



INFORME N. ° DFOE-IFR-IF-0004-2018
30 de abril, 2018

DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN OPERATIVA Y EVALUATIVA

ÁREA DE FISCALIZACIÓN DE SERVICIOS DE INFRAESTRUCTURA

**INFORME DE LA AUDITORÍA DE CARÁCTER ESPECIAL SOBRE LA
GESTIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE CONCESIONES EN LA
CONSTRUCCIÓN DE LA FASE 2A DE LA TERMINAL DE
CONTENEDORES DE MOÍN (TCM)**

2018



CONTENIDO

Página Nro.

RESUMEN EJECUTIVO

1. INTRODUCCIÓN.....	1
ORIGEN DE LA AUDITORÍA	1
OBJETIVO DE LA AUDITORÍA	1
NATURALEZA Y ALCANCE DE LA AUDITORÍA	1
LIMITACIONES QUE AFECTARON LA EJECUCIÓN DE LA AUDITORÍA	2
GENERALIDADES ACERCA DE LA AUDITORÍA	2
METODOLOGÍA APLICADA	6
COMUNICACIÓN PRELIMINAR DE LOS RESULTADOS DE LA AUDITORÍA.....	6
2. RESULTADOS	6
SOBRE LA GESTIÓN DE CONTROL DE LA CONCESIÓN DE LA TCM	6
SOBRE LA GESTIÓN DE SUPERVISIÓN DE LA CONCESIÓN DE LA TCM.....	6
SOBRE LA CAPACIDAD DE LA UNIDAD EJECUTORA DEL CNC	11
SOBRE LA GESTIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA CONCESIÓN DE LA TCM.....	21
3. CONCLUSIONES.....	31
4. DISPOSICIONES	32
ANEXO NRO. 1.....	36



INFORME N°. DFOE-IFR-IF-0004-2018

RESUMEN EJECUTIVO

¿Qué examinamos?

Sobre el Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Explotación y Mantenimiento de la Terminal de Contenedores de Moín (TCM) suscrito el 13 de febrero de 2012 por la Administración Concedente, se examinó la gestión del Consejo Nacional de Concesiones para el cumplimiento contractual durante la construcción de la Fase 2A de la TCM.

¿Por qué es importante?

El proyecto de concesión comprende un plazo máximo de 33 años y una inversión total estimada en US\$956.453.273,00 a desarrollar en tres fases de obras: Fase 2A –incluida dentro del alcance de esta auditoría, Fase 2B y Fase 3.

¿Qué encontramos?

Debilidades en la aplicación de los mecanismos de control establecidos en el Contrato de Concesión que están relacionados con un limitado control del programa de construcción de la TCM y del programa de inversiones, la inobservancia del plazo establecido para la aprobación y publicación del Reglamento de Servicio de la TCM y del plazo de la garantía de construcción.

También se determinó que la capacidad organizativa de la Unidad Ejecutora para el control del Contrato de Concesión de la TCM y el respectivo Contrato de Supervisión de la citada Concesión, debe ser fortalecida de manera que el Gerente de Proyecto cuente con el personal de apoyo del CNC. Sumado a debilidades de control relacionadas con la necesidad de establecer los procedimientos formalmente y un plan de trabajo aprobado por el superior jerárquico y comunicado a los diferentes actores involucrados en la gestión orientado a garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Además, en el período examinado, el CNC asignó las funciones de fiscalización al Órgano Fiscalizador (OF) creado en ese Consejo en el año 2012, el cual depende de la Secretaría Técnica. Esta situación, a criterio de este órgano contralor podría estar relacionada con una limitada comprensión de la composición de la Administración Concedente Compleja de esta Concesión y de la diferente naturaleza de las funciones de supervisión y fiscalización.

¿Qué sigue?

Se dispone al Ministro de Obras Públicas y Transportes gestionar: la suscripción del convenio entre las partes que integran la Administración Concedente y establecer un mecanismo de control que permita asegurar su vigencia, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión de la TCM; también, la emisión y publicación del Reglamento de Organización y Funciones de la Administración Concedente para la Ejecución, Fiscalización y Control de la Concesión de la TCM que permita establecer claramente las funciones y responsabilidades de los entes y órganos de acuerdo con la normativa aplicable; el Reglamento de Fiscalización y el Reglamento de Servicio de la TCM.

A los miembros de la Junta Directiva del CNC, ordenar las acciones efectivas, a fin de que la función de fiscalización de la Concesión de la TCM sea realizada por la Unidad Fiscalizadora con dependencia de esa Junta Directiva, según lo establecido en el Contrato de Concesión de la TCM y emitir los lineamientos que permitan garantizar el ejercicio objetivo e independiente de la función de fiscalización y que delimiten el accionar de la Secretaría Técnica de ese Consejo, según lo establecido en el artículo Nro. 6 de la Ley Nro. 8643.

A la Secretaría Técnica; acreditar los controles sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en el Contrato de Concesión, en lo que respecta al programa de ejecución de las obras y provisión de equipamientos, instalaciones y bienes de la TCM y el cumplimiento del programa de inversiones, así como girar de manera formal una orden que elimine la práctica de delegar funciones de naturaleza ordinaria propias del CNC a personal contratado por medio del Contrato de Supervisión y establecer la delegación formal de funciones que permita individualizar las responsabilidades y líneas de autoridad hacia los funcionarios públicos, encargados del control tanto del Contrato de Concesión como del Contrato de Supervisión de la TCM, en lo que resta de la etapa de construcción y en la recepción provisional y definitiva de la Fase 2A.

A la Secretaría Técnica y al Gerente de Proyecto de la TCM conjuntamente, acreditar el programa de trabajo debidamente avalado y comunicado, sobre la gestión de control de la Unidad Ejecutora en la etapa de construcción de la fase 2A de la TCM que comprenda, el establecimiento de la periodicidad de la rendición de informes por parte del Gerente de Proyecto de la TCM.



INFORME Nro. DFOE-IFR-IF-0004-2018

DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN OPERATIVA Y EVALUATIVA

ÁREA DE FISCALIZACIÓN DE SERVICIOS DE INFRAESTRUCTURA

**INFORME DE LA AUDITORÍA DE CARÁCTER ESPECIAL SOBRE LA
GESTIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE CONCESIONES EN LA
CONSTRUCCIÓN DE LA FASE 2A DE LA TERMINAL DE
CONTENEDORES DE MOÍN (TCM)**

1. INTRODUCCIÓN

ORIGEN DE LA AUDITORÍA

- 1.1. El estudio se efectuó con fundamento en las competencias que le confieren a esta Contraloría General de la República (CGR) los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, 12 y 21 de su Ley Orgánica, Nro. 7428, en cumplimiento del Plan de Trabajo del Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa (DFOE).

OBJETIVO DE LA AUDITORÍA

- 1.2. Evaluar la gestión del Consejo Nacional de Concesiones (CNC) para el cumplimiento contractual relacionado con la etapa de construcción de la fase 2A de la Terminal de Contenedores de Moín (TCM).

NATURALEZA Y ALCANCE DE LA AUDITORÍA

- 1.3. Este estudio constituye una auditoría de carácter especial, un tipo de auditoría con enfoque de cumplimiento, realizada para verificar que las actividades de los sujetos fiscalizados se ejecuten de conformidad con las leyes, reglamentos u otras normativas que las regulan.

1.4. La auditoría de carácter especial se concentró en evaluar la organización y gestión del CNC para la supervisión de los aspectos técnicos, legales, ambientales, económicos, financieros y contables de la Concesión¹ y además, evaluar la organización y gestión de la Unidad Fiscalizadora establecida en el Contrato de Concesión encargada de fiscalizar y rendir cuentas sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes intervinientes en el citado Contrato.

1.1. El análisis comprendió la información remitida por el CNC, en atención a las solicitudes de información realizadas por esta Contraloría General durante el estudio, así como, la información recabada en los expedientes del CNC.

LIMITACIONES QUE AFECTARON LA EJECUCIÓN DE LA AUDITORÍA

1.2. El CNC carece de lineamientos y procedimientos formales en materia de gestión de la información del proyecto -archivo físico y electrónico- que permita asegurar razonablemente la obtención completa y oportuna de los diferentes documentos; registros, informes, oficios, entre otros.

GENERALIDADES ACERCA DE LA AUDITORÍA

1.3. El Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Explotación y Mantenimiento de la Terminal de Contenedores de Moín (TCM) fue suscrito el 13 de febrero de 2012 por la Administración Concedente y refrendado por este órgano contralor el 21 de marzo de 2012².

1.4. De conformidad con lo establecido en la cláusula Nro. 20.19 Estimación, el Contrato se suscribe por US\$956.453.273,00, monto ofertado para la construcción y equipamiento de la fase 2A incluida dentro del alcance de esta auditoría, fase 2B (que comprende la 2B1 y 2B2) y fase 3, que corresponde a la inversión total estimada del proyecto.

1.5. Según se establece en la cláusula Nro. 8.3 del Contrato de Concesión, las obras a realizar en el proyecto de concesión corresponden a las fases: 2A, 2B³ que a su vez se subdivide en 2B1 y 2B2 y fase 3⁴. La fase 2A,

¹ Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Explotación y Mantenimiento de la Terminal de Contenedores de Moín (TCM) suscrito entre el Poder Ejecutivo y la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) y las empresas APM Terminals Moín Sociedad Anónima y APM Terminals Central America B.V., suscrito en fecha 13 de febrero de 2012.

² Oficio Nro. DCA-0692 (02739) del 21 de marzo de 2012 de la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República.

³ Una segunda fase denominada 2B, a desarrollar en dos sub fases que se denominan fase 2B1 que corresponde al tercer puesto de atraque, la ampliación de la estructura del muelle en 300 metros hacia el este, y el patio en 413 metros hacia el este, para lograr una superficie total de 57 hectáreas, además de la construcción de los diques de contención y

actualmente en construcción, incluida en el alcance de esta auditoría, comprende una estructura de muelle de al menos 600 metros de largo y 420 metros de ancho correspondiente a dos puestos de atraque, calzada de acceso terrestre y diques de protección, obras de dragado y al menos 40 hectáreas de terminal de contenedores, lo anterior a construirse en un plazo de 36 meses contados a partir de la emisión de la orden de inicio de construcción.

- 1.6. La Administración Concedente⁵ dispone⁶ de dos niveles de intervención para el control del cumplimiento de las obligaciones contractuales y, en general, de todas las gestiones que se deriven de esa relación, a saber: las funciones de “Control, supervisión e inspección” y las funciones de “Fiscalización”, según lo establecido en la cláusula Nro. 14.2 “Régimen de Control” del Contrato.
- 1.7. Específicamente la cláusula Nro.14.2.15.1 Sobre la Unidad Ejecutora, establece que la función de supervisión e inspección la ejercerá la Administración Concedente para lo cual conformará la Unidad Ejecutora, que dependerá del Secretario Técnico del CNC y que será dirigida por el Gerente de Proyecto⁷. Además estará constituida por un grupo de trabajo, con personal técnico altamente especializado, la cual será la responsable de supervisar integralmente el cumplimiento del Contrato.
- 1.8. Asimismo, establece que esa Unidad Ejecutora contará para el adecuado cumplimiento de sus funciones durante el período de transición y el total de los 36 meses de construcción de la fase 2A, con el apoyo de una empresa consultora especializada en ingeniería portuaria, quien realizará las labores de supervisión en el campo, que será denominada unidad de soporte.

revestimiento para permitir los rellenos necesarios. Esta fase deberá construirse cuando se alcance un volumen de carga anual de 1.5 millones de TEUS y la fase 2B2 que constituyen un adelanto de la fase 3, comprendiendo la pavimentación e iluminación del área que se relleno en exceso a lo requerido en la etapa 2B1, ampliando el patio de contenedores en aproximadamente 8 hectáreas.

⁴ La fase 3, que incluye la construcción del resto de la terminal, ampliando la estructura del muelle en 600 metros de largo, hasta alcanzar un total de 1.500 metros de muelle y 78.6 hectáreas de terminal.

⁵ Cláusula Nro. 1.3 del Contrato de Concesión establece “De conformidad con la Ley General de Concesión de Obra pública con servicios públicos, el término Administración Concedente, se entenderá que es el Poder Ejecutivo, constituido por la Presidenta de la República y el Ministro de Obras Públicas y Transportes y el Ministro de Hacienda y la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), quienes por disposición de ley ostentan competencias concurrentes en el ámbito de la infraestructura y servicios portuarios. La Administración Concedente será representada para todos los efectos del presente contrato por el Consejo Nacional de Concesiones.”.

⁶ Ejercicio de las potestades de control de la Administración Concedente durante las distintas etapas de la ejecución del contrato de concesión, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 9d y 16a de la LGCOP y artículo 6 de la Ley 8643. Cláusula Nro. 14.2 sobre el Régimen de Control.

⁷ Persona física de enlace entre el Concesionario y el CNC, para toda la relación contractual del proyecto de concesión según la cláusula Nro. 2.1 Definiciones.

- 1.9. Por medio de la Licitación Pública Internacional Nro. 2011 LI-000001-00200, el CNC contrató la “unidad de soporte”, estableciendo como objeto del Contrato de Supervisión respectivo (cláusula tercera);

“...velar por el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario establecidas en el Contrato de Concesión, concretamente, las establecidas para el diseño completo de la Terminal de Contenedores de, (sic) así como para la ejecución de las obras y equipamiento de la misma en su Fase 2A que incluye: (...). Así mismo a la Supervisión de la Ejecución de las Obras y Equipamiento de la Nueva Terminal de Contenedores de Moín, según la propuesta técnica del Concesionario para la Fase 2A.”

- 1.10. Por otra parte, las funciones de “Fiscalización” sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes intervinientes en el Contrato de Concesión son asignadas a una Unidad de Fiscalización, según la cláusula Nro.14.2.15.2.
- 1.11. Seguidamente se introducen algunos conceptos que fueron desarrollados⁸ por esta Contraloría General y que son fundamentales para comprender los resultados contenidos en este informe de auditoría, puesto que se observó que de manera recurrente la Administración confunde los diferentes mecanismos de control.
- 1.12. El sistema de control interno consiste en el conjunto de acciones ejecutadas por la administración activa, diseñadas para proporcionar seguridad razonable en la consecución de los objetivos del sistema⁹. Estas acciones coadyuvan en el cumplimiento de los objetivos institucionales y se llevan a cabo cotidianamente por el jerarca, los titulares subordinados y el resto de funcionarios, según sus competencias.¹⁰

⁸ Estudio sobre la ejecución del Contrato de Concesión en el Aeropuerto Internacional Daniel Oduber (AIDO), Nro. DFOE-IFR-IF-2-2012 del 30 de marzo de 2012, que consideró el Manual de Normas Generales de Auditoría para el Sector Público (M-2-2006-CO-DFOE), actualizadas mediante resolución R-DC-64-2014 de la Contraloría General.

⁹ Ley General de Control Interno Nro.8292, artículos 2 incisos b), c), d), 7 y 10. Normas de Control Interno para el Sector Público (N-2-2009-CO-DFOE), Normas 1.1 Sistema de Control Interno. 1.4 Responsabilidad del jerarca y los titulares subordinados sobre el SCI.

¹⁰ El Manual General de Fiscalización Integral de la CGR, al referirse al control interno indica que éste no se puede aislar como un proceso independiente de los procesos de gestión institucional, sino como un sistema que está inmerso en cada uno de los procesos. El control interno constituye una herramienta para la administración por resultados u objetivos, como un medio para alcanzar los objetivos y nunca como un fin en sí mismo. Por su parte, en el ámbito de la temática de la calidad, la normativa técnica establece que ésta se puede gestionar mediante un sistema que debe integrarse al sistema de gestión institucional.

- 1.13. El ejercicio del control en la Administración Pública se lleva a cabo en las diferentes etapas de la gestión institucional (planificar, organizar, dirigir, ejecutar, evaluar y monitorear) y según la doctrina más calificada la Administración lo puede ejecutar desde tres puntos de vista: el control anterior que en realidad funciona a modo de autorización para el acto o contrato y actúa como condicionante de validez, de manera que cuando el acto sometido al examen no sea conforme a lo debido, proceda, según sea el caso, la suspensión o sustitución; el control posterior que es en realidad una aprobación de lo actuado por la Administración, y constituye un requisito de eficacia del acto; y el control concomitante, que se verifica en todo el proceso, a modo de una verdadera fiscalización de la actuación de los entes públicos, constituyéndose en requisitos de validez y eficacia al mismo tiempo.¹¹
- 1.14. La supervisión es la verificación permanente que realiza la Administración dentro de una organización para determinar que los procesos se estén conduciendo correctamente, y para emprender las medidas necesarias para reencauzarlos, si es que se han desviado, resultando en una función tanto orientadora como detectiva o correctiva¹². En la actividad de supervisión los responsables toman decisiones y ejecutan el control necesario para ejercer las funciones que le fueron asignadas en el Contrato de Concesión respectivo.
- 1.15. La función de fiscalización es una actividad independiente y objetiva¹³ orientada a garantizar la efectividad del manejo de los fondos públicos, a colaborar en la reducción de los riesgos institucionales derivados de la concesión, a procurar una garantía razonable de que la actuación del jerarca, los titulares subordinados, del resto del personal y del Concesionario en este caso, se ejecute de conformidad con sanas prácticas y con el marco legal y técnico vigente y a contribuir al cumplimiento por parte de la Administración de su obligación constitucional de rendir cuentas¹⁴, lo cual se debe realizar en las diferentes etapas del proyecto concesionado.
- 1.16. A diferencia de la supervisión, el fiscalizador no toma decisiones ni ejecuta, por el contrario, emite recomendaciones de manera oportuna, para dar a conocer a quienes competa, de acuerdo con el Contrato de Concesión y demás marco legal y técnico, las desviaciones, debilidades o cualquier

¹¹ Sala Constitucional, Resolución Nro. 05445-1999 del 14 de julio de 1999.

¹² Normas de Control Interno para el Sector Público (N-2-2009-CO-DFOE).

¹³ Manual de Normas Generales de Auditoría para el Sector Público (M-2-2006-CO-DFOE).

¹⁴ Manual de Normas Generales de Auditoría para el Sector Público (M-2-2006-CO-DFOE).

eventual irregularidad que se presente. En resumen, la fiscalización es una actividad de validación, comprobación o verificación ejercida por un órgano externo o interno, la cual debe ser independiente y objetiva para determinar asuntos específicos de la gestión del proyecto concesionado.

METODOLOGÍA APLICADA

- 1.17. Para el desarrollo del estudio se observó lo estipulado en las Normas Generales de Auditoría para el Sector Público, el Manual General de Fiscalización Integral (MAGEFI), las Normas de Control Interno para el Sector Público y demás normativa atinente.

COMUNICACIÓN PRELIMINAR DE LOS RESULTADOS DE LA AUDITORÍA

- 1.18. La comunicación preliminar de los principales resultados, conclusiones y disposiciones del estudio a que alude el presente informe, se efectuó el 12 de abril de 2018, a las trece y treinta horas, en las instalaciones del Consejo Nacional de Concesiones (CNC).
- 1.19. El borrador del presente informe se entregó en versión digital, mediante oficios Nros. DFOE-IFR-0178 (4999) y DFOE-IFR-0179 (5000), ambos del 12 de abril del 2018, con el propósito de que en un plazo no mayor de cinco días hábiles, se formulara y remitiera a la Gerencia del Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura de este órgano contralor, las observaciones que consideraran pertinentes sobre su contenido. Al respecto, se recibió el oficio Nro. CNC-ST-OF-0606-2018 del 19 de abril de 2018, de la Secretaría Técnica del CNC, cuyas observaciones fueron consideradas, según lo indicado en el Anexo Nro. 1 de este informe, donde se presenta la valoración de observaciones al borrador del informe.

2. RESULTADOS

SOBRE LA GESTIÓN DE CONTROL DE LA CONCESIÓN DE LA TCM

SOBRE LA GESTIÓN DE SUPERVISIÓN DE LA CONCESIÓN DE LA TCM

- 2.1 Esta Contraloría General examinó la aplicación de diferentes mecanismos de control establecidos en el Contrato de Concesión de la TCM y detectó debilidades en la supervisión ejercida por la Unidad Ejecutora del CNC, tales como: un limitado control del proceso constructivo al no contarse con el aval y la actualización oportuna del programa de construcción de la TCM, un limitado control del programa de inversiones, la inobservancia del plazo establecido para la aprobación y publicación del Reglamento de Servicio de la TCM y de rendición de la garantía de construcción.
- 2.2 En lo que respecta a la documentación que demostrara el suficiente y oportuno accionar del CNC, en relación con el programa definitivo de

ejecución de las obras y provisión de equipamientos, instalaciones y bienes, presentado por el Concesionario, al momento de iniciar la fase de construcción de la TCM, es importante destacar que la Unidad Ejecutora únicamente remitió a este órgano contralor, la nota¹⁵ de presentación del Concesionario y el oficio¹⁶ de la Administración mediante el cual se realizaron requerimientos adicionales de información al Concesionario.

- 2.3 También se evidenció un limitado control del proceso constructivo ante la falta de actualización oportuna del programa de construcción de la fase 2A de la TCM, situación que quedó demostrada en las solicitudes realizadas por la Unidad Ejecutora al Concesionario en setiembre¹⁷ del 2016, marzo y junio de 2017¹⁸ y posteriormente en julio¹⁹ de ese mismo año, concediéndose un plazo de 1 (un) mes calendario, sin que el CNC haya acreditado²⁰ a este órgano contralor, que en el período examinado, el control se haya realizado a partir de un programa avalado y actualizado.
- 2.4 En relación con lo anterior, el Gerente de Proyecto señaló²¹ a esta Contraloría General que *“el Concesionario ha optado por la presentación de un cronograma basado exclusivamente en hitos, no en barras de avance, lo que imposibilita su seguimiento (...)”*. Posteriormente, se aportaron documentos²² que evidenciaron que a diciembre del 2017, no se tenía la prueba documental de la respectiva acreditación del control por medio de un programa de construcción avalado por la Gerencia de la Unidad Ejecutora.
- 2.5 Finalmente, el CNC indicó²³ al Concesionario que el *“cronograma es (sic) cumple los requerimientos técnicos para que pueda ser utilizado para realizar el seguimiento de las actividades que faltan por realizar para la conclusión satisfactoria del proyecto”*. Además que *“la Unidad Ejecutora se da por informada de que la obra tendrá un retraso en su finalización (...), el Concesionario prevé que sea para el 19 de enero de 2019 y la recepción para el 19 de febrero de 2019”* y señaló: *“Este comunicado no implica que se dé*

¹⁵ Nota Nro. 2015-DIR-32 del 05 de febrero de 2015 de APM Terminals Moín, S.A.

¹⁶ Oficio Nro. UE-TCM-OF-034-2015 de 13 de febrero 2015 de la Unidad Ejecutora del CNC.

¹⁷ Oficio Nro. CNC-APD-TCM-OF-2016-0420 de 6 de setiembre de 2016 de la Unidad Ejecutora del CNC.

¹⁸ Oficios Nros. CNC-TCM-OF-0150-2017 de 27 de marzo y CNC-TCM-OF-0353-2017 de 20 de junio del 2017 de la Unidad Ejecutora del CNC.

¹⁹ Oficio Nro. CNC-TCM-OF-0381-201 del 6 de julio de 2017 de la Unidad Ejecutora del CNC.

²⁰ Oficio Nro. CNC-TCM-OF-0448-2017 del 8 de agosto de 2017 de la Unidad Ejecutora del CNC.

²¹ Oficio Nro. CNC-APD-TCM-OF-2016-0527 del 16 de diciembre de 2016 del Área de Proyectos en Desarrollo del CNC.

²² Oficio Nro. 2018-DIR-018 del 9 de enero de 2018 y Nro. 2017-DIR-612 del 15 de diciembre de 2017, ambos de APM Terminals Moín, Sociedad Anónima.

²³ Oficio Nro. CNC-TCM-OF-0153-2018 del 13 de marzo de 2018 de la Unidad Ejecutora del CNC.

por aceptado el retraso que se comunica o la autorización de algún tipo de prórroga, por lo que quedará a criterio de la Administración, según lo que en derecho corresponda, proceder con las acciones penalizadoras establecidas contractualmente para el caso”.

- 2.6 Al respecto la cláusula Nro. 14.2.15.1 del Contrato de Concesión dispone que corresponde al Gerente de Proyecto las funciones de avalar el programa de trabajo aportado por el Concesionario y llevar el control adecuado de la programación completa de la obra definida y sus actividades y la cláusula Nro. 14.2.6.2 del referido Contrato establece que el control de dichos trabajos abarca la adecuación de la obra al proyecto aprobado con sus eventuales modificaciones.
- 2.7 Por otra parte, al solicitar²⁴ este órgano contralor la evidencia del control sobre el plan de verificación del avance financiero del proyecto, el CNC indicó²⁵ que no existe un cronograma de inversiones, argumentando que no corresponde a una obligación dispuesta en el Contrato y señalando que el riesgo de construcción es del Concesionario y no puede, ni debe, asumirlo la Administración.
- 2.8 No obstante, lo indicado por la Administración, es importante destacar que tanto en el Contrato de Concesión como en el de Supervisión, se logra observar la relevancia de que el CNC lleve a cabo el control de las inversiones. Sobre el particular, la cláusula Nro. 15.5 del Contrato de Concesión dispone que el Concesionario debe llevar un programa de control de costos y de avance del proyecto, información que será revisada y aprobada por la Administración Concedente, la cual es relevante para una eventual conclusión anticipada del Contrato; estableciendo además, que durante la construcción el concesionario deberá presentar entre otros informes mensuales, un informe de avance en la construcción y ejecución de inversiones y un informe financiero sobre la construcción de la obra.
- 2.9 En concordancia con lo anterior, la cláusula Nro. 6.1 del Contrato de Supervisión establece como parte de las funciones a realizar por la Supervisora, el verificar el estricto cumplimiento del plan de inversión y financiamiento de la Concesión; advertir oportunamente sobre los problemas que se visualicen o se presenten y asesorar al Gerente de Proyecto en las modificaciones, correcciones o adecuaciones que corresponda aplicar. Finalmente, la cláusula Nro. 6.8 del Contrato de Supervisión, en relación con las funciones de la Supervisora en el ámbito financiero establece la de verificar el normal y oportuno aporte de recursos al proyecto, de acuerdo con

²⁴ Oficio Nro. DFOE-IFR-0595 (16272) del 13 de diciembre de 2016 de la Contraloría General de la República.

²⁵ Oficio Nro. CNC-APD-TCM-OF-2016-0527 del 16 de diciembre de 2016 del Área de Proyectos en Desarrollo del CNC.

el Programa de Inversiones y parámetros económicos presentado por el Concesionario.

- 2.10 Por otra parte, se determinó que la garantía de construcción de la fase 2A²⁶, emitida el 4 de diciembre de 2014, cuyo monto es de US\$ 15.602.398,00 fue rendida para el periodo comprendido entre el 3 de diciembre de 2014 y el 3 de enero de 2018 y por ende, no cubrió inicialmente²⁷ la totalidad del plazo establecido contractualmente.
- 2.11 Lo anterior por cuanto el Contrato de Concesión en su cláusula Nro. 7.11 estableció como condición precedente a la Orden de Inicio de la Construcción de la fase 2A, la obligación de rendir una garantía de construcción cuya vigencia debe cubrir el plazo total estimado²⁸ para la construcción y que una vez, finalizada la construcción de la fase 2A y autorizada su recepción definitiva por parte de la Administración Concedente, ésta autorizará sustituir la garantía de construcción de esta fase por la garantía de explotación.
- 2.12 Por otra parte, la Administración no acreditó la aprobación y publicación del Reglamento de Servicio de la TCM en el Diario Oficial La Gaceta, dentro del plazo contractual de 6 meses posteriores a la presentación de la propuesta de reglamento por parte del Concesionario, tal y como lo estipuló la cláusula Nro. 4.4 del Contrato de Concesión. La citada cláusula establece, que es obligación del Concesionario la confección de una propuesta de reglamento de servicio, la cual debe contener al menos los siguientes componentes: Plan de Operación de la TCM; Plan de Emergencias; Plan de facilitación o de coordinación con la Administración, líneas navieras, servicio de Aduana, Seguridad Pública, MAG, INS, Comité de Emergencias, agentes de aduana, y otros que se relacionen con la Terminal; Reclamos del usuario de la TCM; Manual de Operación de los servicios a prestar; Plan de mantenimiento de infraestructura; Plan de mantenimiento de equipos; y Plan de aseo.
- 2.13 Además, literalmente, la referida cláusula dispone:

“Este (sic) propuesta de reglamento deberá ser entregado (sic) dentro de un plazo máximo a dieciocho (18) meses (sic), a partir de la emisión de la orden de inicio de la construcción de la fase 2 A, aprobado y publicado en el diario oficial La Gaceta en un plazo máximo de seis meses posteriores a su entrega por parte del concesionario. / Una vez aprobado y publicado, dicho cuerpo normativo será obligatorio e imperativo para la Sociedad Concesionaria, la Administración Concedente y los usuarios. / (...).”

²⁶ El monto es de US\$ 15.602.398,00 (quince millones seiscientos dos mil trescientos noventa y ocho dólares).

²⁷ Certificado de Enmienda Garantía de Construcción del 28 de diciembre de 2017 establece “SU VENCIMIENTO HA SIDO PRORROGADO HASTA: EL 03 DE ABRIL DE 2019.”

²⁸ El Contrato de Concesión estableció el plazo de construcción de la fase 2A en 36 meses y el CNC por medio de la Orden de Inicio de Construcción de la fase 2A –Orden de Servicio Nro. 2- ordenó al Concesionario el inicio a partir del 19 de enero de 2015.

- 2.14 Al respecto el Gerente de Proyecto informó²⁹ que la propuesta (del Reglamento) presentada por el Concesionario en febrero de 2016 fue revisada, ajustada y sometida a aprobación de la Junta de Administración Portuaria de Desarrollo de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) y que para algunos documentos que integran el Reglamento, aún no se tiene determinación de las fechas de presentación por parte del Concesionario. Además, la Gerencia de Proyecto informó³⁰ que para la revisión del documento presentado por el Concesionario se conformó una comisión compuesta por personeros de la Unidad Ejecutora, JAPDEVA y la empresa Supervisora contratada por el CNC, y se han estado realizando sesiones de trabajo.
- 2.15 En ausencia de la oficialización del Reglamento citado, esta Contraloría General indagó³¹ si el CNC dispone de un plan de trabajo formalmente establecido y comunicado a las partes involucradas que asegure su publicación previo al inicio de operaciones de la TCM, como una medida de fortalecimiento del sistema de control interno institucional (SCI) y del compromiso superior de garantizar razonablemente la efectividad del SCI, según lo establecido en el artículo Nro. 15 de la Ley de Control Interno, sin embargo, la Administración no aportó evidencia de su existencia³².
- 2.16 Para la Gerencia de Proyecto existe una disfunción³³ en el Contrato de Concesión, relacionada con la obligación de disponer del Reglamento de Servicio en “*épocas tempranas*”, argumentándose que no se puede disponer del plan de mantenimiento de los equipos hasta contar con los equipos completamente fabricados e instalados, del plan de mantenimiento de infraestructura hasta la construcción definitiva de la misma y del plan de emergencias, de aseo, etc., una vez acabada la obra y de previo a la entrada en servicio.
- 2.17 Sin embargo, no se aportó a esta Contraloría General evidencia que respalde la modificación contractual respectiva y el plan de trabajo que permita asegurar que previo al inicio de operaciones de la TCM se contará con el Reglamento de Servicio debidamente aprobado y publicado en el Diario Oficial La Gaceta.
- 2.18 En relación con las condiciones apuntadas anteriormente cabe señalar las causas que se detallan seguidamente:

²⁹ Oficios Nros. CNC-APD-TCM-OF-2016-0527 y CNC-TCM-OF-0449-2017 del 16 de diciembre de 2016 y 8 de agosto de 2017 respectivamente de la Unidad Ejecutora del CNC.

³⁰ Oficio Nro. CNC-TCM-OF-0449-2017 del 08 de agosto de 2017 de la Unidad Ejecutora del CNC.

³¹ Oficio Nro. DFOE-IFR-0595 (16272) del 13 de diciembre de 2016 y DFOE-IFR-0316 (08599) del 27 de julio de 2017 de la Contraloría General de la República.

³² Oficio Nro. CNC-TCM-OF-0449-2017 del 08 de agosto de 2017 de la Unidad Ejecutora del CNC.

³³ Oficio Nro. CNC-APD-TCM-OF-2016-0527 del 16 de diciembre de 2016 del Área de Proyectos en Desarrollo del CNC.

- a. Debilidades en las acciones de control por parte del CNC.
 - b. El CNC ha tenido la práctica de supeditar algunas de sus obligaciones y funciones en la empresa supervisora, más allá del apoyo o soporte que le corresponde, lo cual está también vinculado con la limitada capacidad de la Unidad Ejecutora. (Ver más adelante hallazgo “Sobre la Capacidad de la Unidad Ejecutora del CNC”).
- 2.19 La situación expuesta podría propiciar y causar una serie de efectos negativos, como son:
- a. Pérdida de control del proyecto de concesión y menoscabo de la rendición de cuentas del CNC sobre el estado de su avance y cumplimiento de las obligaciones contraídas en el Contrato de Concesión, sumado a la posibilidad de que no se cuente con la información suficiente y oportuna para la toma de decisiones en la ejecución de lo que resta de la etapa de construcción de la fase 2A y enfrentar el proceso de recepción provisional y definitiva e inicio de la etapa de explotación de la TCM.
 - b. Que se aumente la probabilidad de que se materialicen riesgos asociados con la falta de identificación oportuna de incumplimientos contractuales y que el proyecto de concesión no se ajuste a lo establecido en el Contrato de Concesión en cuanto al alcance, calidad, plazo e inversiones.

SOBRE LA CAPACIDAD DE LA UNIDAD EJECUTORA DEL CNC

- 2.20 En la auditoría se determinó que el CNC cuenta con una limitada capacidad para el control del Contrato de Concesión de la TCM y el respectivo Contrato de Supervisión de la citada Concesión, al estar conformada la Unidad Ejecutora por un Gerente de Proyecto, el cual cuenta con la condición de funcionario público³⁴ y delega la ejecución de tareas de naturaleza ordinaria, es decir continuas y permanentes, en personal suplido por la empresa Supervisora, las cuales deben ser realizadas por funcionarios bajo una relación de empleo público. Sumado a debilidades en la gestión de control, ante la falta de procedimientos formalmente establecidos y comunicados y un plan de trabajo aprobado por el superior jerárquico y comunicado a los diferentes actores involucrados en esa gestión, según se detalla a continuación.

³⁴ Ley General de la Administración Pública, en el inciso 1 del artículo 111 establece que “Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.”.

- 2.21 Sobre el particular, se evidenció en el organigrama presentado³⁵ por el CNC. que la Unidad Ejecutora cuenta con el Gerente de Proyecto, con condición de funcionario público, el cual se apoya en personal suplido por la empresa Supervisora. Sobre el particular, la Administración informó³⁶ lo siguiente:

“Además del Gerente de Proyecto, la Unidad Ejecutora cuenta con los funcionarios (...), que es Licenciada en Administración de Empresas, quien funge como asistente administrativa de la unidad, la Licenciada (...), especialista en Derecho Administrativo y el Ing. (...), Ingeniero en Construcción con experiencia en proyectos, quienes son asignados a esta Unidad Ejecutora, con fundamento en lo que se establece en el Contrato de Supervisión en la cláusula Octava "Personal requerido", que dispone, en lo que interesa:

"LA SUPERVISORA deberá organizar y poner al servicio de la Gerencia de Proyecto, los servicios humanos y técnicos, que van a ser aprovechados para garantizar el cumplimiento de los objetivos, personas y actividades definidas en este contrato, y dentro de los más estrictos parámetros éticos, de calidad y de cumplimiento en alcance, tipo y costos(...)."

- 2.22 En relación con las funciones del personal que apoyan la labor del Gerente de Proyecto, el CNC señaló³⁷ lo siguiente:

“Las funciones (...) corresponden al seguimiento del expediente técnico, realizar labores administrativas, recepción, atención telefónica, archivo y soporte al Gerente de la Unidad Ejecutora. En la línea de autoridad responde al Gerente de Proyecto. / Las funciones de la Licenciada (...) son de soporte legal en derecho administrativo a la Unidad Ejecutora. En la línea de autoridad responde al Gerente de Proyecto. / Las funciones del Ing. (...) son las siguientes: •Revisión de informes mensuales del Concesionario y la Supervisora. / •Colaboración en la elaboración de Informe Ejecutivo mensual para la Secretaria Técnica del CNC. / •Atención y respuesta de oficios de y para dependencias involucradas en el proyecto, que se asignaron por el Gerente del Proyecto. / •Visitas al sitio del proyecto como seguimiento, inspección y supervisión. / •Seguimiento del

³⁵ Oficio Nro. CNC-APD-TCM-OF-2016-0519 del 8 de diciembre de 2016 de la Unidad Ejecutora y Área de Proyectos en Desarrollo del CNC.

³⁶ Oficio Nro. CNC-APD-TCM-OF-2017-0001 del 9 de enero de 2017 del Área de Proyectos en Desarrollo del CNC.

³⁷ Oficio Nro. CNC-APD-TCM-OF-2017-0001 del 9 de enero de 2017 del Área de Proyectos en Desarrollo del CNC.

control de calidad de las obras. / •Participación en reuniones de seguimiento y otras con otros entes involucrados. / •Revisión y control de las órdenes de servicio y facturación del contrato de Supervisión. / •Otras labores generales de oficina.”

- 2.23 Adicionalmente, se refirió³⁸ a que personal de la empresa Supervisora “(...) en línea de autoridad responde ante el Gerente”, en lo que puede ser interpretado como subordinación jerárquica.
- 2.24 En relación con lo anterior, se evidenció que el CNC incluye al personal suplido por la empresa supervisora contratada como parte de la Unidad Ejecutora y no como la unidad de soporte, tal y como lo señala el Contrato de Concesión y como fue indicado³⁹ a esta Contraloría General, al momento del refrendo del Contrato de Concesión.
- 2.25 Además, se determinó que existe discordancia en la línea de autoridad jerárquica del Gerente de Proyecto, ya que el organigrama aportado⁴⁰ a este órgano contralor, muestra dependencia de la Dirección de Proyectos en Desarrollo, mientras que el Contrato de Concesión establece la línea de autoridad hacia la Secretaría Técnica del CNC y en la estructura administrativa vigente, aprobada⁴¹ por MIDEPLAN, el Gerente se ubica bajo la autoridad de la Dirección de Proyectos en Marcha, tomando en consideración la fase de ejecución de la construcción en que se encuentra el proyecto de concesión de la TCM.
- 2.26 Por otra parte, se encontró que con cargo al renglón de pago 109.04 del Contrato de Supervisión denominado “Servicios Eventuales” se contrataron servicios profesionales para realizar labores “dentro de la Unidad Ejecutora”, tal y como quedó consignado⁴² en la “Orden de servicio N°8, Contrato de Supervisión Proyecto de Concesión Terminal de Contenedores de Moín”, que indica:

“Por este medio se le comunica la Orden de Servicios N°8, a fin de “Contratar los servicios profesionales de un Ingeniero con experiencia en obras marítimo portuarias para que ejerza la labor de asesoría técnica dentro de la Unidad Ejecutora de la TCM”. /Los honorarios profesionales a pagar se fijan en un monto de

³⁸ Oficio Nro. CNC-APD-TCM-OF-2017-0001 del 9 de enero de 2017 del Área de Proyectos en Desarrollo del CNC.

³⁹ Oficio Nro. DST-OF-179-2012 del 13 de febrero de 2012 de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones.

⁴⁰ Oficio Nro. CNC-APD-TCM-OF-2016-0519 del 8 de diciembre de 2016 de la Gerencia de Proyecto y Área de Proyectos en Desarrollo del CNC.

⁴¹ Oficio Nro. DM-045-12 del 2 de febrero de 2012 del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN).

⁴² Oficio Nro. CNC-TCM-OF-0008-2017 del 12 de enero del 2017, suscrito por el Gerente de Proyecto, dirigido a la Secretaría Técnica y a la empresa Supervisora.

US\$6.500 (seis mil quinientos dólares exactos de los Estados Unidos de América) mensuales, y se cargan a la cuenta de fondos de "Servicios Eventuales", establecidos en el contrato citado."

2.27 Por otra parte, el CNC detalló⁴³ las funciones del representante de JAPDEVA en la Comisión Interinstitucional de Seguimiento del Proyecto, aclarando que ese funcionario no forma parte de la Unidad Ejecutora del CNC, tal y como se describe a continuación:

"•Dispone de puesto de trabajo habilitado en obra y los medios necesarios para el trabajo. / •Realiza un seguimiento directo sobre el avance de la obra como del control general de la misma. / •Se encarga de mantener la información referente al proyecto de la TCM, mediante un canal de comunicación con la Autoridad Portuaria y parte de la Administración Concedente, en este caso JAPDEVA."

2.28 Sin embargo, cabe aclarar que el CNC no aportó copia de los documentos por medio de los cuales se aprobaron y divulgaron esas funciones, como lo solicitó esta Contraloría General. Tampoco se acreditó⁴⁴ la existencia de un plan de trabajo formal y oportunamente aprobado por el superior jerárquico y comunicado a los diferentes actores involucrados en la gestión de la Unidad Ejecutora que comprenda entre otras, las actividades de coordinación con las dependencias públicas⁴⁵ que brindarán servicios en la TCM, a fin de asegurar⁴⁶ que se están tomando las previsiones necesarias para que esas dependencias puedan brindar sus servicios en la fecha de inicio prevista para la fase de explotación de la TCM.

2.29 En relación con la necesidad de contar con una estructura organizativa, las "Normas de control interno para el Sector Público" (N-2-2009-CO-DFOE),

⁴³ Oficio Nro. CNC-APD-TCM-OF-2016-0519 del 8 de diciembre de 2016 del Área de Proyectos en Desarrollo del CNC.

⁴⁴ Oficios Nros. APD-TCM-OF-2016-0519 del 8 de diciembre de 2016 y CNC-APD-TCM-OF-2017-0001 del 9 de enero de 2017 de la Unidad Ejecutora y Área de Proyectos en Desarrollo del CNC.

⁴⁵ La cláusula Nro.10.1 del Contrato de Concesión, se refiere a servicios que seguirán siendo prestados por las autoridades competentes a las cuales el Concesionario deberá proveerles instalaciones para que realicen sus labores como son los Servicios de Seguridad y Control de Drogas; Servicios Generales de Salud; Control de Aduanas; Servicios de Migración; Autoridad Marítima; Control Fitosanitario y Fumigación; Seguridad Nacional; Servicios Meteorológicos; Suministro de derivados de petróleo a las naves y otros dispuestos por ley.

⁴⁶ La cláusula Nro.11.8.2 "Sobre el cobro de tarifas máximas aprobadas por la ARESEP" estableció la posibilidad de la aplicación de un descuento ofrecido por el Concesionario de US\$20 por contenedor siempre y cuando se cumplan las medidas establecidas y aceptadas por las partes en el Contrato de Concesión. El Anexo 3 del Contrato de Concesión estableció como medida nro. 11 denominada "Inicio de Operaciones con el primer puerto de atraque" que "si una vez que el Concesionario finalice la construcción del primer puerto de atraque de la Fase 2 A y este fuese recibido definitivamente por la Administración Concedente, no se le permite iniciar operaciones o no logra que todas las instituciones que deben participar en conjunto con este primer puerto de atraque inicien labores al mismo tiempo que este, previo debido proceso según lo señalado en la cláusula 11.8.2 de este Contrato, la consecuencia sería la desaplicación de hasta la totalidad del descuento, sin efectos retroactivos."

señalan en el aparte Nro. 2.5 como responsabilidad del jerarca y los titulares subordinados, de acuerdo a sus competencias, procurar contar con una estructura que tenga ciertas características que defina la organización formal, sus relaciones jerárquicas, líneas de dependencia y coordinación, así como la relación con otros elementos que conforman la institución, y además que apoye el logro de los objetivos. La citada norma también indica que esa estructura debe ajustarse a la dinámica institucional y exige también que se consideren los riesgos relevantes del entorno.

- 2.30 En ese mismo orden, establece esa normativa en el aparte Nro. 2.5.1, la necesidad de que la delegación de funciones se realice en amparo al bloque de legalidad, con la asignación de la responsabilidad correspondiente y la definición de las líneas de autoridad, a fin de que se adopten las decisiones que corresponden y se ejecuten las acciones pertinentes. Así como, en cuanto a las Actividades de Control, en el aparte Nro. 4.1, que el jerarca y los titulares subordinados, según sus competencias, deberán diseñar, adoptar, evaluar y perfeccionar, como parte del SCI, las actividades de control pertinentes, las que comprenden las políticas, los procedimientos y los mecanismos que contribuyan a asegurar razonablemente la operación y el fortalecimiento del SCI y el logro de los objetivos institucionales, de lo cual debe informarse en los reportes periódicos correspondientes según lo establecido en el aparte Nro.4.5.2 sobre la Gestión de Proyectos.
- 2.31 También la estructura y funciones de control por parte de la Administración Concedente se nutren del principio de legalidad establecido tanto en el artículo Nro. 11 de la Constitución Política, como del artículo Nro.11 de la LGAP que delimita el accionar administrativo y del principio de responsabilidad consagrado en el artículo Nro. 9 constitucional, a fin de garantizar que la actuación administrativa se brinde dentro del marco que establece el ordenamiento jurídico y sirva como garantía para el cumplimiento de los fines públicos encomendados.
- 2.32 En ese sentido, cabe indicar que el Tribunal Contencioso Administrativo, señaló⁴⁷ que:
- “Si bien la Administración pone en manos del contratista la ejecución del contrato, ello de ninguna forma significa que no realice labores de control y dirección de parte de ésta. Se entiende que el contratante no busca más que un interés puramente privado, por lo que el Estado bajo ningún motivo puede dejar la ejecución a su libre arbitrio.”*
- 2.33 En línea con lo anterior, en lo relativo a las facultades de dirección y control, señala Dromi⁴⁸, que:

⁴⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Cuarta en la sentencia Nro. 003-2013 de 8:15 hrs. de 16 de enero de 2013.

“La Administración Pública tiene facultades de dirección, inspección y control sobre la forma y el modo de cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista (...). La Administración Pública supervisa la forma en que se cumplen las prestaciones. El correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales asegura la mejor satisfacción del interés público. Si bien la Administración delega en su contratante la ejecución del servicio, obra o suministro, ella siempre es responsable de una ejecución adecuada e idónea para lograr la satisfacción del interés público que contractualmente procura. / Esta prerrogativa contractual de la Administración Pública es exorbitante del Derecho privado. No depende de que haya sido prevista expresamente en un contrato administrativo. Existe aún en ausencia de cláusulas de ese tipo.”

2.34 A partir de la responsabilidad de la Administración de contar con una estructura de control, de acuerdo con lo ya señalado, se puede observar que el Contrato de Concesión de la TCM, estableció una serie de regulaciones para esos efectos.

2.35 Específicamente la cláusula Nro.14.2.15.1 de ese contrato, denominada “Sobre la Unidad Ejecutora”, estableció que:

“La función de supervisión e inspección la ejercerá la Administración Concedente para lo cual conformará la Unidad Ejecutora, que dependerá del Secretario Técnico del Consejo Nacional del (sic) Concesiones, y que estará constituida por un grupo de trabajo, con personal técnico altamente especializado, la cual será la responsable de supervisar integralmente el cumplimiento del Contrato. Asimismo colaborará con el Concesionario en lo que le corresponde en la tramitación de los permisos ante las instituciones que lo requieran (...).”

2.36 En relación con lo anterior, el artículo Nro. 10 del Reglamento General Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Decreto Ejecutivo Nro. DE- 27098, dispone:

*“10.1 En la decisión inicial, la respectiva Administración concédeme (sic) hará constar expresamente los recursos humanos, materiales y la capacidad operativa de que dispone para verificar la correcta ejecución del objeto del contrato.
10.2 Si por la naturaleza de la concesión, la verificación de la disposición de estos recursos no llega a ser necesaria sino*

⁴⁸ Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. 10 edición actualizada. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires - Madrid, 1994, p.537

hasta la etapa de ejecución, se indicará expresamente la unidad responsable de adoptar las medidas que hagan factible dicha tarea y el plazo en que deberá cumplir con dicho cometido.”

2.37 Asimismo, la Ley Nro. 7762, Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, indica en lo que interesa, en el artículo nro. 7, lo siguiente:

“4) El Consejo podrá recurrir también a la contratación a plazo fijo de los recursos profesionales y técnicos que estime necesarios, conforme a los objetivos del proyecto de concesión, mediante la creación de plazas excluidas del Régimen de Servicio Civil y reguladas por la Autoridad Presupuestaria, teniendo como referencia las categorías de los puestos incluidos en este Régimen, referidos en el párrafo anterior, tanto para la acreditación de los requisitos como para su remuneración.

5) En igual forma, podrá contratar las consultorías y los estudios que se requieran para el cumplimiento de las competencias asignadas por ley, cuando por inopia se compruebe que tanto el Consejo como la administración concedente, titular de las obras y los servicios objeto de la concesión, carecen de los recursos profesionales y técnicos para suplir estas necesidades.”

2.38 Por su parte, el artículo Nro.13 de la citada Ley, referido al Fondo Nacional de Concesiones dispone:

“Créase el Fondo Nacional de Concesiones, como instrumento para el financiamiento de los programas del Consejo Nacional de Concesiones. Los recursos de este Fondo únicamente podrán utilizarse para cumplir los objetivos de la presente Ley. Dicho Fondo estará sujeto a las directrices del Ministerio de Hacienda; con cargo a él podrán pagarse los estudios de prefactibilidad y factibilidad de los proyectos por concesionar, así como la adquisición o expropiación de bienes inmuebles o derechos necesarios para la construcción u operación de los proyectos; la contratación de servicios profesionales especializados, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 4) del artículo 7 de esta Ley.”

2.39 Además, el Decreto Ejecutivo Nro. 27098-MOPT, Reglamento General Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, indica:

“85.3 Siguiendo los principios de la Ley de la Contratación Administrativa pero no sus procedimientos, el Consejo podrá realizar las siguientes contrataciones:

85.3.1 Personal técnico y profesional a plazo fijo, para apoyar las labores de la Secretaría Técnica. Las personas contratadas bajo esta modalidad tendrán iguales responsabilidades que los servidores públicos.

85.3.2 Consultorías y estudios, a cargo de personas físicas o jurídicas, que sean necesarias para el cumplimiento de las competencias y atribuciones que el Consejo tiene asignadas por Ley. Las contrataciones que se realicen bajo esta modalidad, no originarán relación de empleo público entrar (sic) el Consejo y el contratista.”

- 2.40 De esta forma, al definirse por la Administración Concedente, la creación de una Unidad Ejecutora encargada de las actividades supervisión, según cláusula Nro. 14.2.15, ésta debe cumplir con una estructura formal y suficiente que permita asegurar el cumplimiento de los fines para los que fue creada y garantizar el logro de los objetivos que persigue la Concesión de la TCM.
- 2.41 De esta manera, como ya se indicó, el ordenamiento jurídico establece los procedimientos para la contratación de recurso humano, sea a través del régimen de empleo establecido en el Estatuto del Servicio Civil, como lo dispuesto en la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos Nro. 7762, lo cual no puede ser obviado, a través del uso extensivo de un contrato cuyo objeto posee una finalidad muy específica y definida.
- 2.42 La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Nro. 7762 establece la posibilidad de contratar personal a plazo fijo de acuerdo a las regulaciones de la Autoridad Presupuestaria y también otorga la posibilidad de que se contraten consultorías y asesorías, asignando además como fuente de financiamiento, el Fondo Nacional de Concesiones.
- 2.43 En ese sentido, cuando la cláusula⁴⁹ octava del Contrato de Supervisión⁵⁰ alude a que la empresa supervisora debe organizar y poner al servicio de la Gerencia de Proyecto, tanto recurso humano como técnico, se deberá entender de conformidad con el objetivo de *“garantizar el cumplimiento de los*

⁴⁹ CLÁUSULA OCTAVA: PERSONAL REQUERIDO. / La SUPERVISORA deberá organizar y poner al servicio de la Gerencia de Proyecto, los recursos humanos y técnicos que sean apropiados para garantizar el cumplimiento de los objetivos, funciones y actividades definidas en este Contrato, dentro de los más estrictos parámetros éticos, de calidad y de cumplimiento en alcance, tiempo y costos (...).

⁵⁰ Contratación para la supervisión del diseño, ejecución de obras y equipamiento de la concesión de obra pública con servicio público para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de la Terminal de Contenedores de Moín. Licitación Pública Internacional Nro. 2011-LI-000001-00200.

objetivos, funciones y actividades definidas en este Contrato". Esto es, dentro del concepto de servicios de supervisión pactados y no para aportar personal que se desempeñe dentro del ámbito competencial propio de la Unidad Ejecutora. El personal que la empresa Supervisora señala en su oferta y que se compromete a aportar, debe entenderse, en todo momento referido al cumplimiento de las obligaciones contractuales que le corresponden y no otras ajenas, que resulten ser responsabilidad de la Administración.

- 2.44 Además, la aplicación del renglón de pago 109.04⁵¹ del Contrato de Supervisión denominado "Servicios eventuales" no debe convertirse en una forma de evadir procedimientos establecidos en la legislación sobre el régimen de empleo público, ni obviar trámites de procedimientos de contratación que deben garantizar la publicidad, libre concurrencia, igualdad, entre otros, ni a los principios relacionados con transparencia y control de la Hacienda Pública. No debe convertirse en una posibilidad de un manejo discrecional irrestricto sobre la contratación de recurso humano, a través de un mecanismo que por su excepcionalidad requiere una aplicación restringida y que no está dirigido a solventar omisiones o deficiencias en la planificación y la previsión de recursos.
- 2.45 Según lo indicado⁵² por el CNC, las limitaciones que impone la Directriz 23-H⁵³ para la contratación de personal, llevaron a que se realizara por medio de la cláusula Nro. 8.2 d) del Contrato de Supervisión.
- 2.46 Al respecto, cabe señalar que la Administración ha empleado el Contrato de Supervisión, para suplir el personal de la Unidad Ejecutora, a partir de la interpretación de los alcances del objeto contractual⁵⁴ y las obligaciones de la

⁵¹ ANEXO No. 1, denominado Reglón de Pago 109.04 define ese renglón como *"el instrumento empleado por la Administración para adquirir bienes y/o servicios propios de una obra pública, que contribuyan a facilitar las labores de la inspección, o también para la realización de trabajos afines al objeto del proyecto (contrato) no incluidos en los restantes renglones de pago del contrato."* El Anexo No. 1 señala como parte del procedimiento para aplicar ese renglón, lo siguiente: 5. EJECUCIÓN DEL RENGLÓN DE PAGO 109.04 / 5.1 Los bienes y servicios que se cubrirán con cargo al ítem 109.04, deberán gestionarse y pagarse siguiendo las regulaciones establecidas en la presente Disposición (...) / 5.2 El Gerente de Proyecto debe planificar el uso del renglón 109.04 al inicio del proyecto, identificando las necesidades del mismo para elaborar las Órdenes de Servicio que se requieran, con la finalidad de disponer de ellas en el momento oportuno (...) / Se tipifican dentro de los trabajos a realizar mediante este criterio los siguientes:(...) / - Pago de servicios profesionales o de personal contratado para realizar estudios especiales (Impacto Ambiental en fuentes de materiales, ensayos de laboratorio para suelos y materiales, etc.)(...) / 5.8 El renglón de pago 109.04 Trabajo a Costo más Porcentaje podrá ser utilizado en trabajos y compras de bienes y servicios únicamente por la Administración (...).

⁵² Oficio Nro. CNC-APD-TCM-OF-2017-0001 del 9 de enero de 2017 del Consejo Nacional de Concesiones.

⁵³ Directriz 23-H Sobre la eficiencia, eficacia y transparencia en la gestión presupuestaria de la Administración Pública publicada en el Diario La Gaceta Nro. 75 del 20 de abril de 2015. Se establece en el Artículo 11.—No se crearán plazas en los ministerios, órganos desconcentrados y entidades cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria. Se exceptúan de esta directriz los puestos del Ministerio de Educación Pública. Sin embargo, se autoriza a ese Órgano Colegiado para que conozca y valore lo relativo a la creación de plazas estrictamente necesarias en razón de conveniencia y necesidad de la Administración. Las propuestas deberán ser debidamente justificadas por los respectivos jefes.

⁵⁴ *"El objeto general de la Supervisión es velar por el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario establecidas en el Contrato de Concesión; concretamente, las establecidas para el diseño completo de la Terminal de Contenedores de, (sic) así como para la ejecución de la obras y equipamiento de la misma en su Fase 2A que incluye: la revisión y recomendación de los documentos relativos al diseño, planos, especificaciones técnicas, memorias de cálculo y del expediente ambiental presentado en la SETENA por el Concesionario. Así mismo a la Supervisión de la Ejecución de*

empresa Supervisora, más allá de lo que establece el contrato referido y permite el marco normativo en materia de régimen de empleo vigente. El CNC ha interpretado de manera extensiva el concepto de apoyo que supone la supervisión como insumo para la actividad sustantiva y de control de la Unidad Ejecutora y ha empleado también, el renglón de pago 109.04 del Contrato de Supervisión para suplir las carencias de recurso humano de esa Unidad Ejecutora, según lo indicado por ese Consejo.

2.47 Para esta Contraloría General, el CNC dispone de los instrumentos legales y financieros para contratar el personal de la Unidad Ejecutora que le proporcione apoyo al Gerente de Proyecto; sin embargo, no se realizaron las gestiones efectivas y oportunas para implementar las normas del régimen de empleo público. Aunado a la práctica de ejecutar actividades, sin un plan de trabajo que permita la identificación de actividades, plazos y responsables y la rendición de informes debidamente firmados sobre la gestión de control, a fin de garantizar el oportuno cumplimiento de las obligaciones contractuales y sumado a que como lo ha reconocido⁵⁵ el CNC, no se consolidó el proceso de reorganización del CNC iniciado en el año 2009 para el fortalecimiento de su capacidad con base en la propuesta de reorganización de su estructura.

2.48 Esa limitada capacidad de la Unidad Ejecutora ha generado:

- a. Posible conflicto de intereses que puede restar objetividad e independencia a las funciones de control de la Unidad Ejecutora sobre el Contrato de Supervisión de la Concesión y generar riesgos sobre relaciones de empleo al CNC.
- b. Inobservancia de lo establecido sobre el uso del renglón de pago 109.04 denominado "Servicios Eventuales" para suplir a la Unidad Ejecutora de personal encargado de ejecutar funciones ordinarias del CNC.
- c. Debilitamiento del control que impacta la confiabilidad y oportunidad de la información para la toma de decisiones y la memoria histórica institucional del Proyecto de Concesión.

las Obras y Equipamiento de la Nueva Terminal de Contenedores de Moín, según la propuesta técnica del Concesionario para la Fase 2A. / El objeto se cumplirá en los términos, condiciones y especificaciones contenidas en este Contrato, en la sección de antecedentes y en la Sección V denominada Términos de Referencia del Cartel Licitatorio; siendo los mismos documentos que forman parte integral de este Contrato. Consiste el objeto de este Contrato en las labores de supervisión que velan por el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario establecidas en el Contrato de Concesión. Cláusula Nro. 3.1. Contrato de la Licitación Pública Internacional Nro. 2011 LI-000001-00200 denominada "Contratación para la supervisión del diseño, ejecución de obras y equipamiento de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Operación y Mantenimiento de la Terminal de Contenedores de Moín".

⁵⁵ Oficio Nro. CNC-ST-OF-0205-2017 del 28 de febrero de 2017 del Consejo Nacional de Concesiones.

- d. Limitada rendición de cuentas y riesgo de que no se acredite el cumplimiento de las obligaciones establecidas para las partes en los Contratos de Concesión y de Supervisión.

SOBRE LA GESTIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA CONCESIÓN DE LA TCM

- 2.49 Se determinaron debilidades en la gestión de fiscalización del Contrato de Concesión durante la ejecución de la construcción⁵⁶ de la fase 2 A de la TCM, condición que quedó evidenciada en que no se asignaron las funciones de fiscalización según lo establecido en el Contrato de Concesión según se explica seguidamente.
- 2.50 Esta Contraloría General solicitó⁵⁷ información al CNC que acreditara la conformación y funcionamiento de la Unidad Fiscalizadora establecida en el Contrato de Concesión de la TCM. En respuesta, la Administración comunicó⁵⁸ que las funciones de fiscalización de la TCM estaban a cargo del Órgano Fiscalizador del CNC según se detalla:

“Las funciones fiscalizadoras, si bien es cierto tienen una base contractual para el caso del Proyecto TCM, tienen también base legal en el artículo 6 de la Ley 8643 “Modificación parcial de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Nº 7762” (...) / Así las cosas, el Órgano Fiscalizador terminó de conformarse el 16 de octubre del año en curso con el nombramiento del Fiscalizador Legal. (...) / Es así que de manera paralela a la conformación total del Órgano Fiscalizador se ha también realizado el levantamiento o la elaboración del Reglamento General de Fiscalización de Proyectos de Concesión de Obra Pública (...) / Cabe señalar que tal como se indicó en puntos anteriores, no fue sino hasta el mes de octubre de 2016, que se tuvo conformado en su totalidad, el Órgano Fiscalizador y en los meses anteriores (de enero a setiembre 2016), se ha venido construyendo la plataforma de trabajo necesaria para desplegar plenamente la función fiscalizadora.”

- 2.51 Asimismo, la Secretaría Técnica señaló⁵⁹ refiriéndose a la sustitución del coordinador del Órgano Fiscalizador, lo siguiente:

⁵⁶ Orden de Inicio de Construcción de la Fase 2 A emitida en enero del 2015 por parte del Consejo Nacional de Concesiones (CNC).

⁵⁷ Oficio Nro. DFOE-IFR-0561 del 23 de noviembre de 2016 de la Contraloría General de la República.

⁵⁸ Oficio sin número ni fecha de la Secretaría Técnica recibido por la Contraloría General el 5 de diciembre de 2016 y oficios Nros. CNC-ST-OF-2016-1308 del 15 de diciembre de 2016, CNC-ST-OF-0345-2017 de 7 de abril y CNC-ST-OF-0356-2017 de 17 de abril de 2017 de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones.

⁵⁹ Oficio Nro. CNC-ST-OF-0356-2017 de fecha 17 de abril de 2017 de la Secretaría Técnica del CNC.

“De conformidad con la estructura organizacional del CNC, el Órgano Fiscalizador depende jerárquicamente de la Secretaría Técnica, según se establece en el organigrama vigente aprobado por MIDEPLAN mediante oficio DM-045-2012. A tono con lo anterior, en reunión realizada con el equipo de profesionales del Órgano Fiscalizador, en fecha 16 de marzo de los corrientes, se le informó a los fiscalizadores, que durante el plazo que requiriera el nombramiento del Fiscalizador Coordinador, ante la renuncia del otrora coordinador, la suscrita en su condición de Secretaria Técnica, asumiría la coordinación de dicho órgano.”

- 2.52 Se determinó que en el período examinado, el CNC asignó las funciones de fiscalización de la concesión de la TCM, al Órgano Fiscalizador (OF) creado⁶⁰ en ese Consejo en el año 2012, sin embargo ese Órgano en la línea de autoridad difiere de la Unidad Fiscalizadora que estableció el Contrato de Concesión de la TCM, a partir de lo normado en el artículo Nro. 6 de la Ley Nro. 8643, como se explica seguidamente.
- 2.53 El Órgano Fiscalizador del CNC se estableció⁶¹ como una instancia dependiente de la Secretaría Técnica mientras que el Contrato de Concesión asigna las funciones de fiscalización a una *“Unidad de Fiscalización”* que dependerá de la Junta Directiva del Consejo Nacional de Concesiones y que debe rendir cuentas a las Juntas Directivas del CNC y JAPDEVA, por tratarse de una Administración Concedente compleja, compuesta por el Poder Ejecutivo, el Consejo Nacional de Concesiones y JAPDEVA, como entidad descentralizada, según se detalla más adelante.
- 2.54 En relación con lo anterior, se determinó que el citado Órgano Fiscalizador del CNC se creó en el 2012, como unidad asesora del jerarca administrativo de ese Consejo, es decir de la Secretaria Técnica, sin considerar que esa línea de autoridad contraviene los principios de objetividad e independencia que rigen la función de fiscalización, según los principios que ya fueron expuestos por esta Contraloría General, avocándose también la coordinación del OF, en tanto se diera el nombramiento del coordinador de ese órgano.
- 2.55 Por otra parte, ante consulta⁶² sobre los resultados de la fiscalización, la Secretaría Técnica señaló⁶³:

“(…) III. RENDICIÓN DE INFORMES DE FISCALIZACIÓN Tal y como el Órgano Fiscalizador planteó sus Planes Operativos Anuales (POA’s) producto del mapeo de los contratos de

⁶⁰ Oficio Nro. DM-045-12 de fecha 2 de febrero de 2012 del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN).

⁶¹ Estructura organizativa del CNC aprobada mediante oficio Nro. DM-045-12 de fecha 02 de febrero de 2012.

⁶² Oficio Nro. 4058 (DFOE-IFR-0169) de 4 de abril de 2017 de la Contraloría General de la República.

⁶³ Oficio Nro. CNC-ST-OF-0345-2017 de 7 de abril de 2017 de la Secretaría Técnica del CNC.

concesión y vinculación con las matrices de control, la rendición de los Informes de Fiscalización se hará con una periodicidad semestral. (...) nuevamente nos encontramos en el proceso de reclutamiento y selección de un nuevo Fiscalizador Coordinador, proceso que ya se encuentra avanzado....”

- 2.56 Sobre el particular, se determinó que la gestión del citado órgano del CNC generó dos informes de fiscalización dirigidos a la Secretaría Técnica sobre la concesión de la TCM en el mes de junio y diciembre de 2017, con la limitación que impone la carencia del reglamento de fiscalización estipulado en la Ley Nro. 8643.
- 2.57 También, se determinó que ese Órgano Fiscalizador emitió documentos en atención a requerimientos de instancias internas de ese Consejo que no corresponden a la función de fiscalización sino a funciones de asesoría relacionadas directamente con la supervisión del Contrato de Concesión, según se muestra:
- a. Documento con referencia Nro. CNC-OFI-OF-2016-0052 del 26 de octubre de 2016. Asunto: Análisis de la solicitud de incremento de tarifas reguladas por el contrato de concesión, planteada por el Concesionario.
 - b. Documento con referencia Nro. CNC-OFI-OF-2016-0054. Asunto: Se brinda respuesta al oficio CNC-ST-TC-2016-1072, correspondiente al criterio de reajuste tarifario de la Concesión.
- 2.58 Sobre el particular, establece el Contrato de Concesión en la cláusula Nro. 14.2.15.2 lo siguiente:

*“14.2.15.2 **Sobre la Unidad de Fiscalización.** / La Unidad Fiscalizadora del Contrato de Concesión de Obra Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley No. 8643, dependerá de la Junta Directiva del Consejo Nacional de Concesiones, le corresponderá fiscalizar y rendir cuentas a las Juntas Directivas del CNC y JAPDEVA, sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes intervinientes en el contrato de concesión, así como, entre otras la Unidad Ejecutora, los contratos de fideicomiso creados al efecto. / Los fondos para realizar estas labores provendrán del fideicomiso del canon de fiscalización según lo establecido en la cláusula 11.14.1 de este Contrato. / Corresponderá al encargado de esta Unidad Fiscalizadora lo siguiente: / 1. Velar por el adecuado desempeño de esta unidad, para que se ajuste a la legislación vigente aplicable para este Contrato y a las mejores prácticas internacionales aplicables en su campo de acción. / 2. Dirigir al órgano en todas sus funciones. / 3. Aprobar y promover la*

contratación del personal y servicios profesionales requeridos. / 4. Aprobar, gestionar y controlar los procesos de fiscalización. / 5. Tomar las decisiones que correspondan al Órgano Fiscalizador en relación con la fiscalización del contrato. / 6. Realizar informes y presentaciones periódicas a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones, quien en conjunto con sus observaciones informará a las Juntas Directivas del CNC y JAPDEVA y/o a quienes esta les requiera.”.

- 2.59 En primer término, es necesario efectuar una referencia general al origen normativo y conceptual de la función de fiscalización. Esta obligación se deriva de lo establecido en el artículo Nro. 16 inciso a) de Ley Nro. 7762, Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, (LGCOP), al definir como obligaciones de la Administración Concedente: el *“Fiscalizar, permanentemente, toda construcción y explotación de obras y servicios concesionados, de acuerdo con el programa de construcción y mantenimiento de las obras o el reglamento del servicio, de conformidad con el cartel de licitación y el Contrato de Concesión”*. Se incorpora además en esta norma una obligación genérica en su inciso e) que la obliga a lo que la ley determine o se derive del contrato de concesión. Se señalan además en los artículos Nros. 8 y 9 de la citada Ley Nro. 7762, obligaciones de control tanto para el Consejo Nacional de Concesiones como para su Secretaría Técnica.
- 2.60 En ese orden de ideas, la norma que regula de una manera más amplia, la conformación de un órgano de fiscalización es el artículo Nro. 6 de la Ley Nro. 8643, que reza:

“ARTÍCULO 6.- Fiscalización / En cumplimiento del inciso d) del artículo 9 de la Ley general de concesión de obras públicas con servicios públicos, N.º 7762, la Secretaría Técnica o la administración concedente conformará, cuando corresponda, un órgano fiscalizador para cada concesión. El órgano fiscalizador estará integrado por personal con experiencia e idóneo académica y profesionalmente para realizar las labores de fiscalización que específicamente le sean asignadas por la Secretaría Técnica o la administración concedente, cuando le corresponda. Un mismo órgano fiscalizador podrá fiscalizar varias concesiones. / La Secretaría Técnica o la administración concedente deberá confeccionar, cuando corresponda, un reglamento de fiscalización, en el que se consignent, al menos, los parámetros de integración del órgano fiscalizador, sus atribuciones respecto de los procedimientos de inspección, la preparación y presentación de informes y evaluaciones, el seguimiento de las recomendaciones y la periodicidad con que se efectuarán. El reglamento y sus modificaciones serán aprobados por el Consejo Nacional de

Concesiones o la administración concedente, cuando corresponda, y publicados en La Gaceta. Los informes junto con las observaciones de la Secretaría Técnica o la administración concedente, cuando corresponda, serán puestos en conocimiento del concesionario, del Consejo Nacional de Concesiones y de la Comisión Permanente Especial para el Control del Ingreso y el Gasto Públicos de la Asamblea Legislativa.”.

2.61 Adicionalmente el Reglamento a la LGCOP, en su artículo Nro. 48, refiriéndose a las potestades de fiscalización y control, establece en su numeral Nro. 48.2 y 48.3, lo siguiente:

“48.2 Para el ejercicio efectivo de las potestades de fiscalización y control, la Administración concedente designará un órgano que asumirá la obligación de tomar oportunamente las providencias necesarias para que el concesionario se ajuste al estricto cumplimiento de las condiciones, especificaciones y plazos establecidos en el contrato y demás obligaciones implícitas en éste, para la ejecución de la obra o la explotación de los servicios concesionados. / 48.3 Corresponderá al órgano designado, verificar el cumplimiento del objeto de la concesión, advertir, a quien corresponda de acuerdo con el régimen interno, la conveniencia de introducir modificaciones o señalar correcciones en la ejecución de las obras o la explotación del servicio, recomendar la ejecución de las garantías o bien la rescisión o resolución del contrato de concesión cuando advierta fundamento para ello.”.

2.62 Se observa a partir de lo indicado en el primer párrafo del artículo Nro.6 de la Ley Nro. 8643 citado, que dispone: *“En cumplimiento del inciso d) del artículo 9 de la Ley general de concesión de obras públicas con servicios públicos, N.º 7762, la Secretaría Técnica o la administración concedente conformará, cuando corresponda, un órgano fiscalizador para cada concesión”* que el legislador ordena conformar⁶⁴ un órgano de fiscalización, lo cual se le otorga como responsabilidad tanto a la Secretaría Técnica del CNC como a la administración concedente, según corresponda.

2.63 Se debe tener presente que esto se hace en virtud de las diferentes formas en que pueda estar constituida la administración concedente. A tenor de lo que establece el numeral Nro.5 de la LGCOP, se entiende que la administración concedente puede ser: el Poder Ejecutivo, las empresas públicas y el sector descentralizado territorial e institucional.

⁶⁴ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, por conformar debe entenderse: 1. Ajustar, concordar algo con otra cosa. 2. Dar forma a algo o alguien. 3. Formar o constituir algo. Diccionario de la lengua española. Real Academia Española.

2.64 Según lo estipula el Contrato de Concesión, la Unidad de Fiscalización de la TCM depende del jerarca institucional del CNC y deberá rendir cuentas a las Juntas Directivas del CNC y JAPDEVA, por la misma naturaleza de las funciones de fiscalización que deben ser entendidas dentro de un marco de objetividad e independencia, conforme lo exige y regula el artículo Nro.16 inciso a) de la LGCOP.

2.65 En relación con lo establecido en el artículo Nro.6 señalado anteriormente, en el caso que nos ocupa, y tal como ya se ha indicado, se está ante una administración concedente compleja, según lo estipulado en la cláusula Nro. 1.3 del Contrato de Concesión. La cual tiene dentro de sus obligaciones, a tenor de lo que establece la cláusula Nro.4.1.1, inciso 17:

“17) Supervisar y fiscalizar, permanentemente, toda construcción y explotación de las obras y servicios concesionados, de acuerdo con el programa de construcción y mantenimiento de las obras, el Reglamento de Servicio, los Planes de Operación y Mantenimiento definitivos, el Plan de Gestión Ambiental, y en general todos los planes y manuales vigentes durante la ejecución del Contrato. Lo anterior, sin detrimento de las estipulaciones contempladas en los capítulos 14 y 15 del contrato.”

2.66 Sobre el concepto de administración concedente compleja, esta Contraloría General indicó en su oficio Nro. 1376, (DAGJ-274-2004) del 11 de febrero del 2004, a propósito de la consulta sobre quién debe tenerse como administración concedente en el caso particular de la Terminal Granelera de Puerto Caldera, en lo que interesa:

“En términos generales administración concedente es aquella entidad titular del bien o servicio concesionado, al amparo de lo cual traslada temporalmente su administración y explotación a un tercero conforme el ordenamiento jurídico; incluso su construcción, como en este caso. Ello es así, por disposición del artículo 5 de la LGCOP. / Dentro de esa perspectiva, la administración concedente será también quien administre el contrato de concesión y fiscalice la buena marcha de éste, precisamente por ser la entidad encargada por ley de custodiar los bienes o de prestar el servicio, responsabilidades que no se desaparecen con la suscripción de un contrato de concesión.”

2.67 Así las cosas, se debe considerar que la Administración Concedente, en este Contrato cuenta con la participación de una institución descentralizada y que de acuerdo con la Ley Orgánica de JAPDEVA, Ley Nro. 3091, en su artículo Nro. 1, ésta es constituida como una entidad autónoma del Estado, con carácter de empresa de utilidad pública, que asumirá las prerrogativas y funciones de Autoridad Portuaria sobre los puertos marítimos y fluviales de la

Vertiente Atlántica, concediéndole entonces el legislador una competencia especial para ello.

“Artículo 1º.- Créase la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, en adelante denominada JAPDEVA, como ente autónomo del Estado, con carácter de empresa de utilidad pública, que asumirá las prerrogativas y funciones de Autoridad Portuaria; se encargará de construir, administrar, conservar y operar el puerto actual de Limón y su extensión a Cieneguita, así como otros puertos marítimos y fluviales de la Vertiente Atlántica, con la salvedad de los que operen al amparo del inciso h) del artículo 6º de esta ley. Se encargará asimismo de administrar la canalización del Atlántico y las tierras y bienes que esta misma ley le otorga. Administrará las empresas de transporte ferroviario del Estado que presten servicios de y hacia los puertos de la Vertiente Atlántica que específicamente contemple el Poder Ejecutivo en los planes nacionales de desarrollo.”

2.68 En relación con lo anterior, el artículo Nro. 5 de la Ley Nro. 7762 en su inciso 3), estipula lo siguiente:

“Cuando el objeto de la concesión se encuentre dentro del ámbito de competencia del sector descentralizado o las empresas públicas, tales entes públicos mediante convenio suscrito con el Consejo Nacional de Concesiones, podrán convenir con este órgano el procedimiento de selección del concesionario y la ejecución del contrato de concesión.”

2.69 En ese sentido se suscribió el 15 de enero del 2009 el Convenio de gestión interinstitucional entre el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, Consejo Nacional de Concesiones y la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica que, en lo que interesa, indicó en su parte considerativa, lo siguiente:

“IV.-Que en razón de la normativa supracitada, para efectos de la gestión de proyectos de concesión regulados por la ley 7762, estamos ante la configuración de una administración concedente compleja conformada por el Poder Ejecutivo y JAPDEVA, el primero actuando a través del ministerio del ramo, esto es MOPT y este a su vez, por medio del CNC, en todas aquellas gestiones que no requieran la actuación conjunta con el Presidente de la República y que no sean propias de su condición de ente rector en materia portuaria: ambas instituciones con competencias concurrentes en los respectivos ámbitos de acción. / V. Que para efectos de gestionar los contratos de concesión de obra pública que regula esta normativa los entes del sector descentralizado

podrán convenir con el Consejo Nacional de Concesiones, todo o algunas etapas del procedimiento de selección del concesionario y de la ejecución del contrato de concesión. / VI. Que el convenio que se suscriba deberá detallar cuales (sic) son las responsabilidades que asume cada una de las partes, especificando objetivos, funciones, tareas y productos que debe cumplir y entregar cada responsable; la dotación y procedencia de los recursos necesarios y los mecanismos para su financiamiento. De igual forma que para la coordinación interinstitucional entre el CNC y la Administración Concedente (MOPT-JAPDEVA) deberá conformarse una Unidad Ejecutora (Órgano técnico asesor, recomendador y decisor) / VII. Que no obstante lo anterior, de existir varios proyectos que por su naturaleza deban ser tramitados de forma independiente, de considerarlo pertinente, las responsabilidades que asumen las partes en cada proyecto en particular deberán precisarse en las “Cartas de Entendimiento”, que al efecto se suscriban.”

- 2.70 Sin embargo, dicho Convenio se estableció por un plazo de cinco años, con lo cual a la fecha está fenecido, salvo que se hayan emitido prórrogas u otros convenios posteriormente en esta materia, de los cuales esta Contraloría General no tiene evidencia.
- 2.71 Cabe señalar también que este aspecto fue abordado⁶⁵ por el CNC durante el proceso del refrendo del Contrato de Concesión, según se cita textualmente a continuación:

“Sobre este tema, debe indicarse que la Unidad Fiscalizadora del Contrato de Concesión dependerá de la Junta Directiva del Consejo Nacional de Concesiones, fiscalizará e informará tanto a la Junta Directiva del CNC como a la de JAPDEVA sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Concesionario, de la Unidad Ejecutora, de los contratos de fideicomisos creados en el contrato de concesión y del CNC. La Administración Concedente de este contrato es compleja pues está compuesta por varios órganos y entes públicos, por lo que CNC deberá coordinar con JAPDEVA todos aquellos aspectos propios de la construcción, operación y explotación del servicio, ambas instituciones deberán gestionar y acordar lo pertinente sobre las disposiciones e informes emanados de la fiscalización (...).”

- 2.72 Además, el artículo Nro. 6 de la Ley Nro. 8643 ya citado, sobre el particular señala que deberá conformarse la reglamentación necesaria que regule al menos, las condiciones de integración y funciones del órgano fiscalizador.

⁶⁵ Oficio Nro. DST-OF-179-2012 del 13 de febrero del 2012 de la Secretaría Técnica del CNC mediante el cual se remite informe técnico- jurídico del 14 de febrero del 2012.

Definiéndose así, los elementos básicos en torno a las reglas bajo las cuales se regirá ese órgano y el marco para su correcto funcionamiento, todo lo cual debe estar en consonancia con el sistema de control interno regulado en la Ley General de Control Interno Nro. 8292.

- 2.73 Por otra parte, dispone la referida Ley General de Control Interno, en relación con el ambiente de control, en el numeral Nro. 13 como obligaciones del jerarca y los titulares subordinados que deben estar claramente definidas la estructura administrativa, las líneas jerárquicas, las responsabilidades sobre los funcionarios y el control sobre ellas; asimismo el artículo Nro. 15 está dirigido a actividades de control, que buscan documentar, mantener actualizados y divulgar internamente las políticas, las normas y los procedimientos de control que garanticen el cumplimiento del sistema de control interno institucional y la prevención de todo aspecto que conlleve a desviar los objetivos y las metas trazados por la institución.
- 2.74 A criterio de esta Contraloría General, la causa redundante en que se está considerando parcialmente la regulación específica establecida por el Contrato de Concesión que delega la función de fiscalización del artículo Nro. 6 de la Ley Nro. 8643 en la Unidad de Fiscalización, en apego a la demás normativa conexa, omitiéndose acciones efectivas y oportunas para contar con el *“Reglamento de Organización y Funciones de la Administración Concedente para la Ejecución, Fiscalización y Control de la Concesión de la TCM”* y el Reglamento de Fiscalización de la Concesión de la TCM, sumado a la pérdida de vigencia del Convenio suscrito por la Administración Concedente en el año 2009. Lo anterior, podría estar relacionado con una limitada comprensión de la composición de la Administración Concedente Compleja de esta Concesión y de la naturaleza diferente de las funciones de supervisión y fiscalización.
- 2.75 En relación con lo anterior, ante consulta⁶⁶ sobre la existencia de documentos que regulan la relación entre las partes que conforman la Administración Concedente, el CNC señaló⁶⁷ en lo que interesa, lo siguiente:

“1.- De conformidad con lo establecido en el contrato de concesión de obra pública con servicio público para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Explotación y Mantenimiento de la Terminal de Contenedores de Moín (TCM), se define al Consejo Nacional de Concesiones como Administración Concedente./ (...) La Administración Concedente será representada para todos los efectos del presente contrato por el Consejo Nacional de Concesiones.” / En fecha 21 de enero del 2009, se suscribió el Convenio de Gestión Interinstitucional entre el Ministerio de Obras

⁶⁶ Oficio Nro. DFOE-IFR-0603 del 12 de diciembre de 2016 de la Contraloría General de la República.

⁶⁷ Oficio Nro. CNC-ST-OF-2016-1308 de fecha 15 de diciembre de 2016 del Consejo Nacional de Concesiones (CNC).

Públicas y Transportes, Consejo Nacional de Concesiones y la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, mediante el cual se indica entre otros, que "... para efectos de gestionar los contratos de concesión de obra pública que regula esta normativa los entes del sector descentralizado podrán convenir con el Consejo Nacional de Concesiones, todo o algunas etapas del procedimiento de selección del concesionario y de la ejecución del contrato de concesión." / Dicho convenio tuvo por objeto regular las relaciones entre el CNC, MOPT y JAPDEVA, derivadas de la gestión de los proyectos mediante los procedimientos de concesión de obra pública establecidos en la Ley 7762."

- 2.76 Por otra parte, sobre la importancia y necesidad de disponer del *"Reglamento de Organización y Funciones de la Administración Concedente para la Ejecución, Fiscalización y Control de la Concesión de la TCM"*, cabe indicar que en el trámite de refrendo del Contrato de Concesión, el órgano contralor consultó⁶⁸ sobre la eliminación en el Contrato de la cláusula Nro. 3.1 del cartel, punto Nro. 23, que se refiere al citado Reglamento y el CNC argumentó⁶⁹ que corresponde a un documento propio de la Administración que no es de naturaleza contractual, razón por la que se estimó innecesaria su incorporación al listado bajo examen.
- 2.77 En relación con la causa señalada, cabe aclarar que el CNC en julio del 2017, sometió a audiencia pública, la *"Propuesta"*⁷⁰ de Reglamento para el Funcionamiento del Órgano Fiscalizador del Consejo Nacional de Concesiones", el cual tiene por objeto regular las actuaciones del OF de ese Consejo, sin embargo como ya se indicó en párrafos anteriores ese órgano difiere de lo estipulado en el Contrato de Concesión de la TCM que delega esa función en una Unidad de Fiscalización con dependencia de la Junta Directiva del CNC.
- 2.78 La situación expuesta ha generado una limitada efectividad de la gestión de fiscalización que ha llevado a la Junta Directiva del CNC en la Sesión Ordinaria Nro. 006-2018 celebrada el 1 de marzo de 2018, a instruir a la Secretaría Técnica gestionar ante la Oficina de Planificación Sectorial del MOPT y las instancias administrativas e institucionales que correspondan, la modificación de dependencia jerárquica del Órgano Fiscalizador, para que en lo sucesivo se encuentre subordinado a la Junta Directiva del CNC; así como la respectiva modificación del organigrama institucional.

⁶⁸ Oficio Nro. DCA-2836 de 28 octubre de 2011 de la División de Contratación Administrativa de la CGR.

⁶⁹ Oficio Nro. DST-OF-1888-2011 de 30 de noviembre de 2011 de la Secretaría Técnica del CNC.

⁷⁰ Publicada en el Diario Oficial La Gaceta del 14 de julio de 2017, Alcance Nro. 172.

- 2.79 Esa limitada efectividad de la gestión de fiscalización generó el riesgo de que no se identificaran oportunamente eventuales incumplimientos contractuales y la posibilidad de que se violenten los principios de independencia y objetividad.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 A criterio de este órgano contralor no existe garantía de que las labores de control y supervisión ejecutadas por el CNC durante la etapa de construcción de la fase 2A de la TCM en el período comprendido entre enero de 2015 y junio de 2017, se hayan llevado a cabo conforme las demandas del Contrato de Concesión, situación fundamentada en las debilidades detectadas al examinar los mecanismos de control aplicados por la Administración.
- 3.2 Resultan preocupantes las debilidades de control detectadas, tomando en cuenta, la necesidad de contar con una estructura suficiente que le permitiera al CNC garantizar desde el inicio de la ejecución de la construcción de la TCM, ejercer las funciones de control, que en el caso concreto se refieren a la verificación del cumplimiento de las obligaciones como Administración Concedente y contraparte tanto del Contrato de Concesión como del Contrato de Supervisión sobre dicha Concesión.
- 3.3 No debe el CNC recurrir a mecanismos no autorizados por el ordenamiento jurídico para solventar sus carencias de recurso humano y perder de vista que la posibilidad de contratar personal en el sector público debe hacerse a partir del propio régimen de empleo, según los instrumentos legales y financieros que han sido habilitados de acuerdo con las normas vigentes. Para el cumplimiento de esas obligaciones de control resulta necesario que cuente con el personal suficiente para ejercer las labores que le son propias, y que son de responsabilidad exclusiva e indelegable de la Administración.
- 3.4 Resulta fundamental que las debilidades detectadas en la gestión de fiscalización sean superadas, para garantizar el control concomitante, a modo de una verificación de la actuación del Concesionario, los entes públicos y demás partes involucradas conforme lo convenido en el supracitado Contrato.
- 3.5 Pese a que se dispuso de recursos financieros desde el inicio de la etapa de construcción de la fase 2A de la TCM con la creación del Fondo de Fiscalización, establecido en el Contrato referido en la cláusula Nro. 11.14.1, la Administración presenta limitaciones en la organización encargada de la supervisión y fiscalización del proyecto, según el régimen de control estipulado en el Contrato de Concesión, lo cual a criterio de este órgano contralor constituye una amenaza para que esa Administración acredite debidamente las obligaciones de las partes y el logro de los objetivos que persigue el proyecto.

4. DISPOSICIONES

- 4.1 De conformidad con las competencias asignadas en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, los artículos 12 y 21 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Nro. 7428, y el artículo 12 inciso c) de la Ley General de Control Interno, se emiten las siguientes disposiciones, las cuales son de acatamiento obligatorio y deberán ser cumplidas dentro del plazo (o en el término) conferido para ello, por lo que su incumplimiento no justificado constituye causal de responsabilidad.
- 4.2 Este órgano contralor se reserva la posibilidad de verificar, por los medios que considere pertinentes, la efectiva implementación de las disposiciones emitidas, así como de valorar el establecimiento de las responsabilidades que correspondan, en caso de incumplimiento injustificado de tales disposiciones.

AL ING. GERMAN VALVERDE GONZÁLEZ, MINISTRO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES EN SU CALIDAD DE RECTOR O QUIEN OCUPE ESE CARGO.

- 4.3 Gestionar la suscripción del convenio entre las partes que integran la Administración Concedente y establecer un mecanismo de control que permita asegurar su vigencia, de conformidad con lo establecido en el artículo Nro. 5 inciso 3) de la Ley Nro. 7762, en el Contrato de Concesión de la TCM y demás normativa pertinente. Para el cumplimiento de esta disposición, el Ministro de Obras Públicas y Transportes en su calidad de Rector deberá aportar certificación que acredite la suscripción y debida comunicación del citado convenio y del mecanismo de control respectivo, a más tardar el 29 de junio del 2018. Ver párrafos Nros. 2.49 al 2.79 del informe.
- 4.4 Gestionar el Reglamento de Organización y Funciones de la Administración Concedente (AC) para la Ejecución, Fiscalización y Control de la Concesión de la TCM que permita establecer claramente las funciones y responsabilidades de los entes y órganos que de acuerdo con la normativa aplicable, conforman la AC, así como las líneas de autoridad y coordinación respectivas. Para el cumplimiento de esta disposición, el Ministro de Obras Públicas y Transportes en su calidad de Rector deberá remitir: certificación donde conste la elaboración del citado reglamento, a más tardar el 15 de junio de 2018, los acuerdos o documentos donde conste su aprobación por parte de los entes y órganos que conforman la AC, a más tardar el 29 de junio de 2018 y la publicación del citado reglamento en el Diario Oficial La Gaceta, a más tardar el 31 de julio del 2018. Ver párrafos Nros. 2.49 al 2.79 de este informe.

- 4.5 Gestionar el Reglamento de Fiscalización de la Concesión de la TCM, a fin de asegurar que la función de fiscalización se realiza según lo establecido en el Contrato de Concesión de la TCM y demás normativa conexas vigentes. Para el cumplimiento de esta disposición, el Ministro de Obras Públicas y Transportes en su calidad de Rector, deberá aportar: certificación donde conste la elaboración del citado reglamento a más tardar el 31 de mayo de 2018, certificación donde conste su aprobación y que se cumplió con la publicación del citado reglamento, en el Diario Oficial La Gaceta a más tardar el 15 de junio de 2018. Ver párrafos Nros. 2.49 al 2.79 del informe.
- 4.6 Gestionar el Reglamento de Servicio de la TCM de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión de la TCM. Para el cumplimiento de esta disposición, el Ministro de Obras Públicas y Transportes en su calidad de Rector, deberá aportar: certificación que acredite la aprobación y publicación del citado reglamento en el Diario Oficial La Gaceta, previo al inicio de la etapa de explotación de la TCM. Ver párrafos Nros. 2.1, 2.12 al 2.18 del informe.

A LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL CONSEJO NACIONAL DE CONCESIONES (CNC)

- 4.7 Gestionar que las funciones de fiscalización de la TCM se ejecuten por parte de la Unidad Fiscalizadora con dependencia de esa Junta Directiva, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión, a la luz del artículo Nro. 6 de la Ley Nro. 8643. Para el cumplimiento de esta disposición, se deberá aportar certificación que acredite que las funciones de fiscalización de la TCM se realizan por parte de la citada unidad, y que se ha cumplido con la aprobación respectiva de la modificación de la estructura organizativa por parte del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN), a más tardar el 15 de junio de 2018. Ver párrafos Nros. 2.49 al 2.79 del informe.
- 4.8 Emitir los lineamientos que permitan garantizar el ejercicio objetivo e independiente de la función de fiscalización que corresponde al órgano fiscalizador de las concesiones y que delimiten el accionar de la Secretaría Técnica de ese Consejo, según lo establecido en el artículo Nro. 6 de la Ley Nro. 8643, dada la incompatibilidad que presenta la participación del jerarca administrativo del CNC con el ejercicio de una función de fiscalización de las concesiones apegada a los principios de independencia y objetividad que exige esa función. Para el cumplimiento de esta disposición se deberá aportar el acuerdo aprobado y debidamente notificado de esa Junta Directiva que acredite que se emitieron los lineamientos referidos en un plazo máximo de 2 meses calendario contados a partir de la notificación del presente informe y una certificación del Presidente de esa Junta Directiva

que acredite que se están cumpliendo los lineamientos en el plazo de 4 meses calendario contados a partir de la notificación del presente informe. Ver párrafos Nros. 2.49 al 2.79 del informe.

A LA PERSONA QUE OCUPE EL CARGO DE SECRETARIO(A) TÉCNICO(A) DEL CONSEJO NACIONAL DE CONCESIONES (CNC)

- 4.9 Verificar que se están implementando los mecanismos de control sobre la programación de las obras y provisión de equipamientos, instalaciones y bienes y el programa de inversiones, en lo que resta de la construcción de la fase 2A de la TCM, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión. Para acreditar el cumplimiento de esta disposición se deberá presentar a más tardar el 15 de junio del 2018, una certificación que haga constar que la Administración cuenta con el respectivo control sobre la ejecución de las obras y provisión de equipamientos, instalaciones y bienes y el programa de inversiones de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión. Ver párrafos Nros. 2.1 al 2.9, 2.18 al 2.19 del informe.
- 4.10 Girar de manera formal una orden mediante la cual se elimine la práctica de delegar funciones de naturaleza ordinaria propias del CNC al personal contratado por medio del Contrato de Supervisión, incluido el renglón de pago 109.04 denominado “Servicios Eventuales” o cualquier otro que no ostente la condición de funcionario público. Para el cumplimiento de esta disposición, se deberá remitir una certificación de que se comunicó la orden de eliminar la práctica citada, así como que se acreditó que se ha eliminado dicha práctica; a más tardar el 31 de mayo del 2018. Ver párrafos Nros. 2.20 al 2.48 del informe.
- 4.11 Establecer la delegación formal de funciones que permita individualizar las responsabilidades y líneas de autoridad hacia los funcionarios públicos, encargados del control del Contrato de Concesión y Contrato de Supervisión de la TCM, en lo que resta de la etapa de construcción y en la recepción provisional y definitiva de la Fase 2A de la TCM, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente. Para acreditar el cumplimiento de esta disposición se deberá remitir certificación haciendo constar que se realizó la respectiva delegación de funciones y definición de responsabilidades y líneas de autoridad, así como los nombres de los funcionarios públicos de la Unidad Ejecutora encargados del control en lo que resta de la etapa de construcción y de la recepción provisional y definitiva de la Fase 2A de la TCM, a más tardar el 31 de julio de 2018. Ver párrafos Nros. 2.20 al 2.48 del informe.

**A LAS PERSONAS QUE OCUPEN LOS CARGOS DE SECRETARIO(A)
TÉCNICO(A) Y GERENTE DE PROYECTO DE LA TCM EN EL CONSEJO
NACIONAL DE CONCESIONES (CNC)**

- 4.12 Acreditar la existencia de un plan de trabajo, debidamente aprobado y comunicado, sobre la gestión de la Unidad Ejecutora en la etapa de construcción de la fase 2A de la TCM que comprenda, el establecimiento de la periodicidad de la rendición de informes sobre la gestión de control por parte del Gerente de Proyecto de la TCM, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Para el cumplimiento de esta disposición, ambos deberán presentar conjuntamente una certificación que haga constar que la gestión de control de la Unidad Ejecutora se realiza conforme el plan de trabajo aprobado, a más tardar el 15 de junio de 2018 y posteriormente, el Secretario Técnico deberá presentar certificación en los primeros 15 días de enero del 2019 que haga constar que se emitieron debidamente firmados por el Gerente de Proyecto de la TCM y aprobaron por parte de esa Secretaría Técnica, los informes periódicos de rendición de cuentas sobre la gestión de control correspondientes a los meses de junio a diciembre del 2018. Ver párrafos Nros. 2.17, 2.18, 2.28, 2.30, 2.47 y 2.48 del informe.

ANEXO NRO. 1

**VALORACIÓN DE OBSERVACIONES AL BORRADOR DEL
INFORME DE AUDITORÍA SOBRE LA GESTIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE
CONCESIONES (CNC) EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA FASE 2A DE LA TERMINAL
DE CONTENEDORES DE MOIN (TCM).**

Según oficio Nro. CNC-ST-OF-0606-2018 (NI 10196-2018)

Nro. Párrafos	2.20-2.48		
Observaciones Administración	<p>Mediante oficio Nro. CNC-ST-OF-0606-2018 del 19 de abril del 2018, emitido por el Lic. Mauricio Fernández Ulate, Secretario Técnico y el Ing. Manuel Serrano Beeche, Gerente de Proyecto, se remitieron las observaciones al borrador del informe, refiriéndose específicamente a los contenidos de los puntos 2.1.2 y de la disposición 4.10. La síntesis de los argumentos se exponen a continuación:</p> <p>Que si bien el Gerente de Proyecto se está apoyando en personal suplido por la empresa Supervisora, esta situación se ha dado por la gran dificultad que representa la adquisición de personal a través de los mecanismos que se mencionan en el estudio, como sería la creación de plazas temporales autorizadas por la Autoridad Presupuestaria en amparo a lo que se dispone en la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos Ley N°7762, dada la limitación presupuestaria del CNC, que conduce a la negativa de la STAP para otorgar las plazas y a las disposiciones gubernamentales del Gobierno de limitar el gasto en contratación.</p> <p>Es por esto que para la conformación de la Unidad Ejecutora con personal que no pertenezca a la Supervisora, como lo establece la disposición 4.10, tendría que contarse, como forma alternativa, con personal temporal contratado en una plaza creada por la STAP específicamente para esto. Sin embargo, debe considerarse que es necesario seguir un proceso de aprobación de las plazas que conlleva un tiempo mucho mayor del que se está otorgando para el cumplimiento de la disposición.</p> <p>Por ende, la Administración solicita reconsiderar la fecha de cumplimiento para esta disposición de acuerdo con lo descrito en líneas superiores.</p>		
¿Se acoge?	Sí <input type="checkbox"/>	No <input checked="" type="checkbox"/>	Parcial <input type="checkbox"/>
Argumentos CGR	<p>La opinión de la Administración no modifica por el fondo el contenido del informe, se mantiene la posición de la Contraloría General de la República en virtud de que los argumentos se orientan a explicar las razones que han generado la actuación de la Administración en el tema de la capacidad de la Unidad Ejecutora, por lo tanto no existe discrepancia con respecto al informe.</p> <p>En relación con los comentarios asociados con la disposición 4.10 el documento no establece una petición concreta del plazo que necesita la Administración, sino que indica como referencia que para aprobación de nuevas plazas podría tardar entre cuatro y cinco meses, por lo cual solicitan</p>		

reconsiderar la fecha de cumplimiento de esta disposición.

Sobre el particular, es necesario remitirse a lo desarrollado en los párrafos 2.20 a 2.48 y en particular a los párrafos 2.40 a 2.48 del presente informe. Asimismo, cabe precisar que la disposición 4.10 se orienta a que, en un corto plazo, la Administración elimine la práctica de delegar funciones de naturaleza ordinaria que le son propias en personal que no ostenta la condición de funcionario público. Lo anterior a fin de que la Unidad Ejecutora pueda cumplir con sus funciones de control de manera objetiva e independiente, pero no establece esa disposición ni el informe, un mecanismo concreto, como el expuesto en las observaciones planteadas por la Administración, mediante el cual deba consecuentemente suplirse el personal que requiera esa Unidad Ejecutora. El informe si bien referencia la posibilidad de contratación a través de la Autoridad Presupuestaria, también alude, de manera general, al régimen de empleo público, lo cual permite una serie de posibilidades dentro del marco jurídico. Adicionalmente, en el aparte 2.47, también de forma genérica, se indica que ese Consejo dispone de los instrumentos legales y financieros para la contratación del personal de la Unidad Ejecutora que le proporcione apoyo al Gerente de Proyecto. De esta forma, ese Consejo puede acudir a diferentes opciones que el ordenamiento jurídico le permite para suplir el recurso humano, se entendería que en el plazo más reducido, en virtud de lo imprescindible de contar con personal que garantice el ejercicio de las funciones de control de manera objetiva e independiente, aspecto cuya garantía es responsabilidad de la Junta Directiva como jerarca del CNC e igualmente del Secretario Técnico como jerarca administrativo. Ahora bien, la decisión que sobre el particular se adopte, es de exclusiva responsabilidad del CNC. Por tal motivo, desde esta perspectiva, no resulta posible la reconsideración de ampliación del plazo.