejecución de los contratos administrativos es de naturaleza contractual, distinta a las sanciones administrativas que puede imponer en el ejercicio de sus facultades de policía."* En la ejecución de los contratos administrativos, Jurisprudencialmente³ se ha sostenido que en materia de penalizaciones, la LACAP distingue dos tipos de imposiciones: *"(i) Sanciones propiamente tales, las cuales son derivadas de la potestad sancionadora de la Administración Pública, encontrando su cobertura en el artículo 14 de la Constitución de la República..."* potestad desarrollada en el artículo 85 LACAP; *"(ii) Existe un segundo grupo, que aunque se le haya llamado sanciones, son verdaderas 'penalizaciones contractuales': tiene su origen en una cláusula del contrato, en que las partes han previsto que ante el incumplimiento a las especificaciones de la obra, debidamente acreditadas, se impondrá una multa. Estas, por*



CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA



consiguiente, no devienen de la potestad sancionatoria de la administración pública o que se refiere el artículo 14 Cn. ya que son penalizaciones contractuales, que en Derecho Civil las denominamos cláusulas penales del contrato. Estas penalizaciones contractuales, tienen su respaldo en el artículo 20 del Reglamento de la LACAP; el cual establece en la letra "j" *que los contratos podrán contener lo siguiente: penalizaciones por incumplimiento de aspectos técnicos. Como se aprecia de la citada norma, por su naturaleza este tipo de pena, como regla general se refiere a "incumplimientos técnicos", por ejemplo, al incumplimiento que se refiere a la discrepancia entre la confección de la obra y las especificaciones otorgadas en las bases de licitación, adendas, etc., que forman parte del mismo. Por ello, esta penalización no debe ser aplicada a "la mora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales" ...* (sic).

CLÁUSULAS PENALES. De acuerdo a la mencionada sentencia, a parte de la sanción por mora contemplada en el Art. 85 LACAP, existe la posibilidad de incorporar en el contrato administrativo cláusulas penales. Por otra parte, en los contratos financiados con préstamos del BCIE, en las denominadas Normas para la Aplicación de la Política para la obtención de bienes, obras, servicios y consultorías con recursos del Banco Centroamericano de Integración Económica, en relación a las cláusulas penales, se establece lo siguiente: "Artículo 59. Contrato entre el Prestatario/Beneficiario y el Contratista o Consultor" "Los contratos entre el Prestatario/Beneficiario y el Contratista o Consultor deberán incluir cláusulas que contemplen, al menos, los siguientes temas: condiciones generales, definiciones, obligaciones del contratista o consultor, cláusulas de integridad, disposiciones sobre garantías o fianzas, indemnizaciones, bonificaciones, terminación, seguros, resolución de controversias mediante el arbitraje primordialmente y sin perjuicio de otras alternativas contempladas en las legislaciones nacionales de los países, cláusulas penales..." "Artículo 63. Cláusulas Penales y de Bonificación" "El contrato de suministro o provisión deberá incluir cláusulas penales para cualquier aspecto que se requiera en la ejecución de los trabajos correspondientes, incluyendo las relacionadas con demoras en la terminación de los mismos, que resulten en gastos adicionales, pérdidas de ingresos, pérdidas de producción e inconvenientes para el Prestatario /Beneficiario...". De acuerdo a lo anterior no hay duda que en la ejecución de los contratos administrativos como el de obra pública, se faculta a la administración para incorporar cláusulas penales. En la LACAP no existe una regulación sobre cláusulas penales, sino que su regulación se encuentra en el Código Civil, del Art. 1406 al Art. 1415. El Art. 1406 del Código Civil establece: "La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar la obligación principal o de retardar su ejecución." Por tanto, en relación a sanciones en la ejecución del contrato administrativo, únicamente pueden establecerse las sanciones por mora contempladas en el Art. 85 LACAP y las penalidades del Art. 23 letra "j" del RELACAP que según jurisprudencia son las cláusulas penales. El presente caso no se refiere al proceso sancionatorio como lo menciona el Auditor de forma imprecisa, errónea y sin motivación alguna en el hallazgo 1, sino a un procedimiento de penalidad, establecido en las bases de concurso. OPINIÓN JURIDICA DE LA GERENCIA LEGAL

INSTITUCIONAL. Lo que hizo la gerencia legal, fue una opinión jurídica haciendo un análisis de los informes de incumplimiento contenidos en los informes del administrador de contrato, tomando en cuenta lo establecido en la Constitución de la República, según los siguientes artículos: Inciso final del Art.86 *"Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley."* "Art. 235. *Todo funcionario civil o militar; antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución atendiéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le impongo, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes.*" Art. 245. *Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución."* Es decir; que se hizo una opinión con base lo establecido en la Constitución de la República: no con la finalidad de no iniciar el procedimiento administrativo de imposición de penalidades solicitado, pues mi poderdante no tiene esas facultades; sino con la finalidad que se cumpliera con el principio de tipicidad en el sentido, que los hechos contenidos en el informe de incumplimiento se adecuaban al supuesto normativo; para que el Administrador del Contrato, si fuera el caso, remitiera nuevamente el informe a la Gerencia de Adquisiciones y Contrataciones del MOPT, con las observaciones superadas o en su caso decir porque consideraba que no estaba de acuerdo con el contenido de dichas opiniones. En ese sentido se hizo un análisis de cada caso, con fundamento en el principio de tipicidad y de esa forma evitar que en un potencial juicio contencioso administrativo pudiera ser declarado ilegal el respectivo acto administrativo. En todo caso, dichas opiniones legalmente no tienen un carácter vinculante.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. También debe tomarse en cuenta de la probable responsabilidad patrimonial en que puede incurrir el titular de esta Secretaría de Estado, en caso de vulneración de derechos constitucionales, de conformidad al Art. 60 LPA *"Reglas especiales en el caso de reclamación por violación de derechos constitucionales"* que establece: *"Cuando los daños y perjuicios tengan su causa en la violación de derechos constitucionales, de conformidad al Artículo 245 de la Constitución de la República, para su reclamación se tendrá en cuenta las siguientes reglas:"* (sic) "1. La responsabilidad es personal, de tipo subjetiva y recae directamente en el servidor público..." "2. La reclamación de daños y perjuicios y por violación a los derechos constitucionales, no depende de que exista una sentencia estimatoria de amparo." "...". En relación a vulneración de derechos constitucionales, el debido proceso tiene su asidero en el Art. 11 de la Constitución establece: *"Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes..."* Y el Art. 14 Cn., establece: *"Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante, la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes..."* Es decir que lo que se pretendía con las mencionadas opiniones es proceder



CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA



correctamente, es decir respetando el debido proceso y demás derechos constitucionales aplicables a cada caso. ANÁLISIS DE CADA CASO ESTIMACIÓN 16. En el memorándum Ref. MOP-VMOP-BCIE 2120-150719-02 de fecha 15 de julio de 2019, dirigido al Gerente de Adquisiciones y Contrataciones Institucional del MOPT y suscrito por el ingeniero [REDACTED] Administrador de Contrato y Especialista en Infraestructura Vial y Control de Calidad BCIE 2120, se emitió informe de incumplimiento, en el cual en la parte pertinente dice: *"En vista de la revisión a la Estimación No. 16 realizada por esta Administración y habiéndose emitido nota MOP-VMOP-BCIE 2120-050619-03 que contiene deferentes observaciones a dicho estimado, se considera que la Empresa Supervisora [REDACTED], aprobó este documento con errores."* En el memorándum referencia [REDACTED] del 17 de octubre de 2019, entre otros puntos se expresó lo siguiente: *"Estimado ingeniero, en su oportunidad esta Gerencia manifestó que: en su informe, únicamente hizo una descripción del proceso de aprobación de la estimación numero 16 juntamente con sus observaciones, e hizo referencia a que la supervisión reportó valores que influían en la suma estimaciones aprobados con anterioridad, sin embargo, al verificarse el texto de la penalidad que se pretende imponer es necesario que concurren varias circunstancias como por ejemplo que exista obra no conforme y sin los respaldos de aseguramiento de calidad, en otras palabras es necesario que se cuente con la tipicidad de las infracciones y su posible sanción."* Es decir que, en ese momento se consideró que los hechos contenidos en el informe de incumplimiento no se adecuaban al supuesto normativo contenido en la descripción de la mencionada penalidad; habiendo expresado lo siguiente: *"Por lo que al no cumplirse los escenarios que establece el numeral 8.2 OTRAS PENALIDADES cuando señala: "que deben aprobarse estimaciones con errores y/o reflejando obra de producto no conforme, y/o sin los respaldos de control de calidad correspondiente, y sin los respaldos de aseguramiento de calidad, mismos que no constan descritos en su informe de incumplimiento; no es procedente iniciar el procedimiento administrativo de imposición de penalidad solicitado."* Por tanto, los hechos contenidos en el informe de incumplimiento debieron adecuarse al supuesto normativo; el Administrador del Contrato, si fuere el caso, pudo haber enviado un nuevo informe en el cual se detallarán los hechos que se adecuaban a los tipificados en la normativa contractual, CG8.2. Quien conoce los hechos es el Administrador de Contrato, no la Gerencia Legal Institucional; de lo que se trataba era que el Administrador del Contrato revisara su informe y de ser procedente lo enviara nuevamente expresando los hechos, a fin de determinar si se adecuaban a la normativa aplicable. Adicionalmente, en el informe de incumplimiento el administrador expresa: *"En vista de la revisión a la estimación No. 16 realizada por esta Administración y habiéndose emitida nota MOP-VMOP-BCIE2120-050619-03 que contiene diferentes observaciones a dicho estimado, se considera que la Empresa [REDACTED] supervisora del proyecto, aprobó ese documento con errores."* Primero dice que tiene observaciones y luego dice que la supervisión aprobó "ese documento con errores". No está claro si el documento tiene observaciones o tiene errores. observaciones y errores son dos palabras que tienen significados diferentes para los efectos legales pertinentes que nos ocupan.

ESTIMACIÓN 17. En el memorándum Ref. MOP-VMOP-BCIE 2120-190919-05 de fecha 19 de septiembre de 2019, dirigido al Gerente de Adquisiciones y Contrataciones Institucional del MOPT y suscrito por el ingeniero [REDACTED] Administrador de contrato y Especialista en infraestructura Vial y Control de Calidad BCIE 2120, se emitió informe de incumplimiento, en el cual, en la parte pertinente dice: *"En vista de la revisión a la Estimación No. 17 realizada por esta Administración y habiéndose emitido nota MOP-VMOP-BCIE2120-0207-19-01 que contiene diferentes observaciones a dicho estimado, se considera que la [REDACTED] aprobó este documento con errores."* En el memorándum referencia MOP-UCR-LEGAL-ENVI-1844-2019 del 14 de octubre de 2019, entre otros puntos se expresó lo siguiente: "En su informe, únicamente hizo una descripción del proceso de aprobación de la estimación número 17 juntamente con sus observaciones, y hace referencia a que la supervisión reportó valores que influían en la suma estimaciones aprobados (sic) con anterioridad, sin embargo, al verificarse el texto de la penalidad que se pretende imponer es necesario que concurren varias circunstancias como por ejemplo que exista obra no conforme y sin los respaldos de aseguramiento de calidad, en otras palabras es necesario que se cuente con la tipicidad." "Con relación a los errores no son especificados en la descripción de la penalidad, por lo que se considera que no cumple el principio de tipicidad, ya que la redacción no es clara, precisa e inequívoca." "Para que la conducta del presunto infractor se adecue a los supuestos descritos en la penalidad, el informe de incumplimiento del administrador de contrato debe especificar: la obra de obra (sic) de producto no conforme, sin los respaldos de control de calidad correspondientes; y sin los respaldos de aseguramiento de calidad. Por tanto, se considera que el informe de incumplimiento debe especificar los hechos que se adecuan al supuesto normativo, contenidos en la descripción de la penalidad." "Esta Gerencia Legal, considera que legalmente no se podrá dar trámite al informe de incumplimiento en mención, mientras no se cuente con la calificación y descripción exacta de los hechos que se adecuen a los supuestos contenidos en la descripción de la penalidad y que constituyen incumplimientos de la supervisión." "En razón de lo anterior, se devuelve el informe de incumplimiento juntamente con sus anexos" Como se podrá observar; se devolvió el informe y sus anexos; pero, si fuera el caso, es decir que los hechos se adecuaran al supuesto normativo de conformidad a la penalidad descrita, en la CG8.2; existiendo la posibilidad que se presentara nuevamente dicho informe.

ESTIMACIÓN 18. En el memorándum Ref. MOP-VMOP-BCIE 2120-200919-07 de fecha 20 de septiembre de 2019, dirigido al Gerente de Adquisiciones y Contrataciones Institucional del MOPT y suscrito por el ingeniero [REDACTED] Administrador de Contrato y Especialista en Infraestructura Vial y Control de Calidad BCIE 2120, se emitió informe de incumplimiento, en el cual, en la parte pertinente dice: *"En vista de la revisión a la Estimación No. 18 realizada por esta Administración y habiéndose emitido nota MOP-VMOP-BCIE2120-070819-01 que contiene diferentes Observaciones a dicho estimado, se considera que la Empresa supervisora [REDACTED] aprobó este documento con errores."* En el memorándum referencia MOP-UCR-LEGAL-ENVI-1842-2019 del 10 de octubre de 2019, entre otros puntos se expresó lo siguiente: "En su informe, únicamente hace una



descripción del proceso de aprobación de la estimación número 18 juntamente con sus observaciones, y hace referencia a que la supervisión reportó valores que influían en la suma de estimaciones aprobados con anterioridad, sin embargo, al verificarse el texto de la penalidad que se pretende imponer es necesario que concurren varias circunstancias como por ejemplo que exista obra no conforme y sin los respaldos de aseguramiento de calidad, en otras palabras es necesario que se cuente con la tipicidad." "... "con relación a los errores no son especificados en la descripción de la penalidad, por lo que se considera que no cumple el principio de tipicidad, ya que la redacción no es clara, precisa e inequívoca." "Para que la conducta del presunto infractor se adecue a los supuestos descritos en la penalidad, el informe de incumplimiento del administrador de contrato debe especificar: la obra de obra (sic) de producto no conforme, sin los respaldos de control de calidad correspondientes; y sin los respaldos de aseguramiento de calidad, por tanto, se considera que el informe de incumplimiento debe especificar los hechos que se adecuan al supuesto normativo, contenidos en la descripción de la penalidad." "Esta Gerencia Legal, considera que legalmente no se podrá dar trámite al informe de incumplimiento en mención, mientras no se cuente con la calificación y descripción exacta de los hechos que se adecuen a los supuestos contenidos en la descripción de la penalidad y que constituyen incumplimientos de la supervisión." "En razón de lo anterior se devuelve el informe de incumplimiento juntamente con sus anexos. En el informe de incumplimiento suscrito por el Administrador de Contrato, se hace referencia a observaciones; pero luego dice que la supervisión." "aprobó ese documento con errores", como se podrá observar se devolvió el informe y sus anexos; pero para que, si fuera el caso, se presentara nuevamente, expresando los hechos de conformidad a la penalidad descrita, en la CG8.2. LAS PENALIDADES EN LAS CONDICIONES GENERALES DE LAS BASES DE CONCURSO 8.2 OTRAS PENALIDADES La descripción de la penalidad es la siguiente: "8. Por aprobar estimaciones con errores y/o reflejando obra de producto no conforme y /o sin los respaldos de control de calidad correspondientes y sin los respaldos de aseguramiento de calidad. Por cada estimación (No incluye errores ortográficos) [REDACTED] De acuerdo a la redacción de dicha penalidad, pueden darse los siguientes supuestos normativos i) Aprobar estimaciones con errores; y/o ii) Reflejando obra de producto no conforme y/o iii) Sin los respaldos de control de calidad correspondientes; y iv) Sin los respaldos de aseguramiento de calidad. De la lectura de la descripción de la penalidad, se advierte que la misma no tiene una descripción, clara, precisa e inequívoca, que son los requisitos para cumplir con el principio de tipicidad (Art.139.2 LPA); ya que no está claro si para que se configure la infracción deben darse todos los supuestos establecidos en la CG-8.2 o con un supuesto de los contemplados se tipifica la infracción. Esto debido a que la letra "y" es una conjunción copulativa y la "o" es una conjunción disyuntiva. Lo cual es sumamente importante para interpretar una norma jurídica; la conjunción disyuntiva "o" significa que puede darse un supuesto u otro, pero no ambos o todos; la "y" que es una conjunción copulativa, significa que pueden darse todos los supuestos y sirve para reunir en una sola unidad funcional dos o más elementos homogéneos, indicando adición o suma; situación que no fue tomada en cuenta por

los auditores para su debido análisis. **PAGOS AL CONTRATISTA** En la CG-48 de las bases de licitación, se establece el trámite para hacer pagos parciales al contratista, en la parte que nos interesa para el presente caso dice lo siguiente: "El contratista deberá presentar obligatoriamente, a la Supervisión, su estimación a más tardar (3) días hábiles después de la fecha de corte establecida. La supervisión deberá emitir su certificación u observaciones a más tardar cinco (5) días hábiles después de haber recibido la documentación del Contratista, la cual deberá incluir documentación que compruebe el último pago de planilla. En caso de observaciones por parte del Supervisor, éste y el Contratista deberán superar dicha situación en forma conjunta y aprobar la estimación en un período máximo igual a los anteriores." "La estimación deberán (sic) ser presentadas (sic) por el Contratista para el Visto Bueno del Administrador de Contrato, designado por el Ministerio al día hábil siguiente después de haber sido aprobado por la supervisión. "La información que presente el Contratista para la estimación deberá evidenciar que las obras ejecutadas corresponden al período de la estimación de acuerdo a lo establecido en el Programa de Ejecución Físico-financiero. El contratista deberá comprobar que la obra ejecutada objeto de estimación cumple con los requerimientos establecidos en las especificaciones técnicas, adjuntando a la estimación los registros de control de calidad correspondiente del período. Se deberá incluir la memoria de cálculo de la obra objeto de estimación." "El Ministerio hará los pagos al contratista sobre la base de los trabajos realizados y aceptados al período, y certificado de pago emitido por el supervisor, con el visto Bueno del Administrador del Contrato, de la Gerencia de Caminos Rurales, y de la Dirección de Inversión de la Obra Pública del Ministerio. Los cuadros de avance físico certificarán la cantidad de trabajo ejecutada de acuerdo al Programa Físico Financiero." Como se podrá observar, en este punto, las Condiciones Generales de las Bases de Licitación no son congruentes con las Bases de Concurso, porque en las bases de licitación no se mencionan errores en las estimaciones, sino que observaciones; y en caso de existir observaciones ordena que el Supervisor y el contratista deberán superar dicha situación en forma conjunta y aprobar la estimación. En su caso el administrador debe otorgar Visto Bueno de la estimación. No aparece que el Administrador de Contrato tenga facultades para establecer si dicha estimación tiene errores. Por otra parte, en el presente caso en los informes de incumplimiento, en relación a las estimaciones 16; 17; y 18, el Administrador del Contrato menciona observaciones; pero considera que la Empresa supervisora [REDACTED] aprobó este documento con errores." El punto es que en la GG 8.2 de las bases del concurso, no establecen la autoridad que establecerá o determinará que la supervisión aprobó estimaciones con error y/o reflejando obra de producto no conforme y/o sin los respaldos de control de calidad correspondiente y sin los respaldos de aseguramiento de calidad. En el presente caso, entendemos que la Auditoría de la Corte de Cuentas de la República presume que dicha autoridad es el Administrador del Contrato, lo cual implica una evidente imprecisión del referido auditor, puesto que dicha atribución no tiene asidero ni en los documentos contractuales, (Bases de Licitación y Bases del Concurso), ni en la LACAP, ni en el Reglamento de la LACAP. **PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.** Es aceptado tanto por la doctrina, como



CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA



por las sentencias de la sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de lo Constitucional, que a las sanciones administrativas se les aplican los principios del derecho penal. Uno de estos principios es el de tipicidad y legalidad. La tipicidad se fundamenta en el aforismo nullum crimen sine lege, el cual hace referencia a que solo las conductas descritas previa y expresamente en la ley como delitos o infracciones administrativas -en el presente caso "penalidades" - serán sancionadas, ya sea con una pena o con una sanción administrativa. En el ámbito administrativo sancionador una de las vertientes materiales del principio de legalidad es la tipicidad de las infracciones administrativas. El principio de tipicidad no sólo impone, para el caso, el deber de la institución contratante de plasmar explícitamente en las bases de licitación o de concurso, los actos u omisiones constitutivos de un incumplimiento contractual y de sus consecuencias sino que también impone, en su expresión concreta, que el aplicador de la norma sancionatoria efectúe el "ejercicio racional de adecuación del acto u omisión al tipo descrito en la norma constitutivo de infracción, con la imposición respectiva de la consecuencia prevista en su caso. Para que la actividad sancionadora de la administración sea legal, necesita en el caso concreto, primeramente, verificar que el acto u omisión sancionable se halle claramente definido como infracción en el ordenamiento jurídico; solo acertado esto, debe adecuar los circunstancias objetivas y personales determinantes del ilícito. Este es el ejercicio inherente a la tipicidad "(sala de lo Contencioso Administrativo referencia 176-S-2003. sentencia dictada a las 12:00 del 16-01-2006). Sobre el principio de tipicidad José Garberi Llobregat, afirma lo siguiente: "Así pues, mientras que el principio de legalidad queda debidamente observado mediante la previsión de la infracciones y sanciones en la <<Ley>>, la exigencia de tipicidad quedará cumplimentada a través de la precisa definición de la conducta que dicha Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva, el medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica..." "De esta forma, por <<conducta>> típica únicamente podrá entenderse aquella en donde se aprecie una identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en abstracto por la norma jurídica, es decir, la homogeneidad del hecho real con los elementos normativos que fundamentan el contenido material de injusto (sentido de prohibición) de la situación que dan (sic) lugar a la actuación sancionadora de la administración..." De acuerdo a lo anterior el principio de tipicidad quedará cumplido si la norma establece con claridad y precisión la definición de la conducta e igualmente la precisa definición de la sanción que pueda imponerse. Lo cual en el presente caso no se ha cumplido.

COMPETENCIA JURISDICCIONAL DE LAS CAMARAS DE PRIMERA INSTANCIA Y DE SEGUNDA INSTANCIA DE LA CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA. LEY DE LA CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA (LCCR). Art. 15.- *La competencia jurisdiccional de las Cámaras de primera instancia y de segunda instancia de la Corte, tendrá lugar solo respecto de las atribuciones y facultades de la Corte, que impliquen actos jurídicos que puedan dar lugar al establecimiento de responsabilidades de carácter administrativo o patrimonial,* Es decir que la competencia se refiere a la responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial, pero de acuerdo a la LCCR no puede iniciarse un juicio de cuentas por la responsabilidad administrativa

y responsabilidad patrimonial, sin justificar porque se iniciará el juicio por -ambas responsabilidades-, ya que los supuestos de una y otra responsabilidad, son diferentes; si se pretende iniciar un juicio de cuentas por responsabilidad patrimonial y administrativa, debe justificarse en el emplazamiento por qué en el hecho que se le atribuye a mi poderdante concurren los supuestos de la responsabilidad administrativa y patrimonial, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, y por si fuera poco, le genera indefensión. El Art. 54 LCCR "Responsabilidad Administrativa" establece. *"La responsabilidad administrativa de los funcionarios y empleados de las entidades y organismos del sector público, se dará por inobservancia de las disposiciones legales y reglamentarias y por el incumplimiento de sus atribuciones, facultades, funciones y deberes o estipulaciones contractuales, que les competen por razón de su cargo. La responsabilidad administrativa se sancionará con multa."* En el presente caso ya he demostrado jurídicamente, que mi poderdante no ha inobservado la cláusula del mencionado contrato, disposiciones legales y penalidades establecidas en las bases de concurso, como se menciona en el hallazgo 1 antes relacionado. De acuerdo a dicha disposición, en el presente caso, en el emplazamiento además de citar las disposiciones legales, reglamentarias, y contractuales no se especifican claramente las razones o justificaciones de que ella haya inobservado dichas disposiciones legales y contractuales. Con relación a la responsabilidad patrimonial, el Art. 55 LCCR establece: *"La responsabilidad patrimonial 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 los servidores o terceros"*. En el presente caso, no se ha demostrado el perjuicio económico en la disminución del patrimonio sufrido por la entidad. En relación a la imposición de multas, estas deben estar precedidas de un procedimiento; de no existir dicho procedimiento, el acto administrativo adolecería de nulidad de pleno derecho, tal como lo establece el Art. 36 letra b) de la Ley de Procedimientos Administrativos, que establece "Los actos administrativos incurrir en nulidad absoluta o de pleno derecho, cuando: b) *se dicten prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido; se utilice uno distinto al fijado por la ley, o se adopten en ausencia de fases esenciales del procedimiento previsto o de aquella que garantizan el derecho a la defensa de los interesados*" Eficacia de los actos administrativos El Art. 26 LPA establece: "Los actos administrativos producirán sus efectos desde que se comuniquen a los interesados, excepto si únicamente producen efectos favorables o no procede su notificación ..." En el presente caso no hay un acto administrativo imponiendo la penalidad, y no se ha demostrado por parte de los auditores que haya existido disminución del patrimonio, sufrido por la entidad u organismo respectivo. Prohibición de vía de hecho "Art. 34. *Toda actuación material de ejecución debe tener como fundamento un acto administrativo y ajustarse a los límites y alcances definidos por este*". En el presente caso, al no existir un acto administrativo imponiendo la penalidad; legalmente no procede la imposición de la misma. El hecho que no se haya iniciado un procedimiento administrativo de penalidad de ninguna manera significa que ha existido perjuicio económico demostrado en la disminución del patrimonio, sufrido por la entidad u organismo respectivo. El



CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA



punto es que, en relación a la responsabilidad patrimonial, la Corte de Cuentas de República parte de un supuesto que no es legal. El hecho de que se haya informado un supuesto incumplimiento no significa que automáticamente o siguiendo el procedimiento respectivo, necesariamente se impondrá la penalidad, haciendo caso omiso de los argumentos de defensa y prueba que pueda aportar el presunto infractor, lo cual sería inconstitucional. Imponer una penalidad o sanción prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido; se utilice uno distinto al fijado en la ley, o se adopten en ausencia de fases esenciales del procedimiento previsto o de aquellas que garantizan el derecho de defensa del presunto infractor es causal de nulidad de pleno derecho, de conformidad al Art. 36 letra b) LPA. Asimismo, en su caso una vía de hecho está prohibida por el Art. 34 LPA. En ese sentido, en el presente caso no se ha demostrado que haya existido disminución del patrimonio, sufrido por la entidad u organismo respectivo, debido a la acción u omisión culposa de los servidores o terceros. Por tanto, no existen los supuestos establecidos legalmente, para determinar que en el presente caso existe responsabilidad patrimonial por parte de mi poderdante. CONCLUSIÓN. Existe una incongruencia entre las Bases de Licitación y las Bases de Concurso en relación a la aprobación de estimaciones y penalidad según CG-8.2 en relación a la penalidad relativa a la aprobación por parte de la supervisión, con errores; en el sentido que, las bases de licitación se refieren a observaciones en las estimaciones, no a errores como se menciona en las bases de concurso. En caso de observaciones éstas pueden ser superadas por el contratista y la supervisión; así mismo, el administrador del contrato únicamente tiene facultades para otorgar el visto bueno a las estimaciones; no aparece que tenga facultades para señalar o determinar que una estimación fue aprobada con errores. El Administrador de Contrato, en su informe de incumplimiento -si fuere el caso-, debió expresar los hechos en concordancia a los establecidos en el supuesto normativo contenido en la CG.8.2 y remitir nuevamente el informe de incumplimiento; esto para evitar que, en juicio contencioso administrativo, el acto administrativo mediante el cual se impusiera la penalidad, fuere declarado ilegal, por violación al principio de tipicidad. La redacción de la penalidad CG8.2 No. 8 no tiene una redacción clara, precisa e inequívoca, con lo cual se estaría vulnerando el principio de tipicidad. De acuerdo al Art. 160 LACAP, la Gerencia Legal Institucional, debe ser comisionada por el titular para instruir el procedimiento administrativo sancionatorio; que en el presente caso se trata de penalidades y no de sanciones conforme al Art. 85 LACAP por tanto el reparo planteado por el Auditor es erróneo, carece de fundamento técnico y legal. La Gerencia Legal Institucional, en relación a los informes del administrador del contrato de las mencionadas estimaciones; lo que hizo fue una opinión (no vinculante), basada en los documentos contractuales y ordenamiento legal aplicable, como la Constitución de la República y LPA, no con la finalidad que no se iniciara el procedimiento, sino que para fortalecer legalmente el mismo y que no fuera declarado nulo el acto administrativo respectivo, en un probable proceso contencioso administrativo. Que mi poderdante, en calidad de Gerente Legal solicitó que se revisaran las bases de licitación y de concurso, con el fin de evitar problemas legales en relación a la aplicación de sanciones. Que no existe evidencia ni fundamento legal alguno de que la



[Firma manuscrita]

Gerencia Legal Institucional haya inobservado la Cláusula octava INCUMPLIMIENTO del contrato de obra No. 194/2017; las condiciones Generales de contratación de las Bases de concurso Internacional CPINT-001/2017, CG-08 Multas y penalidades contractuales. 8.2 otras penalidades No. 8 y el Art. 160 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración pública. por lo tanto, jurídicamente no procede la responsabilidad administrativa y patrimonial en contra de mi poderdante, en relación al hallazgo No. 1 antes relacionado. PRUEBA OFRECIDA Copia simple de los siguientes documentos: En relación a la estimación 16. Medio probatorio: Memorándum MOP-UCR-LEGAL-ENVI-1890-2019 del 17 de octubre de 2019. Contenido de la prueba: Opinión de la Gerencia Legal Institucional Finalidad: establecer que lo que se pretendió con la opinión jurídica era que el procedimiento administrativo se respetara el principio de tipicidad. Medio probatorio: Memorándum MOPT-GACI-0927 /2019 del 19 julio de 2019. contenido: Remisión por parte de la Gerencia de Adquisiciones y Contrataciones Institucional (GACI) al Ministro de Obras Públicas, el informe de incumplimiento en relación a la estimación 16. Finalidad: Que el Gerente GACI remitió el informe de incumplimiento elaborado por el administrador del Contrato en relación a la estimación 16 al Titular del MOPT. Medio Probatorio: Memorándum MOPT-VMOP-BCIE-2120-150719-02 del 15 de julio de 2019 el Informe de incumplimiento de la estimación No. 16 del mencionado contrato suscrito por el Administrador de Contrato. Contenido de la prueba: "En vista de la revisión a la Estimación No. 16 realizada por esta Administración y habiéndose emitido nota MOP-VMOP-BCIE2120-050619-03 que contiene deferentes observaciones a dicho estimado, se considera que la Empresa Supervisora [REDACTED] aprobó este documento con errores". Finalidad de la prueba: demostrar que de acuerdo al informe del Administrador del Contrato la estimación 16 contenía observaciones. En relación a la estimación 17. Medio Probatorio: Memorándum MOP-UCR-LEGAL-ENVI-1844-2019 del 14 de octubre de 2019. Contenido de la prueba: Opinión de la Gerencia Legal Institucional. Finalidad: establecer que lo que se pretendió con la opinión jurídica era que en el procedimiento administrativo se respetara el principio de tipicidad. Medio Probatorio: Memorándum MOPT-GACI-1350/2019 de 23 de septiembre de 2019. Contenido: Remisión por parte de la Gerencia de Adquisiciones y Contrataciones Institucional (GACI) al Ministro de Obras Públicas, el informe de incumplimiento en relación a la estimación 16. Finalidad: Que el Gerente GACI remitió el informe de incumplimiento elaborado por el Administrador del Contrato en relación a la estimación 17 al Titular del MOPT. Medio Probatorio: Memorándum MOP-VMOP-BCIE-2120-190919-05 del 19 de septiembre de 2019 e Informe de incumplimiento de la estimación No. 17 del mencionado contrato suscrito por el Administrador de Contrato. Contenido de la Prueba. "En vista de la revisión a la Estimación No. 17 realizada por esta Administración y habiéndose emitido nota MOP-VMOP-BCIE2120-0207-19-01 que contiene deferentes observaciones a dicho estimado, se considera que la Empresa Supervisora [REDACTED] aprobó este documento con errores." Finalidad de la prueba: demostrar que de acuerdo al informe del administrador del contrato la estimación 17 contenía observaciones. En relación a la estimación 18 Medio de Prueba: Memorándum MOP-UCR-LEGAL-ENVI-1842-2019 del 10 de octubre de 2019. Contenido de la



prueba: Opinión de la Gerencia Legal Institucional. Finalidad: establecer que lo que se pretendió con la opinión jurídica era que el procedimiento administrativo se respetara el principio de tipicidad. Medio de Prueba: Memorándum MOPT-G ACI-1356/2019 del 23 de septiembre de 2019. Contenido: Remisión por parte de la Gerencia de Adquisiciones y Contrataciones Institucional (GACI) al Ministro de Obras Públicas, el informe de incumplimiento en relación a la estimación 18. Finalidad: Que el Gerente GACI remitió el informe de incumplimiento elaborado por el Administrador del Contrato en relación a la estimación 18 al Titular del MOPT. Medio de Prueba: Memorándum MOP-VMOP-BCIE-2120-200919-07 del 20 de septiembre de 2019 e Informe de incumplimiento de la estimación No. 18 del mencionado contrato suscrito por el administrador de contrato sin fecha. Finalidad de la prueba: demostrar que de acuerdo al informe del administrador del contrato la estimación 18 contenía observaciones. Contenido de la Prueba: "En vista de la revisión a la Estimación No. 18 realizada por esta Administración y habiéndose emitido nota MOP-VMOP-BCIE2120-0207-19-01 que contiene deferentes observaciones a dicho estimado, se considera que la Empresa Supervisora [REDACTED] aprobó este documento con errores." Medio Probatorio: Memorándum referencia MOP-UCR-LEGAL -ENVI-0924-2020 del 22 de octubre de 2020, suscrito por mi poderdante y dirigido al Gerente de Adquisiciones y Contrataciones Institucional del MOPT. contenido de la Prueba: observación a las bases de contratación: licitación, concurso o contratación directa; se ha advertido que en algunos casos dichos documentos tienen contradicciones o no tienen una redacción clara. Finalidad de la prueba: Que para futuros procesos de contratación se estudiaran dichas observaciones para valorarlas y mejorarlas. Medio probatorio: copia certificada del contrato No. 194-2017 suscrito entre el MOPT y la sociedad [REDACTED] y BASES DE CONCURSO PÚBLICO INTERNACIONAL CPINT-001/2017 DENOMINADO: SUPERVISIÓN DEL DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN (sic) DEL PROYECTO: "AMPLIACIÓN DE LA CARRETERA CA04S; TRAMO III: CONSTRUCCIÓN BY PASS (sic) DE LA LIBERTAD ENTRE KM 31.86 (CARRETERA CA04S) .KM 35 (CARRETERA CA02W), DEPARTAMENTO DE LA LIBERTAD". ESTACIONES 0+000 A 2+100. contenido de la prueba: las partes que suscribieron el contrato; y la redacción de las penalidades contenidas en las bases de concurso. Finalidad: demostrar que mi poderdante no es parte contractual y que legalmente no es posible que haya inobservado la cláusula octava INCUMPLIMIENTO del contrato de obra No. 194 /2017; las condiciones Generales de contratación de las Bases de Concurso Internacional CPINT-001/2017, CG-08 MULTAS Y PENALIDADES CONTRACTUALES. 8.2 OTRAS PENALIDADES No. 8. Medio probatorio: copia certificada administrativamente de las condiciones Generales de las Bases de Licitación Pública Internacional LPINT-02/2017 denominado: DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO: "AMPLIACIÓN DE LA CARRETERA CA04S) (sic) -KM 35 (CARRETERA CA02W) DEPARTAMENTO DE LA LIBERTAD" ESTACIONES 0+000 A 2+100". Contenido de la prueba: CG-48 PAGOS AL CONTRATISTA. Finalidad: Demostrar la regulación existente en las bases de licitación en relación a los pagos al contratista; demostrar que en caso de observaciones por parte del Supervisor, éste y el Contratista deberán superar dicha situación en forma conjunta y aprobar

la estimación en un período máximo igual a los anteriores." Y que no se reguló lo relacionado con los errores en las estimaciones...¹¹¹¹¹ Mediante la resolución emitida a las ocho horas y treinta minutos del día ocho de abril del corriente año, fs. 189, se tuvo por parte a la Licenciada Ana Patricia Renderos Ortiz, en la calidad antes descrita y se ordenó la incorporación de la prueba aportada.

V- Por medio del auto de fs. 189, se concedió audiencia a la Fiscalía General de la República, por el término legal, conforme al Art. 69 Inc. 3° de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, la cual fue evacuada a fs. 191, por la Licenciada [REDACTED] [REDACTED] quien en lo conducente manifiesta: ¹¹¹¹¹...Que he sido notificada de la resolución de las ocho horas treinta minutos del día ocho de abril dos mil veintiuno, por medio de la cual se concede audiencia a la Representación Fiscal para que emita opinión en el presente Juicio, la cual evacuó en los términos siguientes: La Licenciada [REDACTED] [REDACTED] en su calidad de Apoderada de la servidora actuante [REDACTED] [REDACTED] presento (sic) escrito con el objeto de desvanecer el Reparo Único atribuido en concepto de Responsabilidad Administrativa y Patrimonial, explicando en el escrito, del porqué del hallazgo; siendo del parecer que lo aportado, no es prueba de descargo suficiente y valedera para justificar el incumplimiento a las leyes, reglamentos y normas técnicas, en concepto de Responsabilidad Administrativa; así como para justificar el perjuicio económico demostrado en la disminución del patrimonio ocasionado a la Municipalidad (sic), en concepto de Responsabilidad Patrimonial; por lo que las condiciones reportadas por el auditor y señalada por los Jueces de Cuentas en el presente Pliego de Reparos en este momento procesal no han sido desvanecidas por la servidora actuante. Por todo lo anterior, luego del estudio del proceso y de las investigaciones realizadas, se puede establecer que es procedente que en sentencia definitiva la servidora actuante [REDACTED], sea condenada por la Responsabilidad Administrativa y Patrimonial correspondiente, tal como se expresa en el Pliego de Reparos; y para tal efecto solicita se emita Sentencia en base al Art. 69 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República...¹¹¹¹¹ A través de la resolución de las ocho horas y veinte minutos del día seis de mayo del presente año, fs. 194, se dio por evacuada la audiencia conferida al Ministerio Público Fiscal y se ordenó traer el presente Juicio de Cuentas para Sentencia.

VI- Luego de analizadas las explicaciones brindadas, documentación aportada y la opinión fiscal, esta Cámara se **PRONUNCIA** de la siguiente manera, respecto a las responsabilidades contenidas en el Reparo que se detalla a continuación:

REPARO UNICO, por Responsabilidad Administrativa y Patrimonial, bajo el Título: "INCUMPLIMIENTOS REPORTADOS POR EL ADMINISTRADOR DE CONTRATO, SIN EJECUTAR EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO". Referente a que el Administrador del Contrato de Supervisión No. 194/2017, derivado del Concurso



CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA



Público Internacional CPINT 001/2017, adjudicado a la Sociedad [REDACTED] reportó a la Gerencia de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, incumplimientos de dicha sociedad, al aprobar estimaciones con errores, presentadas por Constructora [REDACTED] Sucursal El Salvador; sin embargo, la Gerencia Legal Institucional devolvió al Administrador de Contrato dichos informes, por considerar que no era procedente iniciar el procedimiento administrativo de imposición de penalidad solicitado. Reparo atribuido a la Licenciada [REDACTED] Gerente Legal Institucional, por la cantidad de [REDACTED] DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA [REDACTED]. Sobre lo antes descrito la Licenciada [REDACTED] Apoderada General Judicial de la **servidora actuante**, argumenta en defensa de su poderdante, que la Sociedad [REDACTED] reportó a la Gerencia de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, la aprobación de estimaciones con errores, presentadas por Constructora [REDACTED], Sucursal El Salvador; sin embargo, la Gerencia Legal Institucional devolvió al Administrador de Contrato dichos informes, por considerar que era obligación de éste en todo caso, quien es el representante del MOP, en la ejecución del contrato de conformidad a lo establecido en el Art. 82- BIS LACAP. De igual manera, en las condiciones Generales de Contratación, contenidas en las Bases de Concurso Internacional CPINT- 001/2017, específicamente la CG-08; 8.2 OTRAS PENALIDADES No. 8, no aparece la figura de la Gerencia Legal Institucional, como la responsable de realizar acciones, sino hasta que recibe instrucciones directas del titular del Ministerio; estableciéndose en dichos documentos, las penalidades en que puede incurrir la empresa supervisora, al no cumplir con sus obligaciones; en ese sentido no se encuentra fundamento para sostener que su poderdante ha inobservado alguna norma. Ahora bien, en relación a lo dispuesto en el Art. 160 Inc. 3° de la LACAP, que determina, que para iniciar un proceso sancionatorio, la Gerente Legal debe ser comisionada por el Titular, siendo en el presente caso, que dicha servidora, no fue delegada por el señor Ministro de Obras Públicas, para proceder a iniciar el referido proceso sancionatorio en contra la Sociedad supervisora. Con lo antes expuesto alega que ha quedado suficientemente demostrado, que ninguna de las disposiciones legales, contractuales y bases de concurso que se mencionan en el informe de auditoría, ha sido inobservada por su poderdante. Por otro lado, alega respecto de las estimaciones dieciséis, diecisiete y dieciocho, que estas fueron autorizadas por la empresa supervisora [REDACTED] no obstante contener diferentes observaciones, existiendo sobre este punto, una incongruencia entre las Bases de Licitación y las Bases de Concurso, en relación a la aprobación de estas, por la

supervisora con errores, en el sentido que las primeras, se refieren a observaciones en las estimaciones y las segundas se refieren únicamente al termino errores, sin especificar el tipo, ni el momento de que éstas sean cometidas. Esto en razón, que en el caso particular de las observaciones, pueden ser superadas por el contratista y la empresa supervisora; pudiendo el administrador de contrato, otorgar su visto bueno; no estando facultado este, de acuerdo a los relacionados documentos, para determinar que una estimación, fue aprobada con errores. En ese orden de ideas, sostiene la referida profesional, que es importante establecer que una conducta, para ser calificada como típica, debe fundamentarse en el aforismo "nullun crimen sine lege", el cual determina que solo las conductas descritas previa y expresamente en la ley, como delitos o infracciones administrativas y para el presente caso "penalidades", deben estar expresamente definidas; situación que no ha ocurrido. Refiere además, que el hecho de no haberse iniciado un procedimiento administrativo de penalidad, de ninguna manera significa que ha existido perjuicio económico demostrado en la disminución del patrimonio, sufrido por la entidad u organismo respectivo; siendo además que la Corte de Cuentas de República, parte de un supuesto que no es legal, ya que el hecho de que se haya informado un supuesto incumplimiento, no significa que automáticamente o siguiendo el procedimiento administrativo correspondiente, deba imponerse una penalidad, haciendo caso omiso de los argumentos de defensa y prueba que pueda aportar el presunto infractor, por lo que de imponer una penalidad o sanción prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido, al no garantizarse el derecho de defensa del presunto infractor, es causal de nulidad de pleno derecho, de conformidad al Art. 36 letra b) Ley de Procedimientos Administrativos. Con su escrito presentó documentación de descargo, que se encuentra agregada de fs. 71 al fs. 188. En ese orden de ideas la **Representación Fiscal**, al emitir su opinión de mérito, hace relación a los argumentos brindados por la Apoderada General Judicial con Cláusula Especial de la reparada, considerando que la documentación aportada, no constituye prueba de descargo suficiente y valedera para justificar el incumplimiento a las leyes, reglamentos y normas técnicas, así como el perjuicio económico demostrado en la disminución del patrimonio de la Institución. Concatenado con lo anterior, **esta Cámara** considera, que la Licenciada [REDACTED] para sustentar sus argumentos, presentó documentación de descargo, consistente en: copias simples de los Memorándums MOP-UCR-LEGAL-ENVI-1890-2019, de fecha diecisiete de octubre de dos mil diecinueve, en el cual consta la opinión de la Gerencia Legal Institucional, GLI en relación a que no es procedente iniciar el procedimiento administrativo de imposición de



CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA



pena; debido que previo debe de existir la tipicidad de las infracciones y su posible sanción; MOPT-GACI-0927 /2019 de fecha diecinueve julio de dos mil diecinueve, por medio del cual se remitió por parte de la Gerencia de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, GACI al Ministro de Obras Públicas y Transporte, MOPT el informe incumplimiento contractual reportado por el Ingeniero Juan Carlos Figueroa Hernández, en su calidad de administrador de contrato, para iniciar el proceso administrativo sancionatorio, en razón de haberse aprobado de la estimación número dieciséis con errores; MOP-VMOP-BCIE-2120-150719-02 de fecha quince de julio de dos mil diecinueve, con el cual se remite el informe de incumplimiento en el proceso de revisión y aprobación de la estimación número dieciséis por parte de la empresa supervisora [REDACTED], suscrito por el administrador de contrato, dirigido al Ministro de Obras Públicas y Transporte, el que contiene las diferentes observaciones a dicha estimación; MOP-UCR-LEGAL-ENVI-1844-2019 de fecha catorce de octubre de dos mil diecinueve, en el cual se devuelve por la Gerencia Legal Institucional, el informe de incumplimiento de la aprobación de la estimación número diecisiete, al administrador de contrato, por considerar que legalmente no se le podrá dar trámite a un procedimiento sancionatorio, por no constar con la calificación de los hechos que se adecuen en la descripción de la penalidad; MOP-VMOP-BCIE-2120-190919-05 de fecha diecinueve de septiembre de dos mil diecinueve, por medio del cual se remite el informe de incumplimiento en el proceso de revisión y aprobación de la estimación número diecisiete, por parte del administrador de contrato, dirigido al Gerente de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, que contiene las diferentes observaciones a la respectiva estimación; entre otras. De lo anterior, se tiene que la Licenciada [REDACTED] ha comprobado con documentación pertinente, que su representada, quien actuó durante el periodo auditado como Gerente Legal en el Ministerio de Obras Públicas, realizó un análisis de los informes presentados por el Administrador de Contratos, relacionados con las estimaciones dieciséis, diecisiete y dieciocho, las cuales fueron aprobadas con incumplimientos por parte de la empresa supervisora de la ejecución del proyecto, habiendo determinado en su dictamen, que no se podría dar trámite al proceso administrativo sancionatorio, mientras no se contara con la calificación y descripción exacta de los hechos aducidos, de acuerdo a los supuestos contenidos en las Bases de Licitación y demás documentos contractuales, de acuerdo a la penalidad que pretendía imponerse; es decir, no fueron rechazados los referidos informes sino más bien, se solicitó una aclaración de los conceptos presentados por el Administrador de Contratos, como conocedor de la situación real, para proceder al trámite correspondiente,



Handwritten signature or mark.

coligiéndose de ello, que la falta de trámite de los procesos administrativos, dependió de un funcionario distinto a la justiciable, por lo que no puede ser una conducta exigible a su persona. Por otro lado, en cuanto a lo argumentado por la defensa, respecto de la comisión que debe hacer el señor Ministro de Obras Públicas, Transporte y de Vivienda y Desarrollo Urbano, a la Gerente Legal, para iniciar el proceso administrativo sancionador, se tiene que efectivamente el Art. 160 Inc. 3° de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece dicha condición como requisito para proceder; punto sobre el cual, no se pronunció el auditor en su informe, no encontrando en las Bases de Licitación y otros documentos contractuales, así como en la normativa aplicable, disposición en la que se faculte a la Gerencia Legal o quien haga sus veces, para iniciar de oficio el referido proceso sancionador. Finalmente, es oportuno aclarar a la Abogada Defensora, respecto de lo establecido en los Arts. 67 y 68 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, que el Pliego de Reparos, es el resultado del análisis del Informe de Auditoría y demás documentos, por parte de las Cámaras de Primera Instancia, para determinar los reparos atribuibles a cada uno de los funcionarios y empleados o terceros si los hubiere, emplazándoles para que hagan uso de su derecho de defensa, como las referidas disposiciones; respetándose en todo momento los principios y garantías constitucionales y procesales para que el encausado pueda ejercer su defensa de manera eficaz; siendo en la Sentencia Definitiva, el momento en el que es declarada la Responsabilidad Patrimonial, en caso de haberse comprobado un perjuicio económico que provoque la disminución del patrimonio, sufrido por la entidad u organismo respectivo, debido a la acción u omisión culposa de sus servidores o de terceros. En ese sentido y en virtud de las razones expuestas, es procedente determinar que el Reparo no subsiste.

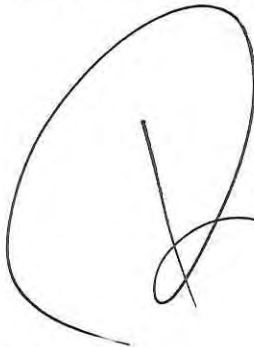
POR TANTO: De conformidad a los Arts. 195 de la Constitución de la República de El Salvador, Arts. 217 y 218 del Código Procesal Civil y Mercantil y Arts. 54, 55, 64, 66, 67, 68, 69, 107 y 108 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República y demás disposiciones citadas, a nombre de la República de El Salvador, ésta Cámara **FALLA: I- DECLARASE DESVANECIDA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PATRIMONIAL**, contenidas en el **Reparo Único**, por las razones expuestas en el Romano VI de la presente Sentencia; y en consecuencia **ABSUELVESE** a la Licenciada [REDACTED] Gerente Legal Institucional. II- Apruébase la gestión de dicha servidora pública, en el cargo y período establecido en esta sentencia, con relación al Examen de Auditoría que originó el presente Juicio de Cuentas, en consecuencia, extiéndasele el finiquito de Ley.



CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA



NOTIFIQUESE.



Ante Mí,


Secretaria de Actuaciones

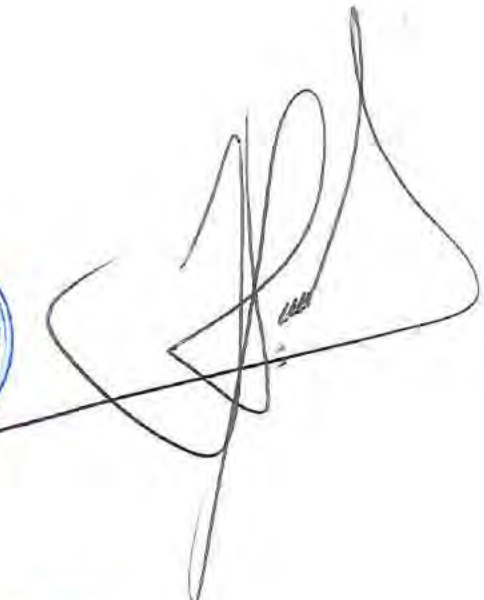
Exp. No. JC-CI-030-2020-6
REF. FISCAL: 25-DE-UJC-14-21
MOPTVDU
JHRosas



MARA PRIMERA DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CORTE DE CUENTAS DE LA REPUBLICA: San Salvador, a las once horas y veinte minutos del día catorce de diciembre de dos mil veintidós.

Transcurrido el término establecido de conformidad con el Art. 70 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, sin que se haya interpuesto Recurso alguno sobre la Sentencia Definitiva pronunciada por esta Cámara, a las diez horas y treinta minutos del día quince de diciembre de dos mil veintiuno, que corre agregada de folios **205** a folios **215** del presente Juicio, declarase ejecutoriada y librese la ejecutoria de Ley.

NOTIFIQUESE.



Ante mí,



Secretaria de Actuaciones