



AUDITORIA GENERAL

INFORME, ESTUDIO ESPECIAL
AG-EE-01-19

ANÁLISIS SOBRE EL COBRO DE MULTAS Y CLAUSULA PENAL AL
CONTRATO LICITACIÓN PÚBLICA N° 2015LN-000001-01

23 de mayo del 2019

1. ORIGEN DEL ESTUDIO

Esta Auditoría General recibió el acuerdo N° 054-19. Artículo 1 de la Sesión Extraordinaria N° 005-2019, celebrada el 02 de mayo del 2019, sobre la solicitud del Consejo de Administración de JAPDEVA, en el apartado de la parte dispositiva N° 1, donde se acuerda solicitar a esta auditoria realizar una investigación preliminar sobre el procedimiento administrativo de cobro de multas y clausula penal, de la Dación de pago ofrecida por la empresa NIMAC, en compensación por la multa resultante del incumplimiento en el plazo de la entrega de la Licitación pública N° 2015LN-000001-01, contrato para el suministro y puesta en marcha de dos Grúas portacontenedores Post Panamax sobre rieles para la Terminal Gastón Kogan Kogan (Puerto Moín).

1.1. Objetivo del estudio

Atender el acuerdo N° 054-19. Artículo 1 de la Sesión Extraordinaria N° 005-2019, celebrada el 02 de mayo del 2019 del Consejo de Administración de JAPDEVA, que cita literalmente en el punto 1 donde se acuerda lo siguiente:

"POR TANTO SE ACUERDA

1- Se instruye a la Auditoría Interna para que establezca una investigación preliminar en conjunto y en apoyo con el Departamento Legal y un funcionario que cuente con conocimientos en ingeniería, con el fin de que se analice el procedimiento administrativo y obligaciones adquiridos hasta esta fecha en equipo y servicios relacionados con la ejecución contractual de la Licitación Publica N° 2015LN-000001-01 según contrato suscrito con la empresa NIMAC (con especial atención en el proceso para el cobro de multas y clausula penal) y la dación en pago ofrecida por dicha empresa, así como los montos y otros equipos indicados que podrían revaluarse ser adquiridos o bien analizar un posible escenario de que los montos sean girados en efectivo. La investigación deberá entregarse ante el Consejo de Administración en un término de quince (15) días."



AUDITORIA GENERAL

1.2. Alcance y periodo del estudio

Para la revisión del acuerdo N° 054-19. Artículo 1 de la Sesión Extraordinaria N° 005-2019, celebrada el 02 de mayo del 2019, del Consejo de Administración de JAPDEVA, se analizó la siguiente normativa y documentación:

- a- Ley General de la Administración Pública.
- b- Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.
- c- Cartel de Licitación y el Contrato de la Licitación Pública N° 2015LN-000001-01.
- d- El expediente Administrativo de la Licitación Pública N° 2015LN-000001-01.
- e- Acuerdo del Consejo de Administración N° 006-2019.

2. RESULTADOS

Antes de iniciar con la presentación de los resultados del presente estudio, se debe de señalar lo siguiente:

- Esta Auditoría General contó con el apoyo del Ingeniero Freddy Meza Alvarado, funcionario de la Dirección de Ingeniería Portuaria, por un lapso de dos días hábiles para realizar el análisis de la Licitación Pública N° 2015LN-000001-01 relacionada con la compra de las dos grúas porticas.
- No se solicitó la colaboración del Departamento Legal, ya que nuestra Auditoría cuenta con un profesional en Derecho, mismo que participó en todo el análisis legal del estudio.

Durante el análisis del estudio se observó lo siguiente:

2.1 El Consejo de Administración de JAPDEVA aprobó la Licitación Pública N° 2015LN-000001-01, promovida para el suministro y puesta en marcha de dos grúas portacontenedores post panamax sobre rieles para la terminal Gaston Kogan Kogan, mediante acuerdo N° 165-15 (Artículo III-a de la Sesión Ordinaria N° 17 -2015 celebrada el 07 de mayo del 2015, y publicada en la gaceta N° 91, del Miércoles 13 de mayo del 2015 (Ver los folios 0677 al 0833 del expediente administrativo de la licitación).

2.2 El Contrato de la Licitación Pública N° 2015LN-000001-0, fue aprobado por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República, mediante el oficio 03216, del 04 de marzo del 2016, a folio 3409 al 3426 del expediente administrativo.



AUDITORIA GENERAL

2.3 El 14 de abril del 2018, se da la orden de inicio de la Licitación Pública N° 2015LN-000001-01, promovida para el suministro y puesta en marcha de dos grúas portacontenedores post panamax sobre rieles para la terminal Gaston Kogan Kogan, mediante el oficio I-0206-2016, del 12 de abril del 2016, de la Dirección de Ingeniería Portuaria, al representante Legal de la empresa NIMAC, además se menciona en lo que interesa lo siguiente:

“El plazo de entrega para el suministro e instalación es de dieciséis meses, contados a partir del día 14 de abril del 2016 hasta el 14 de agosto de 2017.”

2.4 El 08 de enero del 2019, el Director de Ingeniería Portuaria, emite el oficio N° I-0004-19, a la Proveeduría de la Administración Portuaria en la cual le indica en lo literal lo siguiente:

“Adjunto copia del acta de recepción definitiva de las Grúas Post Panamax para que sea incluida en el expediente del Proyecto: SUMINISTRO Y PUESTA EN MARCHA DE DOS GRÚAS PORTACONTENEDORES POST PANAMAX SOBRE RIELES PARA LA TERMINAL GASTON KOGAN KOGAN (Puerto Moín) según licitación pública # 2015LN-000001-01- Contrato #17.”(El subrayado no es del original). (Ver los folios 3796 al 3805 del expediente administrativo).

Dicha acta de recepción, de la Dirección de Ingeniería Portuaria, hace referencia a la Recepción definitiva del suministro y puesta en marcha de las dos grúas portacontenedores post panamax sobre rieles para la terminal Gaston Kogan Kogan (Puerto Moín) según licitación pública # 2015LN-000001-01- contrato #17, que se dio en fecha de recepción el 27 de septiembre del 2018.

2.5 En fecha, 19 de noviembre del 2018, la Dirección de Ingeniería Portuaria mediante el oficio I-0218-18, le comunica al representante Legal de la empresa NIMAC, con el folio 3529 del expediente administrativo), en lo conducente lo siguiente:

“De acuerdo con lo anterior, existió un atraso en la entrega del objeto contractual que conforme al Cartel de Licitación y al Contrato suscrito entre las partes por lo que debe analizarse la procedencia o no de imposición de las multas previstas en la cláusula 11 del cartel de la Licitación Pública N° 2015LN-000001-01 mismas que también se encuentran contenidas en términos idénticos en la Cláusula Decimo Segunda del Contrato suscrito entre las partes.”

Al respecto, se puede observar que desde la recepción definitiva de las dos Grúas portacontenedores se da el fecha 27 de septiembre del 2018, fue hasta el 19



AUDITORIA GENERAL

noviembre del 2018 el Director de Ingeniería Portuaria se comunica directamente con el representante legal de la empresa NIMAC, para referirse sobre el atraso del objeto contractual.

La Cláusula Penal, establecida en el cartel de la Licitación pública N° 2015LN-000001-01, promovida para el suministro y puesta en marcha de dos grúas portacontenedores post Panamax sobre rieles para la terminal Gaston Kogan Kogan en el apartado 11, cita lo siguiente:

"11 CLÁUSULA PENAL

Existirá una sanción pecuniaria de 30,000.00 (treinta mil dólares US) por cada día natural, de atraso en la entrega definitiva de las grúas hasta un máximo de 25% del monto total adjudicado. En caso de que el incumplimiento sea en la entrega de una de las grúas objeto de este proyecto, se entiende que la sanción es de 15,000.00 (quince mil dólares US) por cada día de atraso en la entrega de cada una. En caso de incumplimiento en el plazo de entrega, el Ingeniero Supervisor, elabora un acta y notificara a la Proveeduría de la Administración Portuaria, quien procederá a descontar el monto correspondiente del saldo final a cancelar, previa aplicación del debido procedimiento administrativo establecido en la Ley General de la Administración Pública."

De la norma citada, la Dirección de Ingeniería Portuaria, se encontraba en la obligación de seguir el procedimiento establecido en la cláusula penal.

2.6 El 3 de diciembre del 2018, el representante legal de la empresa NIMAC, envía nota de respuesta en referencia al oficio I-0218-18, justificando el atraso sufrido en la entrega del objeto contractual correspondiente al contrato para el suministro y puesta en marcha de las dos grúas portacontenedores post Panamax sobre rieles para la terminal Gaston Kogan Kogan, (ver folios 3574 al 3681 del expediente administrativo), sobre los elementos que originaron los atrasos entre ellos los de causas naturales y otros, como se señala en lo conducente a folio 3680 al mencionar en lo que interesa (y a manera de ejemplo) lo siguiente:

(...) "Con el objeto de que justificar los atrasos sufridos durante la etapa de producción, paso de seguir a explicar los hechos con la prueba correspondiente.

Tifones y Festival de Primavera China.

En razón de eventos de fuerza mayor (tifones) la construcción de las grúas se atrasó, de manera justificada por un plazo de 31 días



AUDITORIA GENERAL

*naturales. Además por la celebración del Festival de Primavera Chino se produjo un atraso de 10 días naturales.”
(El subrayado es nuestro)*

Mediante el dictamen C-025-2004, del 22 de enero del 2004 de la Procuraduría General de la República estable el concepto doctrinario de Fuerza Mayor que cita en lo que interesa lo siguiente:

“A mayor abundamiento, en el dictamen C-084-99 de 3 de mayo de 1999, expresamos sobre la fuerza mayor lo siguiente:

“La fuerza mayor es un acontecimiento que no puede preverse o que, previsto, no puede evitarse. La expresión ‘fuerza mayor’ indica el carácter invencible del obstáculo. Ciertos hechos pueden ser citados como típicos de fuerza mayor; por ejemplo, los fenómenos atmosféricos y naturales como terremotos, tempestades, inundaciones, crecidas, lluvias, rayos, incendios, etc. Es por ello que el estado de fuerza mayor ha sido definido en doctrina como un hecho de la naturaleza, previsible, pero inevitable.”

Del dictamen citado líneas arriba la Procuraduría General de la República de Costa Rica, se determina que solamente los hechos que se originaron por Fuerza mayor son eximentes de responsabilidad para el deudor.

Por lo anterior indicado, se debió haber realizado un examen exhaustivo de las justificaciones una por una presentadas por la Empresa NIMAC, a JAPDEVA.

2.7 El 12 de diciembre de 2018, el Director de Ingeniería Portuaria, mediante el oficio I-0225-18, le comunica al representante legal de la empresa NIMAC, en lo conducente lo siguiente:

(...)

“El total de días sujetos a multa por atrasos imputables a su representada, según nuestro análisis es de 136 días (Grúa Luisa) y 8 días (Grúa Glenda) respectivamente. Según la cláusula 11 del Cartel de la Licitación Pública N° 2015LN-00001-01 (“...la sanción es de \$ 15,000.00- quince mil dólares US por cada día de atraso en la entrega de cada una...”).

Todo lo anterior se resume en un total de 144 días a \$15,000.00 por día para un total de \$ 2,160.000.00 USD (Dos millones ciento sesenta mil dólares exactos USD) “.



AUDITORIA GENERAL

En el cartel de la Licitación Pública N° 2015LN-000001-01, promovida para el suministro y puesta en marcha de dos grúas portacontenedores post Panamax sobre rieles para la terminal Gaston Kogan Kogan en el apartado 11 se menciona la cláusula penal que cita lo siguiente:

“11 CLAÚSULA PENAL

Existirá una sanción pecuniaria de 30,000.00 (treinta mil dólares US) por cada día natural, de atraso en la entrega definitiva de las grúas hasta un máximo de 25% del monto total adjudicado. En caso de que el incumplimiento sea en la entrega de una de las grúas objeto de este proyecto, se entiende que la sanción es de 15,000.00 (quince mil colones US) por cada día de atraso en la entrega de cada una. En caso de incumplimiento en el plazo de entrega, el Ingeniero Supervisor, elabora un acta y notificara a la Proveeduría de la Administración Portuaria, quien procederá a descontar el monto correspondiente del saldo final a cancelar, previa aplicación del debido procedimiento administrativo establecido en la Ley General de la Administración Pública.” (El subrayado no es del original).

Como se desprende de los oficios señalados líneas arriba, que da inicio con el oficio N° I-0218-18, del Director de Ingeniería Portuaria entre el representante legal de la empresa NIMAC sobre el tema de la Sanción pecuniaria por atraso en la entrega de las Grúas porticas y según lo normado en la cláusula Penal de la licitación Pública, el Ingeniero Supervisor le debía comunicar a la Proveeduría Portuaria el incumplimiento contractual para iniciar el procedimiento administrativo del debido proceso conforme lo señala el pacto consensual. Sin embargo, en revisión al expediente lo que se evidenció fue una actuación directa de parte del Director de Ingeniería Portuaria al comunicarle al representante de la empresa NIMAC el incumplimiento, con copia a la Proveeduría de dicha actuación.

Además es de suma importancia para el análisis del estudio, lo indicado en el oficio I-0225-18, de la Dirección de Ingeniería Portuaria al señalar en lo conducente lo siguiente:

“El total de días sujetos a multa por atrasos imputables a su representada, según nuestro análisis es de 136 días (Grúa Luisa) y 8 días (Grúa Glenda) respectivamente”. (El subrayado no es del original).

Cada contratación administrativa sea mediante licitación pública o abreviada, cuando surge análisis sobre cuestiones técnicas que se debe plantear a un proveedor por incumplimiento en referencia al pago de una clausula penal contractual de días multa, se debe determinar mediante un procedimiento administrativo, que conllevaría un criterio técnico, y no un criterio propio de una Dirección de Ingeniera Portuaria.



AUDITORIA GENERAL

La dirección de Ingeniería Portuaria, mediante acta sin número con fecha del 12 de diciembre del 2018, le remite a la Proveeduría Portuaria, que consta a folio 3742 al 3744 del expediente administrativo, en la cual señala la tabla de referencia sobre la sumatoria de los días de multa que se cita a continuación:

“Todo lo anterior se resume en el siguiente cuadro:

15 Ago. 2017 al 27 Set. 2018	401 días	
Justificaciones	LUISA	GLENDA
Tifones	31	31
Festival Primavera	10	10
Arco Eléctrico (16 Nov)	76	71
Reductor (Nexo Causal) 22 Nov	88	88
Post Recep Prov (21 Feb 2018)	60	60
Daño Spreader (13 Mayo 2018)	0	133
Total días justificaciones por grúa	265	393

El total de días sujetos a multa por atrasos imputables a su representada, según nuestro análisis es de 136 días (Grúa Luisa) y 8 días (Grúa Glenda) respectivamente. Según la cláusula 11 del Cartel de la Licitación Pública N° 2015LN-00001-01 (“...la sanción es de \$ 15,000.00- quince mil dólares US por cada día de atraso en la entrega de cada una...”).

“Todo lo anterior se resume en un total de 144 días a \$15,000.00 por día para un total de \$ 2,160.000.00 USD (Dos millones ciento sesenta mil dólares exactos USD). “

Además, dentro del procedimiento administrativo se debió haber solicitado el análisis mediante un criterio del Departamento Legal de la Institución para establecer con certeza si lo manifestado por el representante legal de la empresa NIMAC de los hechos ocurridos en el país de fabricación de las dos grúas porticas (entre ellos los tifones, festival de Primavera de China y otros) que cita en la nota enviada de fecha 3 de diciembre del 2018, sean conforme a una causa justificada e imprevisible y razonada legalmente, en razón de pruebas presentadas de los atrasos sufridos, aportando prueba documental, fotografías y certificaciones de notarios sobre la documentación citada (ver folios 3574 al 3681 del expediente administrativo).

2.8 El 17 de diciembre del 2018, mediante respuesta al oficio I-0225-18, el representante legal de la empresa NIMAC, con nota sin número, le manifiesta al Director de Ingeniería Portuaria que en compensación a lo adeudado ofrece equipos y servicios a JAPDEVA, que cita en lo conducente (ver folio 3689 al 3685) lo siguiente:



AUDITORIA GENERAL

(...)

"NIMAC, ofrece como compensación al monto indicado en dicho oficio \$2,160.000.00 USD -Dos millones ciento sesenta mil dólares exactos utilizar la figura de la dación en pago, forma aceptada en nuestro ordenamiento jurídico como forma de saldar una obligación pecuniaria civil y que implica el otorgamiento de alguna cosa o prestación en sustitución de otra que constituía el pago original producto de una obligación jurídica pactada, mecanismo que para su adecuada aplicación requiere además del interés del deudor en proponerla, la voluntad del acreedor en aceptarla.

(...)

Los equipos y/o servicios ofrecidos por NIMAC para contrarrestar y solventar al 100% el equivalente a la sanción pecuniaria se resume en el siguiente cuadro:

Item	Precio(CIL)	Precio (IVI)	Disponibilidad de Fabrica
SANY técnico en sitio por 1 año	\$162.000,00	\$162.000,00	INMEDIATA
Contenedor especial para pruebas/ensayos	\$35.113,89	\$40.029,83	INMEDIATA
Reparación del Spreader	\$90.361,49	\$90.361,49	INMEDIATA
Capacitación Técnica	\$13.658,77	\$13.658,77	INMEDIATA
Reach Staker #1	\$480.607,66	\$543.917,27	ene-19
Reach Staker #2	\$480.607,66	\$543.917,27	ene-19
Montacarga de 25 ton	\$426.395,45	\$482.115,35	ene-19
Spreader broma STS	\$249.122,81	\$284.000,00	ene-19
	\$1.937.867,73	\$2.160.000,00	

2.9 El 02 de enero del 2019, el Departamento de Planificación mediante oficio N° PG-001-2019, le remite al Director de Ingeniería Portuaria el estudio de factibilidad que señala en lo que interesa lo siguiente:

"... Adjunto le remito el ESTUDIO DE FACTIBILIDAD ECONOMICA PARA COMPRA DE DOS RECHSTAKER Y UN MONTACARGA"

Ver folio 3698 del expediente administrativo.

2.10 El 20 de diciembre de 2018, el Departamento Legal mediante oficio N° AL-282-2018-SJ, le comunica al Presidente Ejecutivo en lo conducente lo siguiente:

"En atención a lo discutido en la reunión sostenida el día 19 de los corrientes con esa Presidencia Ejecutiva, La Gerencia General, la Dirección de Ingeniería, además de solicitud verbal de criterio por parte de la Gerencia Portuaria, se indica lo siguiente:



AUDITORIA GENERAL

(...)

En conclusión, para el caso que se consulta, la dación en pago sería procedente sí y sólo sí, la Administración concluye que los montos originados de la aplicación de la cláusula penal surgieron a partir del procedimiento correspondiente; además de si lo ofrecido en dación conviene a los intereses de la Administración según los principios de eficacia y eficiencia (artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa), razonabilidad, proporcionalidad (artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa); resguardo y gestión de riesgos de la cosa pública(interés superior, artículo 4 de la Ley de contratación Administrativa).”

Ver folio 3703 al 3706 del expediente administrativo.

Se desprende del análisis efectuado, que la Administración Superior tuvo conocimiento pleno de la figura de dación de pago, por la intervención de parte de la Presidencia Ejecutiva de JAPDEVA, Jefatura del Departamento Legal, Gerencia General, Gerencia Portuaria, sobre el procedimiento que se venía efectuando de parte de la Dirección de Ingeniería Portuaria, conforme lo señala el oficio N° AL-282-2018-SJ, sobre la reunión sostenida del caso en mención.

En atención al oficio AL-282-2018-SJ del Departamento Legal señala la realización de lo siguiente “... la Administración concluye que los montos originados de la aplicación de la cláusula penal surgieron a partir del procedimiento correspondiente; además de si lo ofrecido en dación conviene a los intereses de la Administración...”, la realización del procedimiento Administrativo, para la verificación del monto de la cláusula penal y de la solicitud de la dación de pago de la empresa NIMAC; sin embargo, considera esta Auditoría General que conforme lo señala la cláusula penal, se tuvo que haber puesto en conocimiento a la Proveeduría Portuaria y la misma coordinar lo pertinente para la realización del procedimiento administrativo y solicitar la colaboración de los departamentos técnicos y de la Asesoría Legal de la Institución para verificar si lo establecido de los días multa y de la Dación de pago son justificantes al interés Público y poner en conocimiento previo al Consejo de Administración la solicitud de la empresa sobre la Dación de pago, en la cual sea la Administración superior que decida cuales son los equipos que requiera para su funcionamiento institucional, de conformidad con lo establecido en el oficio N° 005-2019, del 08 de enero del 2019, del Departamento legal que cita en lo conducente lo siguiente:

“Aunado a lo anterior y a mayor abundamiento, véase lo dispuesto en el oficio N° 12336 del 07 de diciembre del 2011de la Dirección de Contratación Administrativa, mismo que en lo que interesa indica: “Ahora bien, esta Contraloría General se ha pronunciado sobre la posibilidad de aplicar la dación en pago en caso de cláusulas penales,



AUDITORIA GENERAL

lo cual eventualmente podría resultar aplicable en casos de carácter muy excepcional, cuando exista un interés público superior por parte de la Administración. Este tema fue abordado en el oficio N^a 5068 (DGA-747-2002) de fecha 01 de mayo del 2002-del cual se adjunta copia-, en el que se señalan los casos en que no procede aplicar la figura de dación de pago y **aquellos en que eventualmente podría aplicarse, destacando el cumplimiento de una serie de requisitos, a saber: que exista una necesidad por adquirir el bien sustituido; que exista una resolución administrativa razonada que se refiera a los motivos por los cuales se acepta la nueva prestación, es decir que la prestación sustitutiva realmente satisface una necesidad actual de la Administración, la nueva prestación debe encontrarse contenida en el Plan de Adquisiciones de la Institución; que exista un Avalúo de Tributación o realizado por el personal especializado de la Administración; de tal manera que se determine el justo valor de la nueva prestación en relación con lo debido a la Administración por el particular, deben cuantificarse los bienes entre otros.**

2.11 La Dirección de Ingeniería Portuaria le remite el oficio I-0230-18, del 20 de diciembre del 2018, a la Gerencia Portuaria y recibido el 20 de diciembre del 2018 al ser las 13: 53 horas, señalando la solicitud de propuesta de dación de pago de parte de la empresa NIMAC y que la misma sea conocido por el Consejo de Administración de JAPDEVA, al señalar en lo conducente lo siguiente:

“Con el propósito de que sea presentado para su análisis y aprobación de nuestra Junta Directiva, adjunto le remitimos la propuesta de Dación en pago de empresa Nicaragua Machinery Company S.A (NIMAC) del asunto de referencia, el cual cuenta con nuestra aprobación.”

2.12 El 21 de diciembre del 2018, en la Sesión Ordinaria N° 024-2018, celebrada 21 de diciembre del 2018, la Gerencia Portuaria remite y se conoce el oficio GP-985-2018, sobre la propuesta de dación de pago con respecto a la licitación pública 2015LN-000001-01 “suministro y puesta en marcha de dos grúas portacontenedores post – panamax sobre rieles para la terminal de Gastón Kogan Kogan (Puerto de Moín), propuesta por la empresa NIMAC, a dicha sesión también estuvieron invitados los siguientes funcionarios para conversar sobre el tema en cuestión:

- Ing. Luis Vargas Araya- Director de Ingeniería
- Ing. Rolando Latouche Castro- División de Maquinaria y Equipo
- Ing. Humberto Willis Sylvan- Operaciones Portuarias
- Licda. Karla Piedra Alfaro- Jefe de Planificación



AUDITORIA GENERAL

El tema de la dación de pago se dejó pendiente en dicha sesión del Consejo Administración, sin llegar a un acuerdo firme consignado en actas, y por solicitud del Presidente Ejecutivo según consta en el acta N° 024-2018 al final de la exposición, señalo en lo conducente lo siguiente:

“SR. GREIVIN VILLEGAS: *Esto es correcto, los criterios son tomados en cuenta a partir de criterios técnicos y operativos que obviamente los tienen que aprobar la Gerencia Portuaria y de ahí ser sometido al criterio de la Junta Directiva.*

Creo que no debería ser, hay muchos temas pendientes alrededor de esto entonces lo que yo sugiero es que lo dejemos para la sesión del 10 de enero. Estaríamos retomándolo en la sesión del 10 de enero 2019”

(Fuente: Actas de la Secretaria del Consejo de Administración de la Sesión Ordinaria N° 024-2018).

Se observa la prontitud de tiempo que se tramitó de parte de la Dirección de Ingeniería Portuaria con la Gerencia Portuaria en el oficio GP-985-2018, para ser conocido dicha propuesta de la dación de pago por parte de la empresa NIMAC al Consejo de Administración JAPDEVA.

2.13 El 02 de enero del 2019, la Gerencia Portuaria mediante el oficio GP-999, del 28 diciembre del 2018, le remite al Proveedor de la Administración Portuaria, en lo que interesa lo siguiente:

(...)

“Con la finalidad de atender lo dispuesto por el Consejo de Administración para analizar la propuesta de dación de pago como una figura para intercambiar el pago de multas en efectivo por la adquisición de bienes y servicios por los atrasos en la entrega de las grúas porticas según los términos del contrata para adquisición de las grúas, le solicito:

1- *Emitir una certificación a la Gerencia Portuaria de los días multa consignados en el acta elaborada por el Ingeniero supervisor y la estimación del monto de la multa correspondiente. Para esto se deberá verificar con vista en el acta que cada uno de los días de atraso atribuibles al contratista y los días de atraso atribuibles a JAPDEVA estén debidamente justificados.”*

Ver folio 3739, del expediente administrativo.



AUDITORIA GENERAL

2.14 El 08 de enero del 2019, mediante el oficio ESP-002-2019, el departamento de Equipo Semipesado, adjunta al oficio en mención, el análisis técnico de respaldo, al concluir que dichos equipos, según los firmantes al indicar lo siguiente: *“Además se indican para cada uno de los equipos y servicios los mecanismos de control, tiempo de entrega, garantías de funcionamientos requeridas y parámetros técnicos de calidad evaluados para determinar la razonabilidad y conveniencia de los que consideramos garantizar una adecuada satisfacción de los interés públicos”*, referente a la dación de pago de la empresa NIMAC, a la Proveeduría Administración Portuaria para que se adjunte al expediente administrativo en referencia. (Ver folio 3826 al 3806 del expediente administrativo).

2.15 El 10 de enero del 2019, mediante acuerdo N° 006-19 Artículo III-a de la Sesión Ordinaria N° 001-2019, celebrada el 10 de enero, el Consejo de Administración de JAPDEVA, aprobó la recomendación de la Gerencia Portuaria sobre la aceptación de la Dación en pago, que cita en lo conducente lo siguiente:

“(1).- Acoger la recomendación de la Gerencia Portuaria y se acepta la propuesta de dación en pago presentada por la Dirección de Ingeniería para efectos de resarcir a la Administración por concepto de la aplicación de la cláusula penal en la ejecución contractual de la Licitación Publica N° 2015LN-000001-01 “SUMINISTRO Y PUESTA EN MARCHA DE DOS GRÚAS PORTACONTENEDORES POST-PANAMAX SOBRE RIELES PARA LA TERMINAL GASTON KOGAN KOGAN PUERTO MOÍN,...”

2.16 El 17 de enero del 2019, La Gerencia General por medio de la Unidad de control de acuerdos, en el oficio N° GG-RM-CA-003-2019, le comunica a la Gerencia Portuaria, Jefe del Departamento Legal y al Director de ingeniería, lo siguiente:

“Saludos cordiales, con el fin de que se sirvan tomar nota para el trámite correspondiente, les traslado el Acuerdo N° 006-19 Artículo III-a de la Sesión Ordinaria N° 001-2019, celebrada el 10 de enero del 2019.”

Ver folio 3907 del expediente administrativo.

De lo anterior se desprende que tanto la Gerencia Portuaria, la Jefatura del Departamento Legal y la Dirección de Ingeniería, tienen el comunicado y conocimiento técnico para seguir con la tramitación de la dación de pago, en el caso de la Dirección de Ingeniería le comunica a la Proveeduría de la Administración Portuaria el acuerdo tomado por el Consejo de Administración de JAPDEVA, siguiendo la cronología de eventos narrados con anterioridad líneas



AUDITORIA GENERAL

arriba, la administración activa se encuentra en la obligación de plasmar la voluntades de las partes, en este caso la Empresa NIMAC y JAPDEVA, en un contrato sobre las nuevas obligaciones y derechos contraídos, nuevas garantías por los equipos a adquirir y servicios, según la aprobación de la Dación de Pago, de conformidad al artículo 198 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

“Artículo 198.-Formalización contractual. La relación contractual válida y perfeccionada se formalizará cuando sea necesario para el correcto entendimiento de los alcances de los derechos y las obligaciones contraídas por las partes.”

2.17 Mediante el oficio PPL-041-2019, del 06 de febrero del 2019, la Proveeduría Portuaria le remite a la Gerencia Portuaria una serie de observaciones que señala en lo conducente respectivamente lo siguiente:

*“... esta Proveeduría no participó la determinación del monto a reconocer por el Contratista.”
(...)*

“Por último, y luego de revisar el expediente de esta licitación encontramos el oficio AL 282-2018-SJ, emitido por el Departamento Legal. En el tercer párrafo del citado se lee lo siguiente:

“... Lo anterior, para el caso en concreto, conlleva a una verificación mediante resolución razonada de lo que se está ofreciendo en dación en pago y; si lo ofrecido por el deudor conviene a los intereses de JAPDEVA”.

Luego de revisar el expediente, no logramos encontrar la citada resolución, y no sabemos si se elaboró y no fue incorporado al expediente, o si no ha sido elaborado aun”.

Posteriormente dicha proveeduría remite el oficio N° PPL-057-2019, del 06 de marzo del 2019, que cita en lo conducente respectivamente lo siguiente:

*“... la Proveeduría, acatando los procedimientos indicados en la Ley de Administración Pública, procedería a conferirle audiencia al adjudicatario para que presente los elementos de descargo que justifiquen el atraso. Una Vez recibidos estos, la Administración procedería a realizar un análisis de los mismos y determinar si los atrasos son realmente válidos.
(...)*

Después de revisar lo actuado, esta Proveeduría coincide con el procedimiento utilizado por la unidad supervisora del proyecto, por



AUDITORIA GENERAL

cuanto se respetó el procedimiento consignado en la Ley de Administración Pública, respecto al debido proceso. Todo lo actuado consta en el expediente administrativo, el cual se encuentra custodiado por la Proveduría Portuaria."

Ver folio 4094 al 4095 del expediente administrativo.

En atención a los oficios citados líneas arriba, por parte de la Proveduría de la Administración Portuaria, debemos de recordar que la administración pública se encuentra en la obligación por ley en cumplir lo normado, en este caso cumplir lo señalado en la cláusula penal, y además el deber de comunicar a su superior el no cumplimiento de lo anterior, por el principio de legalidad que debe actuar la administración pública en cada una de sus actuaciones, que cita lo siguiente:

"Artículo 11.-

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa."

2.18 Dentro del expediente administrativo se observa preliminarmente las últimas notas de parte de la Dirección de Ingeniería Portuaria, donde le comunica al representante Legal de la empresa NIMAC, en lo que interesa lo siguiente:

"Con respecto a la propuesta de dación en pago realizada por su representada, formalmente le indicamos que nuestro Consejo de Administración lo avalo según acuerdo adjunto. No obstante encontramos algunas inconsistencias en la redacción (las cuales le adjunto) y estamos planteando su modificación.

Es por este motivo que todavía no se les ha hecho la comunicación oficial del acuerdo, tan pronto se realicen dichas correcciones les estaremos notificando el acuerdo."

Ver folio 4097 del expediente administrativo.

3. CONCLUSIONES:

De acuerdo con los resultados de la investigación realizada sobre cada uno de los aspectos antes expuestos, se arriba a las siguientes conclusiones:



AUDITORIA GENERAL

Con respecto al análisis del procedimiento administrativo:

- 3.1 La Dirección de Ingeniería Portuaria, le comunica de forma directa al representante legal de la empresa NIMAC, sobre la Sanción pecuniaria por atraso en la entrega de las dos Grúas porticas post panamax, según lo establecido en la cláusula penal establecida en el cartel de la Licitación Pública. Función que le correspondía a la Proveeduría de la Administración Portuaria la aplicación del procedimiento administrativo.
- 3.2 La Dirección de Ingeniería Portuaria, mediante copia del oficio I-0218-18, le comunica a la Proveeduría Portuaria sobre la actuación que está realizando directamente con el representante legal de la empresa NIMAC, sobre la Sanción pecuniaria por atraso en la entrega de las dos Grúas porticas post panamax, según lo establecido en la cláusula penal establecida en el cartel de Licitación Pública.
- 3.3 El Director de Ingeniería Portuaria, mediante el oficio I-0225-18, le comunica al representante legal de la empresa NIMAC, el total de 144 días de atrasos, para una multa de \$ 2,160.000.00 USD (Dos millones ciento sesenta mil dólares exactos USD). Para lo anterior, dicha Dirección de Ingeniería no solicitó colaboración al Departamento Legal para el respectivo análisis técnico sobre la justificación presentada por la empresa NIMAC, riñendo con lo establecido en el dictamen de la Procuraduría General de la República citado anteriormente.
- 3.4 No se llevó a cabo el procedimiento Administrativo conforme lo señala la cláusula penal establecida en el cartel de licitación; así como por lo citado por el Proveedor en los oficios de dicha Proveeduría N° PPL-041-2019 y el oficio N° PPL-057-2019.

En relación con las obligaciones adquiridas hasta la fecha:

- 3.5 Mediante el acuerdo N° 006-19 Artículo III-a de la Sesión Ordinaria N°001-2019, celebrada el 10 de enero del 2019, el Consejo de Administración de JAPDEVA aprobó la propuesta presentada por la empresa NIMAC sobre la dación en pago; sin embargo, a la fecha de la emisión del presente informe, no consta en el expediente administrativo de licitación, la formalización de este acto mediante un contrato que establezca formalmente y por escrito las obligaciones, garantías y cumplimiento de los servicios y equipos a adquirir por parte de JAPDEVA con la empresa NIMAC.

Finalmente, con respecto a los escenarios:

- 3.6 El Consejo de Administración de JAPDEVA mediante acuerdo N° 054-19. Artículo 1 de la Sesión Extraordinaria N°005-2019, celebrada el 02 de mayo



AUDITORIA GENERAL

del 2019, en el apartado de la parte dispositiva cita en lo conducente lo siguiente: “2. *Suspender la ejecución de los acuerdos N° 006-2019 y N° 053-2019*”, quedando en espera de la investigación preliminar que realice la Auditoría General en relación a la propuesta de la Dación en Pago aprobada y suspendida por dicho órgano colegiado.

3.7 Es de suma importancia señalar que una investigación Preliminar consiste en una serie de indagaciones preliminares, mientras que la función de las Auditorías Internas es fiscalizar y asesorar en materia de nuestra competencia la hacienda pública, en relación a la buena utilización de los recursos públicos de la Institución. Por lo tanto, a la luz de los acontecimientos relativos al trámite que ha conllevado la eventual dación en pago en cuestión y en consideración a las anteriores conclusiones, la decisión de seguir con la aprobación o suspensión, formalización contractual o solicitud del cumplimiento de lo establecido en la cláusula Penal sobre el monto en dinero en efectivo, es propia de la Administración Activa representada por el Consejo de Administración de JAPDEVA, dejando dicha actuación justificada en cumplimiento de las condiciones establecidas en el oficio AL-005-2019, del Departamento Legal.

4. RECOMENDACIONES

En consideración de lo expuesto, esta Auditoría se permite efectuar las siguientes recomendaciones:

Al Consejo de Administración.

- 4.1 Realizar un estudio sobre el análisis legal de la interpretación realizada por parte de la Dirección de Ingeniería Portuaria sobre el total de 144 días de multa que se le consignó a la Empresa NIMAC, en referencia al oficio I-0225-18, si se cumplieron con los parámetros justificantes del caso fortuito y fuerza mayor.
- 4.2 Analizar la posibilidad de la realización de un procedimiento administrativo para descubrir la verdad real de los hechos sobre la posible responsabilidad del Director de Ingeniería Portuaria en la actuación directa de comunicarle al representante legal de la empresa NIMAC, sobre los atrasos de las dos grúas porticas post panamax, y no seguir lo normado en la cláusula penal establecida en el cartel de licitación pública.
- 4.3 Analizar la posibilidad de realización de un procedimiento administrativo para descubrir la verdad real de los hechos para determinar si hubo una posible inacción u omisión de parte de la Proveeduría de la Administración Portuaria en comunicar o advertir a su superior inmediato, en el momento que tuvo



AUDITORIA GENERAL

conocimiento mediante copia de los oficios que remitía la Dirección de Ingeniería, al observar el no cumplimiento literal de la cláusula penal.

- 4.4 Valorar si la aprobación de la propuesta de dación de pago cumple con las necesidades actuales de la Institución conforme lo señala el oficio N° AL-005-2019, del departamento Legal, por lo cual deberá dicho Consejo de Administración justificar y formalizar dicha contratación y si no cumple con lo normado deberá revocar su propio acuerdo señalando su justificación y la necesidad de cumplir con lo establecido textualmente en la cláusula penal citada en el cartel de Licitación Publica N° 2015LN-000001-01.
- 4.5 Si verificado el punto 1 de esta recomendación, y si el Consejo de Administración de JAPDEVA decide afirmativamente sobre la Dación de pago debe de Confeccionar un contrato para darle validez formal, a las voluntades expuesta de las partes de la dación en pago por parte de la Administración de JAPDEVA y de la Empresa NIMAC, sobre el nuevo objeto contractual pactado, estableciendo las clausulas a seguir, las obligaciones, derechos, las garantías de los equipos, siempre y cuando que el Consejo de Administración JAPDEVA, haya valorado objetivamente todos los parámetros legales y numéricos para darle validez y eficacia de la dación de pago.

Atentamente,


Lic. Marvin Jiménez León
Auditor General-Japdeva



- Expediente.