



ACTA No. 14/2020

(13/08/2020)

DEL CONSEJO DIRECTIVO
DEL FONDO DE CONSERVACION VIAL – FOVIAL.

Antiguo Cuscatlán, a las nueve horas del día jueves, trece de agosto de dos mil veinte. Reunidos en Sala de Reuniones del Consejo Directivo del Fondo de Conservación Vial, ubicado en Antiguo Cuscatlán. Directores Propietarios del Consejo Directivo: Lic. Rafael Enrique Renderos Cuéllar, Presidente en funciones para esta sesión; Ing. Edgar Alejandro Rodríguez Ventura, Director; Ing. German Alcides Alvarenga Flores, Director; Lic. René Alberto Raúl Vásquez Garay, Director; Ing. José Antonio Velásquez Montoya, Director; e Ing. Ricardo Salvador Ayala Kreutz, Director. Presentes los señores Miembros Directores Suplentes del Consejo: Lic. Salvador Alberto Chacón García, Lic. José Francisco Menjivar Barahona, Ing. Herbert Danilo Alvarado, Dr. Félix Raúl Betancourt Menéndez, Lic. Rufino Ernesto Henríquez López, y Licda. Mónica Altagracia Marín Cruz; y contando con el quórum requerido se procedió a desarrollar la siguiente sesión:

- Establecimiento de quórum.

Los asistentes verifican el quórum, y cumpliéndose el legalmente exigido se procede a iniciar la sesión.

- Aprobación de Agenda.

Los asistentes acuerdan por unanimidad aprobar la agenda junto con la convocatoria, cuyo contenido es el siguiente:

- I Lectura y Ratificación de Actas No. 13/2020 y E-12/2020.**
- II Correspondencia Consejo Directivo.**
- III Informe de Seguimiento de Parte Interesada "Consejo Directivo" del Sistema de Gestión de Calidad.**
- IV Solicitud de Aprobación de Memoria de Labores 2.019.**
- V Informe Relación de Endeudamiento a junio 2020**
- VI Solicitud de Aprobación de Modificativa Contractual por Reacomodo de Partidas y Liquidación para el Contrato FOVIAL CO-013/2019 “MANTENIMIENTO RUTINARIO DEL GRUPO 5 DE VÍAS PAVIMENTADAS, UBICADAS EN LA ZONA 2 DE EL SALVADOR”.**
- VII Solicitud de Aprobación de Modificativa Contractual por Reacomodo de Partidas y Liquidación para el Contrato FOVIAL CO-023/2019 “MANTENIMIENTO RUTINARIO DEL GRUPO 9 DE VÍAS PAVIMENTADAS, UBICADAS EN LA ZONA 3 DE EL SALVADOR”.**
- VIII Informe del Nombramiento de la Comisión de Evaluación del proceso BS LP 004/2020 SUMINISTRO DE EQUIPO INFORMATICO Y SOFTWARE PARA EL FONDO DE CONSERVACION VIAL.**
- IX Informe de la Comisión de Evaluación del Proceso BS LP 004/2020 SUMINISTRO DE EQUIPO INFORMATICO Y SOFTWARE PARA EL FONDO DE CONSERVACION VIAL.**
- X Solicitud de Autorización de Adenda Modificativa No. 1 de Licitación Pública No. 056/2020 “Ejecución de Obras de Protección en Puente sobre Río Torola, Carretera MOP1 3W, Morazán.**
- XI Recurso de Reconsideración interpuesto por empresas supervisoras de Mantenimiento Periódico de Resolución Denegatoria de Solicitud de Modificación Contractual en aumento de monto por EMERGENCIA COVID-19.**

Desarrollo de la Agenda

I. Lectura y Ratificación de Actas No. 13/2020 y E-12/2020

Se procedió a dar lectura a las actas relativas a la sesión ordinaria 13/2020 y a la sesión extraordinaria E-12/2020, siendo el contenido de las mismas ratificado por unanimidad por el Consejo Directivo.

II. Correspondencia Consejo Directivo.

El Director Ejecutivo informa que a la fecha no se ha recibido correspondencia dirigida al Consejo Directivo.

III. Informe de Seguimiento de Parte Interesada "Consejo Directivo" del Sistema de Gestión de Calidad

El Jefe de Unidad de Tecnología y Sistemas de Información, Licenciado Filiberto Vargas, mediante memorándum referencia FOVIAL TI-012/2020, presenta al Consejo Directivo Informe de Seguimiento de Parte Interesada "Consejo Directivo" del Sistema de Gestión de Calidad.

Expone los requisitos vigentes a la fecha que son: cumplimiento de leyes, planes, programas y políticas, proyectos de mantenimiento que reúna los estándares de calidad, estructura organizativa adecuada y personal competente, gestión eficaz, eficiente, transparente y sostenible, infraestructura y activos fijos adecuados, procesos técnicos y administrativos adecuados, velar porque ingresen oportunamente los recursos financieros a la institución, realización de las auditorías determinadas en la ley del FOVIAL y formulación y ejecución oportuno del presupuesto de ingresos y egresos del FOVIAL.

Asimismo propone que en caso de que el Consejo Directivo considere adecuados mantenerlos, los mismos sean ratificados.

El Consejo Directivo se dio por recibido del informe presentado y de conformidad con el artículo 21 de la Ley del Fondo de Conservación Vial por unanimidad **ACUERDA:**

Ratificar los requisitos correspondientes a la de Parte Interesada "Consejo Directivo" del Sistema de Gestión de Calidad antes expuesto.

IV. Solicitud de Aprobación de Memoria de Labores 2019.

La Jefa de la Unidad de Comunicaciones, Licenciada Mayra Morán, mediante memorándum referencia FOVIAL COM- 002/2020, presenta al Consejo Directivo informe de avance de Memoria de Labores correspondiente del uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil diecinueve.

Manifiesta que los principales cambios que se realizaron a la memoria de labores son los siguientes:

- Fundamento legal: La memoria toma como base las obligaciones de informar y reportar labores según criterios establecidos en su ley de creación.
- Organización por programas: Mantenimiento rutinario: pavimentado, no pavimentado, emergencias, Mantenimiento periódico, Derecho de vía, Puentes y obras de paso, Señalización y seguridad vial.

- Tratamiento visual y de datos: Lo más importante de FOVIAL son los beneficios que se le dan a la población por ello se refuerza el trabajo, la conectividad y el acceso a través de las vías.
- Abordaje técnico de la información: Se explican programas y proyectos con base en las fichas técnicas y financieras, pero de fácil comprensión para el lector.
- Mayor información, transparencia e historicidad del trabajo de FOVIAL Incluye nuevos apartados de alto desempeño institucional interno: modernización, tecnología, atención al usuario.
- Estandarización: Obedece a pautas establecidas en la Política de Comunicación del Gobierno Central.
- Presentación por logros Redacción con base en un enfoque de logros como institución gubernamental: género, cuidado al medio ambiente, apoyo a MIPYMES, calidad, fiscalización, acceso a la información, entre otros.
- Amplio panorama del trabajo por indicadores de seguimiento Ofrece una visión analítica frente al Plan Cuscatlán, PEI 2015-2019, PAIP 2019 y el seguimiento de indicadores de desempeño

El Consejo Directivo se dio por recibido del informe presentado por la Jefa de la Unidad de Comunicaciones, habiendo realizado las consultas y discutido la propuesta por unanimidad **ACUERDA:**

Aprobar el contenido de la memoria de labores correspondiente al ejercicio del uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil diecinueve, recomendando se incluya en la misma informe sobre cárcevas atendidas.

V. Informe Relación de Endeudamiento a junio 2020.

El Gerente Financiero y Administrativo, Licenciado Jaime Escobar, mediante memorándum referencia FOVIAL GFA 374/2020, presenta al Consejo Directivo, Informe de Relación de Endeudamiento al treinta de junio de dos mil veinte del Proceso de Titularización, y **CONSIDERANDO:**

1. Que la Asamblea Legislativa, mediante Decreto 110 de fecha 24 de agosto de 2012, autorizó al FOVIAL que a través de la titularización pueda emitir títulos valores, garantizados con los flujos futuros de la Contribución de Conservación Vial.
2. Que en sesiones números E-09/2013 y 29/2013 celebradas el 31 de mayo y 7 de noviembre de 2013 respectivamente, el Consejo Directivo aprobó el aumento al Presupuesto del año 2013 por CINCUENTA MILLONES DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$50,000.000.00) en cada sesión, correspondiente al primero y segundo Fondo de Titularización; y que además en la sesión No. 16/2015 del 3 de julio de 2015, el Consejo Directivo aprobó el aumento al Presupuesto 2015 por un monto de VEINTICINCO MILLONES DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$25,000.000.00) correspondiente al tercer Fondo de Titularización, ascendiendo a un total de CIENTO VEINTICINCO MILLONES DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$125,000,000.00)
3. Que en cumplimiento al Contrato de Cesión de Flujos Financieros y Futuros literal B) Cesión y Tradición de Derechos sobre Flujos Financieros Futuros Numeral 3) Condiciones Especiales Literal A) Razones Financieras es necesario verificar la razón de endeudamiento de FOVIAL, dos veces al año.



4. Que con fecha 31 de agosto de 2007, se suscribió Contrato de Préstamo Numero 1886 con el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE) por la suma de SESENTA MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US \$60,000,000), asimismo, el 24 de junio de 2008 se suscribió la primera modificación incrementándose el monto a NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCO MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US \$92,605,000) y con fecha 27 de enero de 2015 el BCIE y FOVIAL acordaron la segunda modificación en el sentido de cambiar el art. 4 “Garantías”, art. 9” Obligaciones de Hacer” y la Sección 11.01 “Causales de Vencimiento Anticipado”.
5. Que tanto en el Contrato de Cesión de Derechos Sobre Flujos Financieros y Futuros literal B) Cesión y Tradición de Derechos Sobre Flujos Financieros Futuros Numeral 3) Condiciones Especiales Literal A) Razones Financieras, como en la modificación del préstamo 1886 BCIE en la Sección 11.01 “Causales de Vencimiento Anticipado”, literal m; se estableció que FOVIAL se obliga a mantener la relación de endeudamiento total a ingresos totales anuales de FOVIAL en un nivel no mayor a 2.40 veces, que tal relación deberá ser sometida al Consejo Directivo de FOVIAL de forma semestral, con Estados Financieros de los meses de junio y diciembre y que el Secretario del Consejo Directivo emitirá la certificación de punto de acta respectiva y la enviara a la Titularizadora y al BCIE.
6. Que en dichos contratos manifiesta, que el endeudamiento total se entenderá como la suma del saldo vigente de capital de cualquier pasivo proveniente de deuda bancaria y bursátil emitida por FOVIAL, más el saldo vigente de cualquier Fondo de Titularización y que los ingresos totales anuales se entenderían como los ingresos de los últimos doce meses provenientes de:
 - a) Las transferencias por contribución vial.
 - b) Los pagos por derechos y multas establecidos por la Ley de Derechos Fiscales por la Circulación de Vehículos.
 - c) Cualquier otro ingreso que en el futuro se encuentre facultada legalmente a percibir.

RAZON DE ENDEUDAMIENTO AL 30 DE JUNIO 2020

A	SALDO DE CAPITAL POR FINANCIAMIENTO		\$115,089,552
	PRESTAMO BCIE-1886	\$57,134,926	
	TITULARIZACION FOVIAL	\$57,954,626	
B	INGRESOS		\$143,180,745
	CONTRIBUCION VIAL	\$88,838,239	
	DERECHOS Y MULTAS	\$24,148,354	
	DECRETO LEGISLATIVO 736	\$30,194,153	
	RAZON DE ENDEUDAMIENTO A/B		\$115,089,552
			\$143,180,745
C = A/B	RAZON DE ENDEUDAMIENTO		0.80

Esta relación mide el número de veces, que los ingresos están comprometidos con respecto al financiamiento con terceros.

De acuerdo al contrato de Titularización "La relación endeudamiento total a ingresos totales anuales de FOVIAL no deberá ser mayor a 2.40 veces."

El Consejo Directivo, considerando lo expuesto y los contratos relacionados por la Gerencia Financiera y Administrativa a través de la Dirección Ejecutiva, por unanimidad **ACUERDA:**

1. Autorizar a la Administración para que realice la notificación a la Titularizadora del ratio de endeudamiento en cumplimiento al contrato de Cesión de Flujos Financieros y Futuros literal B) Cesión y Tradición de Derechos sobre Flujos Financieros Futuros Numeral 3) Condiciones Especiales Literal A) Razones Financieras; FOVIAL verificará la razón de endeudamiento.
2. Autorizar a la Administración para que notifique al Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE) del ratio de endeudamiento en cumplimiento de la segunda modificación al Contrato de Préstamo Numero 1886 en el Art. 4 “Garantías”, Art. 9” Obligaciones de Hacer” y la Sección 11.01 “Causales de Vencimiento Anticipado”.

VI. Solicitud de Aprobación de Modificativa Contractual por Reacomodo de Partidas y Liquidación para el Contrato FOVIAL CO-013/2019 “MANTENIMIENTO RUTINARIO DEL GRUPO 5 DE VÍAS PAVIMENTADAS, UBICADAS EN LA ZONA 2 DE EL SALVADOR”.

La Gerente de la GACI, Licenciada Margarita Salinas de García y por requerimiento del Gerente Técnico, Ingeniero Luis Gerardo Moreno, mediante memorándum referencia GACI-173/2020, presentan al Consejo Directivo, solicitud de aprobación de Modificativa Contractual por Reacomodos de Partidas y Liquidación para el Contrato **CO-013/2019 “MANTENIMIENTO RUTINARIO DEL GRUPO 5 DE VÍAS PAVIMENTADAS, UBICADAS EN LA ZONA 2 DE EL SALVADOR”** de la siguiente manera:

Antecedentes:

El contrato fue suscrito por el **FOVIAL e INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN EBEN-EZER, S.A. DE C.V.**, por un monto original de **UN MILLÓN CIENTO SETENTA Y SEIS MIL, NOVECIENTOS VEINTIÚN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON TREINTA Y TRES CENTAVOS (US\$1,176,921.33)**, para un plazo que inició el dos de mayo de dos mil diecinueve, con fecha de finalización el día treinta y uno de diciembre de dos mil diecinueve. El servicio de supervisión de dicho contrato lo realiza la empresa **LEG, S.A. DE C.V.**

Justificación:

El Gerente Técnico, manifiesta que las razones que motivan la Modificativa Contractual por reacomodo de partidas y liquidación son las siguientes:

- La actividad de mantenimiento rutinario es cambiante, existen factores externos que no son controlables, entre ellos variación de tráfico, daños por lluvias, daños por fallas en sistemas de drenajes y otros factores que aumentan el deterioro en las vía, y con lo cual es requerida la asignación de mayor recursos a diferentes partidas, a fin de mejorar las condiciones de seguridad, transitabilidad y visibilidad para el confort del usuario.
- Que en las rutas RN06S D: Rosario de Mora (Entrada) – CA02E y PAZ15N: CA02E – San Juan Talpa, presentaban daños en la superficie de rodaje, los cuales fueron atendidos con la actividad de mezcla asfáltica para bacheo.

- La ruta RN06S B: Los Planes de Renderos (Dv SAL07W) – Dv Panchimalco necesitaba mejoras en el sistema de drenaje longitudinal, siendo intervenida con la actividad de cunetas de concreto hidráulico.
- En las rutas RN05S B: Dv RN06S (Los Planes) - Dv Santo Tomás y PAZ05S: RN05S – Playa Las Hojas, se produjeron derrumbes y el azolvamiento de hombros, obstruyendo los sistemas de drenaje. Se atendió con la actividad de remoción y desalojo de derrumbes.
- Que finalizada la obra y comprobado el cumplimiento de los documentos contractuales, se procedió a la recepción provisional y definitiva.
- Que para el cierre final del proyecto se realizó una revisión de las cantidades contractuales, siendo necesario realizar una disminución e incremento de las partidas existentes para el pago final de las mismas.
- La Modificativa Contractual por reacomodo de partidas no incrementa el monto ni el plazo del contratista ni del supervisor; por lo que la Administración considera procedente efectuar la Modificativa Contractual por Reacomodo de Partidas y Liquidación del proyecto.

Las partidas que disminuyen son las siguientes:

- MR0109 Mantenimiento de elementos de señalización, seguridad vial
- MR0901.3 Señalización horizontal (Pintura caliente termoplástica 10 cm)
- MR0901.4 Demarcación en pavimento (Pintura de túmulos)
- MR0902.6 Señalización vertical (Paneles con reflejante tipo IX)
- MR0903.1 Marcador reflectorizado de pavimento (Una cara)
- MR0903.2 Marcador reflectorizado de pavimento (Dos caras)
- MR0302.1 Base para bacheo
- MR0304 Carpeta asfáltica en caliente
- MR0317 Perfilado de capas asfálticas
- MR1104 Mampostería de piedra para estructuras
- MR1106 Excavación para estructuras varias
- MR1107 Relleno para estructuras varias
- MR1110.1 Relleno fluido de resistencia controlada, (Lodocreto 7KG/cm²)
- MR1114 Demolición de estructuras varias

Las partidas que aumentan son las siguientes:

- MR0902.1 Señalización vertical (Postes)
 - MR0907 Suministro y colocación de flex beam
 - MR0303.1 Mezcla asfáltica para bacheo
 - MR0703 Remoción y desalojo de derrumbes
 - MR0807.2 Construcción de cuneta de concreto (e=8.0 cm)
-
- Luego de realizar un análisis exhaustivo de los documentos de liquidación y contrastado con la remediación de la obra realmente ejecutada en campo, se determinó que existe la necesidad de realizar un reacomodo de partidas, aumentando y disminuyendo las cantidades de obras contratadas y manteniendo el monto actual del contrato; lo cual no incrementa el monto ni el plazo del constructor ni del supervisor.

Propuesta:

El Gerente Técnico manifiesta, que con el objeto de optimizar los recursos del proyecto, y garantizar la transitabilidad adecuada de los usuarios de la zona se determinó que existe la necesidad de modificar el contrato relacionado incorporando en el mismo los aumentos y disminuciones de partidas; por lo que solicita se apruebe una Modificativa Contractual por Reacomodo de Partidas y liquidación.

El Consejo Directivo luego de recibir el informe del Gerente Técnico y la documentación presentada, discutido que fue lo anterior, y **CONSIDERANDO:**

- Que la Gerencia Técnica, ha presentado la necesidad de efectuar modificaciones en las partidas de los contratos y optimizar los recursos para la ejecución de los proyecto en referencia por cuanto existen documentos y evidencias que las necesidades que han surgido en la Red Vial, han sido por situaciones que no pudieron ser previstas.
- Que el mantenimiento rutinario es una actividad dinámica y cambiante, que depende de factores externos e imprevistos, por lo que al ser difícil predecir las cantidades reales de mantenimiento a implementar en las rutas que forman parte de la Red Vial Prioritaria Mantenible, por lo que efectuar un reacomodo de partidas ya existentes, es necesario para dar un mantenimiento adecuado.
- Que el artículo 2 de la Ley de Creación de FOVIAL, establece que la conservación vial, es una actividad pública y prioritaria del Estado, así como todos los actos conducentes a la consecución de los objetivos.
- Que el Gerente Técnico ha explicado que la necesidad de ajustar las partidas relacionadas ha surgido durante el plazo de la ejecución y desarrollo del proyecto y su readecuación resulta necesaria para la correcta ejecución del mismo, la cual no implica incremento en los montos ya aprobados.

Con fundamento en los razonamientos anteriores y considerando de que conformidad al artículo 83-A de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, la institución contratante podrá modificar los contratos, independientemente de su naturaleza y antes del vencimiento de su plazo siempre que concurren circunstancias imprevistas y comprobadas, y que el artículo 92 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece que los contratos cesan en sus efectos, por la expiración del plazo pactado para su ejecución y por el cumplimiento de las obligaciones contractuales todo sin perjuicio de las responsabilidades derivadas de los mismos, discutido que fue el asunto, el Consejo Directivo por unanimidad **ACUERDA:**

1. Aprobar la introducción de **Modificativa Contractual por Reacomodo de Partidas y liquidación** al contrato **CO-013/2019 “MANTENIMIENTO RUTINARIO DEL GRUPO 5 DE VÍAS PAVIMENTADAS, UBICADAS EN LA ZONA 2 DE EL SALVADOR”** suscrito entre **FOVIAL e INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN EBEN-EZER, S.A. DE C.V.**, manteniéndose el monto del contrato en **UN MILLÓN CIENTO SETENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS VEINTIÚN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON TREINTA Y TRES CENTAVOS (US \$1,176,921.33)**.
2. La Modificativa Contractual y sus condiciones para surtir efectos deben ser aceptadas por el contratista.

3. La Administración deberá de verificar la presentación de la Garantía de Buena Obra correspondiente.
4. Liquidése financieramente el contrato **CO-013/2019**.
5. Se delega en el Director Ejecutivo, la suscripción de la respectiva Resolución Modificativa en apego a las reglas antes detalladas.

VII. Solicitud de Aprobación de Modificativa Contractual por Reacomodo de Partidas y Liquidación para el Contrato FOVIAL CO-023/2019 “MANTENIMIENTO RUTINARIO DEL GRUPO 9 DE VÍAS PAVIMENTADAS, UBICADAS EN LA ZONA 3 DE EL SALVADOR”.

La Gerente de la GACI, Licenciada Margarita Salinas de García y por requerimiento del Gerente Técnico, Ingeniero Luis Gerardo Moreno, mediante memorándum referencia GACI-174/2020, presentan al Consejo Directivo, solicitud de aprobación de Modificativa Contractual por Reacomodos de Partidas y Liquidación para el Contrato **CO-023/2019 “MANTENIMIENTO RUTINARIO DEL GRUPO 9 DE VÍAS PAVIMENTADAS, UBICADAS EN LA ZONA 3 DE EL SALVADOR”** de la siguiente manera:

Antecedentes:

El contrato fue suscrito por el **FOVIAL Y CONSTRUEQUIPOS EL ÁGUILA, S.A. DE C.V.** por un monto original de **NOVECIENTOS VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS (US\$928,419.93)**, para un plazo que inició el dos de mayo de dos mil diecinueve, con fecha de finalización el día treinta y uno de diciembre de dos mil diecinueve. El servicio de supervisión de dicho contrato lo realiza la empresa **INGENIERÍA, SERVICIOS E INVERSIONES, S.A. DE C.V.**

Justificación:

El Gerente Técnico, manifiesta que las razones que motivan la Modificativa Contractual por reacomodo de partidas y liquidación son las siguientes:

- La actividad de mantenimiento rutinario es cambiante, existen factores externos que no son controlables, entre ellos variación de tráfico, daños por lluvias, daños por fallas en sistemas de drenajes y otros factores que aumentan el deterioro en las vía, y con lo cual es requerida la asignación de mayor recursos a diferentes partidas, a fin de mejorar las condiciones de seguridad, transitabilidad y visibilidad para el confort del usuario.
- Que en las rutas CUS18N A: CA01E (San Martín) – Dv. San Pedro Perulapán, CUS18N B: Dv. San Pedro Perulapán – Dv. Oratorio de Concepción y CUS18N C: Dv. Oratorio de Concepción – Suchitoto, presentaban daños en el pavimento por lo que se intervino con la actividad de mezcla asfáltica para bacheo.
- La ruta CA01E C: SAL02W – ET. SAL03E (incluye Paso a desnivel y sus accesos, San Martin) presentaba daños en el pavimento por lo que se intervino con la actividad de mezcla asfáltica para bacheo nocturno.

- Que finalizada la obra y comprobado el cumplimiento de los documentos contractuales, se procedió a la recepción provisional y definitiva.
- Que para el cierre final del proyecto se realizó una revisión de las cantidades contractuales, siendo necesario realizar una disminución e incremento de las partidas existentes para el pago final de las mismas.
- La Modificativa Contractual por reacomodo de partidas no incrementa el monto ni el plazo del contratista ni del supervisor; por lo que la Administración considera procedente efectuar la Modificativa Contractual por Reacomodo de Partidas y Liquidación del proyecto.

Las partidas que disminuyen son las siguientes:

- MR0109 Mantenimiento de elementos de señalización, seguridad Vial
- MR0902.6 Señalización vertical (Paneles con reflejante tipo IX)
- MR0907.2 Suministro y colocación de terminales de flex beam
- MR0907.8 Desmontaje y retiro de flex beam
- MR0208 Desalojo en hombros y cunetas
- MR0302.1 Base para bacheo
- MR0303.4. Mezcla asfáltica para bacheo provisional
- MR0703 Remoción y desalojo de derrumbes
- MR0807.2 Construcción de cuneta de concreto (e=8.0 cm)
- MR1104 Mampostería de piedra para estructuras
- MR1107 Relleno para estructuras varias
- MR1110.1 Relleno fluido de resistencia controlada, Lodocreto (7 Kg/cm²)
- MR1114 Demolición de estructuras varias

Las partidas que aumentan son las siguientes:

- MR0902.1 Señalización vertical (Postes)
 - MR0303.1 Mezcla asfáltica para bacheo
 - MR0303.2 Mezcla asfáltica para bacheo nocturno
 - MR1106 Excavación para estructuras varias
- Luego de realizar un análisis exhaustivo de los documentos de liquidación y contrastado con la remediación de la obra realmente ejecutada en campo, se determinó que existe la necesidad de realizar un reacomodo de partidas, aumentando y disminuyendo las cantidades de obras contratadas y manteniendo el monto actual del contrato.

Propuesta:

El Gerente Técnico manifiesta, que con el objeto de optimizar los recursos del proyecto, y garantizar la transitabilidad adecuada de los usuarios de la zona se determinó que existe la necesidad de modificar el contrato relacionado incorporando en el mismo los aumentos y disminuciones de partidas; por lo que solicita se apruebe una Modificativa Contractual por Reacomodo de Partidas y liquidación.

El Consejo Directivo luego de recibir el informe del Gerente Técnico y la documentación presentada, discutido que fue lo anterior, y **CONSIDERANDO:**

- Que la Gerencia Técnica, ha presentado la necesidad de efectuar modificaciones en las partidas de los contratos y optimizar los recursos para la ejecución de los proyecto en referencia por cuanto

existen documentos y evidencias que las necesidades que han surgido en la Red Vial, han sido por situaciones que no pudieron ser previstas.

- Que el mantenimiento rutinario es una actividad dinámica y cambiante, que depende de factores externos e imprevistos, por lo que al ser difícil predecir las cantidades reales de mantenimiento a implementar en las rutas que forman parte de la Red Vial Prioritaria Mantenable, por lo que efectuar un reacomodo de partidas ya existentes, es necesario para dar un mantenimiento adecuado.
- Que el artículo 2 de la Ley de Creación de FOVIAL, establece que la conservación vial, es una actividad pública y prioritaria del Estado, así como todos los actos conducentes a la consecución de los objetivos.
- Que el Gerente Técnico ha explicado que la necesidad de ajustar las partidas relacionadas ha surgido durante el plazo de la ejecución y desarrollo del proyecto y su readecuación resulta necesaria para la correcta ejecución del mismo, la cual no implica incremento en los montos ya aprobados.

Con fundamento en los razonamientos anteriores y considerando de que conformidad al artículo 83-A de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, la institución contratante podrá modificar los contratos, independientemente de su naturaleza y antes del vencimiento de su plazo siempre que concurren circunstancias imprevistas y comprobadas, y que el artículo 92 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece que los contratos cesan en sus efectos, por la expiración del plazo pactado para su ejecución y por el cumplimiento de las obligaciones contractuales todo sin perjuicio de las responsabilidades derivadas de los mismos, discutido que fue el asunto, el Consejo Directivo por unanimidad **ACUERDA:**

1. Aprobar la introducción de **Modificativa Contractual por Reacomodo de Partidas y liquidación** al contrato **CO-023/2019 “MANTENIMIENTO RUTINARIO DEL GRUPO 9 DE VÍAS PAVIMENTADAS, UBICADAS EN LA ZONA 3 DE EL SALVADOR”** suscrito entre **FOVIAL y CONSTRUEQUIPOS EL ÁGUILA, S.A. DE C.V.**, manteniéndose el monto del contrato en **NOVECIENTOS VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS (US\$ 928,419.93)**
2. La Modificativa Contractual y sus condiciones para surtir efectos deben ser aceptadas por el contratista.
3. La Administración deberá de verificar la presentación de la Garantía de Buena Obra correspondiente.
4. Liquése financieramente el contrato **CO-023/2019**
5. Se delega en el Director Ejecutivo, la suscripción de la respectiva Resolución Modificativa en apego a las reglas antes detalladas.

VIII. Informe del Nombramiento de la Comisión de Evaluación del proceso BS LP 004/2020 SUMINISTRO DE EQUIPO INFORMATICO Y SOFTWARE PARA EL FONDO DE CONSERVACION VIAL

La Gerente de la GACI, Licenciada Margarita Salinas de García, mediante memorándum referencia GACI-175/2020, recuerda que en el punto V de la sesión ordinaria 24/2012, celebrada el 23 de agosto



de 2012, el Consejo Directivo con base a lo establecido en el artículo 20 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, acordó por unanimidad aprobar el procedimiento para el Nombramiento de las Comisiones de Evaluación de Ofertas para Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, en virtud del cual se delega en el Director Ejecutivo la facultad de nombramiento de las mismas.

Siendo que en el mencionado procedimiento se establece que el Director Ejecutivo deberá informar al Consejo Directivo acerca de los nombramientos efectuados; el Director Ejecutivo, presenta el informe de las personas nombradas como miembros de las Comisiones de Evaluación de Ofertas en el proceso siguiente **BS LP 004/2020 SUMINISTRO DE EQUIPO INFORMÁTICO Y SOFTWARE PARA EL FONDO DE CONSERVACION VIAL**

El Consejo Directivo se da por enterado del nombramiento de la Comisión de Evaluación de Ofertas efectuado por el Director Ejecutivo, el cual se anexa a la presente acta.

IX. Informe de Recomendación de Adjudicación de Licitación Pública FOVIAL BS LP-004/2020, “SUMINISTRO DE EQUIPO INFORMÁTICO Y SOFTWARE PARA EL FONDO DE CONSERVACION VIAL”

El Consejo Directivo, mediante memorándum referencia GACI-176/2020, recibe de parte del Coordinador de la Comisión de Evaluación de Ofertas, en sobre cerrado el acta de Recomendación que ha levantado la Comisión de Evaluación de Ofertas, en la que se incluye el informe de la correspondiente recomendación, relativa al proceso de Licitación Pública No. **FOVIAL BS LP-004/2020, “SUMINISTRO DE EQUIPO INFORMÁTICO Y SOFTWARE PARA EL FONDO DE CONSERVACION VIAL”**, procediendo a abrir el sobre en el mismo acto.

De la apertura del correspondiente sobre consta que la Comisión de Evaluación de Ofertas recomienda que se adjudique parcialmente la mencionada Licitación Pública a los ofertantes RAF, S.A. DE C.V. y DPG, S.A DE C.V., por haber cumplido para cada ítem todos los requisitos establecidos en las Bases de Licitación, y se declare desierta para los ítems 3 y 8 puesto que ninguno de los ofertantes cumple con los requisitos establecidos en la Bases de Licitación Pública y se declare desierta para los ítems siguientes: 5, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19 y 20, por no haber sido ofertados por ninguno de los participantes.

El Consejo Directivo manifiesta que visto el informe de fecha doce de agosto de dos mil veinte, de la Comisión de Evaluación de Ofertas presentada en la Licitación Pública, y considerando:

1. Que en fecha veinte de julio de dos mil veinte, presentaron ofertas, tres ofertantes, según consta en el Cuadro de Recepción de Ofertas y se abrieron las ofertas presentadas.
2. Que el Director Ejecutivo, mediando la correspondiente delegación del Consejo Directivo, nombró el día veinte de julio de dos mil veinte a las personas que conforman la Comisión de Evaluación de Ofertas presentadas en el mencionado proceso.
3. Que la Comisión de Evaluación de Ofertas luego de realizar la evaluación de las ofertas presentadas por los participantes obtuvo los resultados que se detallan a continuación:

DESCRIPCION	OFERENTES									
	RAF S.A DE C.V.					DPG, S.A. DE C.V.				
A. EVALUACIÓN PRELIMINAR	SI CUMPLE					SI CUMPLE				
B. EVALUACIÓN FINANCIERA	SI CUMPLE					SI CUMPLE				
C. EVALUACIÓN TÉCNICA	CANT.	Cumple/No Cumple	Cantidad Ofertada	P.U	P.Total según Oferta	Cumple/No Cumple	Cantidad Ofertada	P.U	P. Total según Oferta	
1	COMPUTADORAS DE ESCRITORIO	24	SI	24	\$ 1,124.35	\$ 26,984.40	SI	24	\$ 895.64	\$ 21,495.36
2	ESTACIÓN DE TRABAJO	1	NO	1	\$ 2,939.13	\$ 2,939.13	SI	1	\$ 2,067.17	\$ 2,067.17
3	COMPUTADORA PORTATIL TIPO 1	9	NO	9	\$ 1,478.04	\$ 13,302.36	NO	9	\$ 1,106.13	\$ 9,955.17
4	COMPUTADORA PORTATIL TIPO 2	1	No ofertó				SI	1	\$ 1,995.92	\$ 1,995.92
5	COMPUTADORA PORTATIL TIPO 3	1	No ofertó				No ofertó			
6	SCANNER	8	SI	8	\$ 467.82	\$ 3,742.56	NO	8	\$ 725.70	\$ 5,805.60
7	PROYECTOR	4	No ofertó				SI	4	\$ 669.40	\$ 2,677.60
8	UPS	25	No ofertó				NO	24	\$ 36.85	\$ 884.40
9	UNIDAD OPTICA EXTERNA	14	No ofertó				SI	14	\$ 27.02	\$ 378.28
10	IMPRESOR MULTIFUNCIONAL	1	No ofertó				SI	1	\$ 274.82	\$ 274.82
11	DISCO DURO EXTERNO 2TB	2	No ofertó				No ofertó			
12	KIT DE TECLADO Y MOUSE	5	No ofertó				No ofertó			
13	UNIDAD DE ESTADO SOLIDO 480GB	4	No ofertó				No ofertó			
14	MEMORIA RAM PARA PARA HP PRODESK 600 G2	1	No ofertó				No ofertó			
15	WINDOWS 10 PROFESIONAL	2	No ofertó				SI	2	232.12	\$ 464.24
16	OFFICESTD 2019 OLP NL GOV	45	No ofertó				SI	45	365.74	\$ 16,458.30
17	ACROBAT PRO DC FOR TEAMS	7	No ofertó				No ofertó			
18	CREATIVE CLOUD FOR TEAMS ALL APPS	1	No ofertó				No ofertó			
19	SOFTWARE CONVERTIDOR DE OST A PST	1	No ofertó				No ofertó			
20	ARCGIS PRO DESKTOP	1	No ofertó				No ofertó			
D. EVALUACIÓN ECONOMICA	Monto ofertado	\$ 46,968.45				\$ 62,456.86				
ITEM Y TOTAL RECOMENDADO		Item 6			\$ 3,742.56	Item 1, 2, 4, 7, 9, 10, 15, Y 16				\$45,811.69

- El ofertante DATA & GRAPHICS, S.A. DE C.V., presentó la Solvencia de Impuestos Internos, vencida a la fecha de presentación de ofertas, por lo que de conformidad a la Parte I: CONDICIONES LEGALES Y ADMINISTRATIVAS, romano XV. CONTENIDO DE LA OFERTA y del romano XX. DESCALIFICACION, literal 3), de las respectivas bases de licitación, su oferta fue descalificada del proceso.
 - El oferente RAF, S.A. de C.V., no cumple técnicamente los ítem 2: debido a la especificación de video solicitada y el ítem 3, debido a que el modelo ofertado no cumple con las especificaciones de tamaño solicitadas. Si cumplen con el ítem 1 e ítem 6.
 - El oferente DPG, S.A. de C.V., no cumplen técnicamente los siguientes ítems; ítem 3, debido a que la memoria RAM no cumple con la velocidad de reloj mínima requerida y además no incluye el adaptador VGA, el ítem 6, no incluye puerto USB 3.1, no cumple con las dimensiones y peso requeridos y en el ítem 8, la batería no cumple con los años de vida útil requeridos. Si cumplen el ítem 1, ítem 2, ítem 4, ítem 7, ítem 9, ítem 10, ítem 15 e ítem 16.
4. Que en la Parte I: Condiciones Legales y Administrativas, romano XVIII. ADJUDICACION DEL SUMINISTRO de las Bases de Licitación, se establece que el contrato será adjudicado de manera total o parcial por ítem a uno o más oferentes que cumplan la totalidad de los requisitos legales, financieros, técnicos y presente la oferta económica más baja.
 5. En el mismo romano se establece que: Aun cuando la Comisión de Evaluación de Ofertas recomendare adjudicar el proceso a un ofertante, el FOVIAL, por medio de su Titular, podrá no

aceptar la recomendación de la oferta mejor evaluada y adjudicar el proceso a determinado ofertante de conformidad al Artículo 56 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, siempre y cuando resulte ser lo más conveniente para los intereses de la Institución, razonando por escrito su decisión.

Por los considerandos antes expuestos el Consejo Directivo y de conformidad con lo establecido en las Bases de Licitación Pública, por unanimidad **ACUERDA**:

1. Aceptar la recomendación de las ofertas mejor evaluadas presentada por la correspondiente Comisión de Evaluación de Ofertas, y por consiguiente, **ADJUDICAR PARCIALMENTE** la Licitación Pública **BS LP- 004/2020, “SUMINISTRO DE EQUIPO INFORMATICO Y SOFTWARE PARA EL FONDO DE CONSERVACIÓN VIAL”**, así:
 - Al ofertante **RAF, S.A. DE C.V.**, el ítem No. 6 por el monto de **TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y DOS 56/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$3,742.56)**, que incluye el Impuesto de Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, por haber cumplido con todos los requisitos establecidos en las Bases de Licitación.
 - Al ofertante **DPG, S.A DE C.V.**, los ítems No. 1,2,4,7,9,10,15,16, por el monto de **CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS ONCE 69/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (\$45,811.69)**, que incluye el Impuesto de Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, por haber cumplido con todos los requisitos establecidos en las Bases de Licitación.
2. Aceptar la recomendación de la correspondiente Comisión de Evaluación de Ofertas, y por consiguiente, **DECLARAR DESIERTA** la Licitación Pública **BS LP- 004/2020, “SUMINISTRO DE EQUIPO INFORMATICO Y SOFTWARE PARA EL FONDO DE CONSERVACIÓN VIAL”**, para los ítems siguientes: ítem: 3, 5, 8, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19 y 20.
3. De la presente resolución procede el “Recurso de Revisión” contemplado en el artículo 77 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, el cual deberá interponerse por escrito ante éste Consejo Directivo, en las oficinas de FOVIAL, dentro del término de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación.

X. Solicitud de Autorización de Adenda Modificativa No. 1 de Licitación Pública No. 056/2020 “Ejecución de Obras de Protección en Puente sobre Río Torola, Carretera MOP1 3W, Morazán.

La Gerente de la GACI, Licenciada Margarita Salinas de García mediante memorándum referencia GACI- 177/2020, presento al Consejo Directivo, la Adenda Modificativa N° 1 que se introducirá en el proceso de Licitación Pública N° **FOVIAL LP 056/2020, "EJECUCIÓN DE OBRAS DE PROTECCIÓN EN PUENTE SOBRE RIO TOROLA, CARRETERA MOR13W, MORAZAN"**.

La adenda consiste en modificar aspectos de las Condiciones Particulares del proyecto específicamente las cláusulas relativas a la CPP-12.2 Recurso (Equipo) de Ejecución, en el sentido de sustituir el cuadro de equipo de ejecución.

Asimismo se modifica la guía de evaluación en el apartado de recursos para la ejecución en el sentido de eliminar las pantallas electrónicas de señalización, redistribuyendo el puntaje de los equipos.

De igual manera, se modifica la CPP-13 Plan de Manejo de Tráfico, en el sentido de eliminar el tercer párrafo: "El Contratista deberá contar en el sitio del proyecto, con un mínimo de 2 (dos) Gestores de Tráfico para ayudar a dar fluidez al movimiento vehicular que se desplace en la vía. Estos costos deberán ser incluidos en los Costos Indirectos del proyecto."

Dicha Adenda se transcribe en documento anexo al presente.

El Consejo Directivo discutido que fue lo anterior, y siendo atendibles las razones expuestas por la Administración; de conformidad a las atribuciones concedidas en el artículo 21 numerales 1 y 2 de la Ley del Fondo de Conservación Vial; y a lo establecido en el artículo 50 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; por unanimidad **ACUERDA:**

Aprobar la **Adenda Modificativa número 1**, presentada por la GACI, al proceso de Licitación Pública FOVIAL LP 056/2020 EJECUCIÓN DE OBRAS DE PROTECCIÓN EN PUENTE SOBRE RÍO TOROLA, CARRETERA MOR13W, MORAZÁN, la cual se anexa a la presente acta.

XI. Resolución Definitiva en Recurso de Reconsideración de la Resolución Denegatoria de Solicitud de Modificación Contractual por EMERGENCIA COVID-19 en Contratos de Supervisión de Mantenimiento Periódico.

En el punto VII de la sesión extraordinaria número E-11/2020 celebrada por este Consejo Directivo el día nueve de julio de dos mil veinte, presentada que fue la **“Opinión Legal sobre Solicitudes de Modificación Contractual por EMERGENCIA COVID-19 en Contratos de Supervisión de Mantenimiento Periódico”** que se le requirió a la Gerente Legal, Licenciada María Alicia Andino Rivas, en la sesión 10/2020 de veinticinco de junio del presente año ante la petición que las empresas supervisoras **INSERINSA, S.A. DE C.V., RIVERA – HARROUCH S.A. DE C.V., SERVICIOS PROFESIONALES BERGANZA INGENIEROS ARQUITECTOS, S.A. DE C.V., SUELOS Y MATERIALES, S.A. DE C.V.,** y **SOIL-TESTER DEALER, S.A. DE C.V.**, formularen en el mes de abril, en la que, en general, solicitaron al FOVIAL mantener las medidas adoptadas en el periodo de emergencia por la pandemia hasta que se finalice el plazo de la cuarentena, con el objeto de cubrir los compromisos adquiridos y devengados en relación a los contratos que ejecutan a favor de la Institución (ejemplo: pago de salarios a empleados, pago de prestaciones laborales, etc.) y, además, pidieron facturar el mes de mayo en los mismos términos que en el mes de abril; asimismo, analizada que fue la Opinión Legal y los costos y consecuentes “Modificativas Contractuales en Incremento de Monto a los Contratos de Supervisores” que las empresas solicitaron con base a la situación de pandemia, presentadas por el Gerente Técnico en la sesión de veinticinco de junio de relacionada, este colegiado, **CONSIDERO:**

“”””””””*“Que las medidas adoptadas por el Consejo Directivo para afrontar la emergencia por COVID-19, así como la Emergencia por la Tormenta Amanda fueron tomadas de acuerdo a las atribuciones que la ley le otorga y las mismas encuentran respaldo legal en los decretos relacionados y las disposiciones de la Ley de Creación de FOVIAL.*”

Que el artículo 128 inciso segundo de la LACAP, referido al “Caso de Supervisión” establece que cuando por razones de fuerza mayor o caso fortuito se justifique y sea necesaria la suspensión temporal de la obra, no se hará incremento alguno al valor del contrato.

Que tal situación era del conocimiento de los contratistas y supervisores desde su inicio, lo cual se evidencia en nota de fecha uno de abril de dos mil veinte, que dio origen a las medidas tomadas por



FOVIAL durante la pandemia cuando, en concordancia con la norma relacionada, manifestaron que **“lo solicitado no implica costo adicional para los Contratos, pues los contratos de construcción prácticamente se trata de transferencia de partidas para cubrir esta situación atípica y en el caso de los contratos de supervisión considera respetar el tipo de contratación manteniendo invariable el monto contratado”**

Que el artículo Art. 108 inc. 2º LACAP expresa que **“En caso de calamidad pública, desastres, fuerza mayor o caso fortuito el titular de la institución podrá ampliar el plazo por un tiempo racional, sin costo adicional para la institución contratante”** (negritas son propias), complementando y confirmando lo dicho en el Art. 128 inc. 2º LACAP.

Que en el Contrato de los supervisores se establece que el monto del contrato será pagado al supervisor por medio de pagos mensuales. Dichos pagos cubrirán todos los servicios prestados y aceptados durante el mes, previa entrega del informe mensual con la aprobación del administrador de Contrato y el visto bueno del Gerente Técnico del FOVIAL.

Que las empresas supervisoras no han demostrado con su petición que durante el tiempo de suspensión hayan prestado los servicios de supervisión que pudiesen justificar aumento del monto contractual ante las situaciones de fuerza mayor ocurridas “”, por lo que por unanimidad **ACORDÓ:**

“”””””””

1. No acceder al pago en el mes de mayo de las medidas adoptadas por FOVIAL en el periodo de emergencia por la pandemia, por cuanto los contratos de Mantenimiento Vial ya se encuentran en ejecución; y los mismos ya fueron oportunamente oxigenados y apoyados de acuerdo a las medidas solicitadas.
2. No aprobar la Modificativa de aumento de monto de los contratos planteadas por el Gerente Técnico en sesión 10/2020 de fecha veinticinco de junio de dos mil veinte, siguientes:

No. Contrato	Nombre Contrato
CO0562020	SUPERVISIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LOS EJES VIALES 33 Y 46 DEL AREA METROPOLITANA DE SAN SALVADOR.
CO0732019	SUPERVISIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LA RUTA CA04N H TRAMO: DV TEJUTLA - LA PALMA
CO0572020	SUPERVISIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LA RUTA CA01W F: LD. LA LIBERTAD - DV LAGO DE COATEPEQUE (INT. RN10) (INCLUYE DERIVADORES)
LG1192019	SUPERVISIÓN DE LA INSTALACIÓN DE ELEMENTOS DE SEGURIDAD VIAL (SEPARADORES CENTRALES)
CO0592020	SUPERVISIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LA RUTACA01E, TRAMO KM70+000-LD USULUTÁN, TRAMO 1
CO0752019	SUPERVISIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LA RUTA CA02W TRAMO: CA12S -DV SAN FRANCISCO MENENDEZ
CO0812019	SUPERVISIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LA RUTA UNI19E B: EL SAUCE – CONCEPCIÓN DE ORIENTE TRAMO 2
CO0842019	SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE PROTECCIÓN DE TALUD EN RUTA CUS18N

“”””””””

Inconformes con lo resuelto las empresas supervisoras **INSERINSA, S.A. DE C.V., RIVERA – HARROUCH, S.A. DE C.V., SERVICIOS PROFESIONALES BERGANZA INGENIEROS ARQUITECTOS S.A. DE C.V., SUELOS Y MATERIALES, S.A. DE C.V. y SOIL-TESTER**

DEALER, S.A. DE C.V., a través de su apoderado general judicial, doctor Ramón Antonio Morales Quintanilla, en escrito de fecha veintiocho de julio de dos mil veinte, presentado ese mismo día, interpusieron, con base en los Artículos 132 y 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos, RECURSO DE RECONSIDERACIÓN en contra de la decisión tomada por este Consejo Directivo en el punto VII de la sesión extraordinaria número E-11/2020 del día nueve de julio de dos mil veinte, solicitando en el escrito de mérito "''''''''''se dicte resolución revocando la resolución recurrida, y se ordene:

- *Se les paguen a los supervisores los gastos mínimos de mayo y demás meses que tuvieron que, no obstante, las obras a supervisar se encontraban detenidas, debían estar a disposición de FOVIAL listas para realizar cualquier actividad que les fuera requerida de conformidad a cada contrato suscrito por mis representadas.*
- *Se prorroguen los plazos de los contratos de supervisión en el sentido propuesto por el gerente técnico de FOVIAL*
- *Durante el plazo que se prorroguen los plazos contractuales, se paguen los servicios de supervisión adicionales realizados, calculando su precio conforme a los montos contemplados en cada contrato de supervisión ''''''''''.*

Fundamentando dicha petición en lo siguiente:

'''''''' SOBRE LAS ASEVERACIONES DE LA NOTA DEL 1 DE ABRIL DE 2020

En la resolución final se cita un párrafo de una nota del 1 de abril de 2020 de las supervisoras en la que expresaron lo siguiente: "Queremos puntualizar que lo solicitado no implica costo adicional para los Contratos, pues los contratos de construcción prácticamente se trata de transferencia de partidas para cubrir esta situación atípica y en el caso de los contratos de supervisión considera respetar el tipo de contratación manteniendo invariable el monto contratado". En la resolución final parece citarse ese texto como para justificar que los pagos que hemos solicitado no se realicen porque, según la interpretación de FOVIAL, las supervisoras han sostenido en esa nota que no son necesarios.

Al respecto, aclaramos que en la nota las supervisoras han planteado que sus servicios de consultoría se mantendrían invariables, y por ello era necesario el reconocimiento de costos del servicio. Además, esa nota es de abril corresponde a un momento en el que apenas comenzaba la pandemia por COVID-19 y apenas se habían dictado las primeras medidas estatales para contenerla. En ese momento no se sabía el impacto que ocasionaría la pandemia a nivel nacional y mucho menos su duración. Por ello, las supervisoras suscriptoras, en una actitud de buena fe y considerando la situación difícil en la que se encontraban todas las empresas constructoras y supervisoras proveedores de servicios viales con el FOVIAL, que tenían contratos vigentes o en proceso de liquidación, tomaron la decisión de plantear esa propuesta aplicable para un período que se pensaba sería corto en ese entonces. Por lo que, tal propuesta y aseveración está contextualizada en ese momento que se vivía y tenía pretensión de durar poco tiempo, y no hasta julio o cuando acabe la pandemia.

Sin embargo, la pandemia continuó y continúa hasta el presente día, y las medidas estatales para contenerla igualmente continúan. Por lo que, esa aseveración de la carta ha dejado de tener vigencia, y no tiene sentido utilizarla para rechazar situaciones ocurridas meses después, ni para rechazar solicitudes de las supervisoras apegadas a Derecho formuladas posteriormente bajo una realidad distinta.

Más importante aún es que en la resolución impugnada se da a entender como que las supervisoras accedieron a la propuesta de no alterar nunca el monto contractual durante la crisis de las restricciones de movilidad y de trabajo dictadas por las autoridades gubernamentales, pero esto no es así. Tal párrafo está ligado a lo que en esa carta se está solicitando, es así como claramente el

párrafo transcrito Inicia diciendo "Queremos puntualizar que lo solicitado no implica...". Al momento de plantear esa carta, la "cuarentena" (medidas restrictivas de circulación, trabajo y reunión) había sido establecida con el propósito de ser implantada por un período corto tal como lo establecen el decreto ejecutivo correspondiente y los anuncios oficiales del gobierno, por lo que pasado esos días de cuarentena se retomarían las labores y no sería necesario ni modificar plazos contractuales ni recibir erogación alguna adicional ya que las supervisoras harían el sacrificio consistente en hacer un esfuerzo adicional redoblando esfuerzos para que FOVIAL pudiera tener las obras en los plazos que ha determinado en los contratos.

Por lo que, sorprende a mis mandantes que, siendo un ofrecimiento de buena fe bajo las circunstancias de ese momento de las supervisoras para ayudar a FOVIAL a que se ejecuten sus obras en tiempo, ahora pretenda ser utilizado en su contra sosteniendo erróneamente que las supervisoras han sostenido haber adquirido un compromiso de no modificar plazos contractuales ni montos a erogar. En consecuencia, solicitamos que se interprete y valore esa carta en su correcto contexto y no pretendiendo atribuirle a las supervisoras aseveraciones que nunca han planteado.

NECESIDAD DE SEGURIDAD JURÍDICA EN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

Es así como la contratación administrativa es fruto de acuerdos público-privados entre órganos de la Administración del Estado y particulares, asumiendo éstos la calidad de cooperadores en la satisfacción de necesidades públicas. Por ello, "en la contratación administrativa se exige un elevado estándar de seguridad jurídica, que permita al contratista enfrentar las contingencias económicas, financieras, tributarias, tecnológicas, y sobre todo administrativas que influyen sobre el objeto, el precio y los demás requisitos y condiciones que informan el pacto inicialmente celebrado."

La seguridad jurídica, la igual repartición de las cargas públicas y la indemnidad patrimonial de los administrados exigen que en los contratos administrativos -cuyos efectos se defieren en el tiempo- se incorporen expresa o tácitamente "mecanismos que morigeren y atenúen las contingencias contractuales y restablezcan el equilibrio económico financiero del contrato, con la finalidad de mantener la continuidad en la satisfacción de la necesidad pública envuelta en el contrato".

Lo anterior constituye una variable que debe estar presente en cada contrato administrativo, no obstante, su objeto y forma de solventar el precio. De este modo, para que las condiciones inicialmente convenidas subsistan los embates de las contingencias contractuales y el objeto contractual no se desvirtúe más allá de lo esencialmente pactado por las partes, se hace necesario que existan reglas claras. Asimismo, "deben ser prístinas las reglas de interpretación, aplicación y ejecución del mismo, a fin que sean razonables y respondan a criterios de buena fe y justicia contractual".

NECESIDAD DE MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO. DEBER DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.

La seguridad jurídica a la que hemos hecho referencia, requieren que el equilibrio económico del contrato se mantenga aun cuando hay sucesos que amenazan o rompen definitivamente con ese equilibrio, usualmente en perjuicio del contratista. Al momento de configurar las bases de licitación/concurso o términos de referencia, FOVIAL han determinado con detalle todos los servicios que necesita le sean proveídos. Por otro lado, las supervisoras al momento de configurar su oferta económica y técnica en la licitación han realizado cálculos de cuáles son los costos en que incurriría para proveer los servicios licitados con los recursos que posee. Al momento que se adjudica la licitación a una supervisora y suscribir el contrato, se ha definido los servicios a ser proveídos por la supervisora y requeridos por FOVIAL, y el precio que éste pagará a aquélla por ello. De manera que existe un equilibrio contractual entre los servicios y el precio de manera que ambas partes resultan favorecidas debido a que FOVIAL recibe los servicios necesitados a un precio que considera razonable, y por otro lado la supervisora ejecuta los servicios recibiendo por ello un

precio razonable que fue por ella misma configurado para cubrir sus costos y obtener algún margen de ganancias.

Ahora bien, este equilibrio económico que todo contrato incorpora puede verse amenazado o alterado por eventos de los más variados que no pudieron ser previstos, tales como: una decisión unilateral de la institución contratante (*ius variandi*), la adopción de una medida administrativa o legislativa que afecta al contrato pese a que la medida no tenía por objeto afectar el contrato (*factum principii*), o sucesos o hechos de terceros que varían las condiciones subyacentes de la relación contractual que fueron tomadas al celebrar el contrato (teoría de la imprevisión), o incluso la existencia de eventos de caso fortuito o fuerza mayor que incidan en el contrato.

Ante eventos como los descritos, la Administración Pública está en el deber de atender esta situación y tomar decisiones que permitan que la relación contractual pueda desarrollarse satisfaciendo las necesidades de ambos, lo cual incluye, si es necesario variar las condiciones económicas del contrato para adaptarlas a la nueva realidad y así conservar el equilibrio económico contractual que motivó al contratista celebrar el negocio jurídico. Teniendo la Administración Pública la responsabilidad de que la obra o servicio contratado sea ejecutado para satisfacer una necesidad pública, aquélla es una interesada para que el contrato se ejecute correctamente en beneficio de ambos contratantes, ya que el contratista es un aliado indispensable de la Administración Pública para satisfacer tal necesidad pública.

De manera, que las afectaciones que se produzcan en perjuicio del contratista no son ajenas a la Administración Pública al estar llamada a tomar decisiones que permitan superar esas afectaciones y los efectos negativos (incluidos los económicos) que ello producen en el contratista. Es decir, la institución contratante no debe ver al contratista como una "contraparte" cuyos intereses colisionan con sus intereses generales o incluso son obstáculos para la consecución de tales intereses... [...] Por lo que, ante estos eventos es necesario que la institución contratante restablezca el equilibrio económico del contrato o compense al contratista ante ello.

[...]

Lo anterior obedece en el hecho que la colisión de facultades administrativas versus la estabilidad contractual produce la necesidad de que la Administración Pública compense, a través del pago del equivalente económico, la perturbación producida en las cláusulas económicas e inmutable. Es necesario recordar que conforme a la doctrina y los principios del Derecho, tanto en el Derecho Privado como en el Derecho Administrativo, todo contrato debe cumplirse de BUENA FE (principio regulado en el art. 1,416 del Código Civil y aplicable a todo contrato). De ello deriva que los derechos que emanan de un contrato administrativo que se encuentren en la situación de haber sido alterada su equilibrio económico, deben ser ejercitados de buena fe sin perjudicar a la otra parte contractual (contratista) y, siendo la Administración Pública quien posee potestades para modificar el contrato por sí misma o mediante acuerdo de las partes, debe ejercer esas potestades de buena fe en el sentido de compensar el perjuicio que sufre el contratista por la situación sobrevenida subyacente.

Como es sabido, el principio de buena fe es un principio que rige a toda la Administración Pública, y no sólo en el ámbito contractual. Así, el art. 3 num. 9 de la Ley de Procedimientos Administrativos exige que toda institución pública ejerza sus potestades bajo dicho principio en el sentido que debe realizar "una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta, la cual se presume respecto de todos los intervinientes". En razón de ello, la Administración Pública, en el ámbito de contratos administrativos, debe ejercer sus derechos, facultades y potestades de buena fe evitando perjudicar al contratista cuando es conocido que hay un equilibrio económico del contrato por ser ello una conducta honesta, leal y conforme a las actuaciones de una persona correcta.

Es por ello que, citando el equivalente al art. 1,416 del Código Civil salvadoreño que contiene tal principio de ejecutar de buena fe los contratos, se dice que: "cumpliéndose los requisitos de la excesiva onerosidad sobreviniente, contraviene la buena fe y por tanto al deber de cooperación mutua que corresponde a los contratantes, la conducta de la parte que se niega a la readecuación del contrato e insiste en exigir la prestación según los términos literalmente establecidos."

Y es que, tampoco es apegado a buena fe que, sabiendo la institución contratante que el precio que se encuentra pagando por el contrato no es el que corresponde a los costos reales actuales, así como las condiciones contractuales del contrato que exige cumplir al contratista son imposibles o mucho más difíciles de cumplir dados los acontecimientos sobrevinientes. La Administración Pública sabe que, si después de ese acontecimiento que alteró la situación original, licitara ese mismo servicio, el precio a pagar sería mayor o no fuera posible licitar bajo esos mismos términos y condiciones ya que no sería atractivo para ningún oferente hacerlo. Es por ello, que se exige de la Administración Pública una conducta de buena fe que busque no perjudicar a las otras partes contractuales modificando cualquier aspecto que ahora es perjudicial para los contratistas... [...]

Es innegable que han sucedido eventos en el país desde marzo de 2020 originadas por la pandemia del COVID-19 que han alterado las circunstancias bajo las cuales mi representadas suscribieron los contratos de supervisión con el FOVIAL. Esto ha producido un perjuicio en las supervisoras que, conforme a todo lo expuesto, exigen que el FOVIAL ejerza sus potestades de manera tal que alivie las condiciones de los contratos para adecuarlas a la nueva realidad. Más claramente, que modifique los plazos contractuales a fin de que la supervisión pueda ser realizada durante todo el tiempo de la obra supervisada, y que las supervisoras reciban la correspondiente remuneración por tal servicio por ese período.

Así como, durante todo el tiempo que no se avanzó en las obras por las medidas de cuarentena decretadas por el Órgano Legislativo u Órgano Ejecutivo, se le reconozcan los costos necesarios a las supervisoras por mantener a disposición de FOVIAL los servicios de supervisión. Es importante destacar que mantener a disposición de FOVIAL los servicios de supervisión aun cuando no había avances en las obras y se desconocía cuando se iba a retomar la ejecución de las obras supervisadas fue una decisión unilateral del FOVIAL. Y esa decisión generó y genera costos por las supervisoras en cuanto tal como lo hemos detallado en diversas notas dirigidas al FOVIAL.

PROHIBICIÓN DE TRABAJO SIN REMUNERACIÓN

Explicaremos diversas figuras que existen en el Derecho Administrativo que resaltan esta situación que existen a la Administración Pública de actuar revisando y modificando contratos cuando las circunstancias imprevisibles han perjudicado al contratista. Pero antes, deseamos resaltar que no es viable que, valiéndose de la existencia de situaciones extraordinarias en el país y decisiones gubernamentales adoptadas, las empresas supervisoras sean lesionadas en los contratos suscritos con FOVIAL y, sobre todo, que FOVIAL no actúe de buena fe haciendo las modificaciones pertinentes del contrato para evitar estos perjuicios.

Máxime si lo que ha pretendido siempre FOVIAL desde su resolución del 15 de abril de 2020 de que durante la cuarentena se mantuvieran las supervisoras disponibles para realizar trabajos y manteniendo la vigencia de los contratos de supervisión. Mantener la vigencia del contrato, y exigir disponibilidad de las supervisoras, implica costos que deben ser remunerados. Para ello, las supervisoras deben pagar alquileres de locales, salarios al personal, pagos de impuestos y tasas, pago de servicios básicos, papelería, etc., y deben asumir diversos gastos que han sido detallados en la nota del 20 de abril de 2020 que hemos presentado a FOVIAL, y en los que se incurren aunque no hayan trabajos de supervisión que realizar. Además, que al haber estado en permanente estado de alerta al llamado de FOVIAL para realizar inmediatamente cualquier tarea que repentinamente exigiera realizar, ese recurso no podía ser asignado a otros proyectos o actividades. Sin embargo,

FOVIAL en la nota impugnada se ha negado a reconocer todos estos costos para el mes de mayo en adelante durante la cuarentena en que han estado paralizadas las obras.

El sólo hecho de la disponibilidad de la supervisión a que en cualquier momento puede ser llamada por FOVIAL para realizar un trabajo, implica gastos. Es un trabajo y por tanto, debe ser remunerado. Así también, los plazos de los contratos de supervisión necesitan ser extendidos en vista que durante el tiempo que duró la cuarentena, no se realizaron las actividades programadas de acuerdo a los contratos de supervisión. No obstante, las obras comenzarán a ser ejecutadas una vez las decisiones del Órgano Ejecutivo lo permitan (incluso algunas ya comenzaron a ser ejecutadas), por lo que es indispensable que los contratos de supervisión se prorroguen para que las tareas de supervisión de esas obras estén amparadas en contratos. Pero además, ese período que se prorrogue debe ser remunerado en vista que es un trabajo que se realizará, y debe ser remunerado con los mismos precios pactados en cada contrato. Sin embargo, en la resolución impugnada el CDFOVIAL ha estado renuente a resolver favorablemente tal situación que solucione la problemática conforme a los principios del Derecho Administrativo antedichos.

Y es que también todas esas actividades (mantenimiento de disponibilidad durante cuarentena, trabajos adicionales de supervisión después de la cuarentena y del plazo originalmente pactado) implican trabajo para las supervisoras, y por lo tanto debe ser justamente remunerado. Es por ello que resaltamos lo establecido en el art. 9 Cn:

Art. 9 Cn- "Nadie puede ser obligado a realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo en los casos de calamidad pública y en los demás señalados por la ley."

Al respecto, la Sala de lo constitucional ha sostenido "la disposición en comento, establece la prohibición de llevar a cabo una actividad laboral o la prestación de un servicio sin una retribución justa, lo que requiere, además de una remuneración por las actividades realizadas, que sea justo (...)" Tal disposición establece dos excepciones, siendo una de ellas la calamidad pública. Sin embargo, en el presente caso no es aplicable en vista que tal disposición se refiere a que las personas que el Estado obligue a realizar trabajos sin remuneración justa sean para combatir la calamidad pública. Es decir, no puede entenderse de una manera amplia y generalizada que cuando ocurre una calamidad pública todo trabajo en el territorio salvadoreño ya no debe ser remunerado, sino solo el trabajo forzoso destinado a combatir la calamidad. **De manera que, los trabajos de supervisión de las obras en las vías públicas de FOVIAL no tienen como propósito combatir el COVID-19, por lo que sí deben ser justamente remuneradas.**

En efecto, la pasividad o renuencia del FOVIAL para remunerar todo ese trabajo, implica una vulneración de dicha disposición en cuanto exige que todo trabajo o prestación de servicios reciba una justa retribución. En el caso de los gastos fijos durante la cuarentena para mantener a disposición a las empresas la remuneración justa es el reconocimiento de los gastos que ha reconocido a las supervisoras este CDFOVIAL en la nota del 15 de abril de 2020 más los gastos fijos detallados en la nota del 20 de abril de 2020 suscrita por los supervisores. Y en el caso de los trabajos que se realicen durante la prórroga que se dicte de los contratos, la justa remuneración serán los precios establecidos en los contratos para esas actividades.

POTESTAD PARA MODIFICAR CONTRATOS POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR (ART. 83-A LACAP)

Precisamente para situaciones como estas es que la legislación permite la modificación de contratos administrativos a fin de equilibrar la relación y adecuarla a la nueva realidad para que cese cualquier daño hacia o el contratante o el contratista. Así el art. 83-A LACAP regula lo siguiente:

"MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Art. 83-A LACAP- *La institución contratante podrá modificar los contratos en ejecución regidos por la presente ley, independientemente de su naturaleza y antes del vencimiento de su plazo, siempre que concurren circunstancias imprevistas y comprobadas. Para el caso de los contratos de ejecución de obra, podrá modificarse mediante órdenes de cambio, que deberán ser del conocimiento del consejo de ministros o del concejo municipal, a más tardar tres días hábiles posteriores al haberse acordado la modificación; la notificación al consejo de ministros no será aplicable a los órganos legislativo y judicial.*

Para efectos de esta ley, se entenderá por circunstancias imprevistas, aquel hecho o acto que no puede ser evitado, previsto o que corresponda a caso fortuito o fuerza mayor."

Con base en dicha disposición legal, FOVIAL tiene la potestad de modificar los contratos de supervisión por la existencia de la pandemia y la emisión de medidas gubernamentales para combatirla que han afectado la ejecución normal de dichos contratos, no puede hacerlo sin tomar en cuenta que ello acarrea perjuicios para las supervisoras y por ende compensarlas. Es por ello que FOVIAL debe ejercer su potestad para restablecer el equilibrio y así que los supervisores desarrollen su actividad supervisora debidamente remunerados y cubiertos sus costos, y el plazo de supervisión se prorrogue en igual proporción de la suspensión por la "cuarentena" decretada por las autoridades correspondientes. Decimos que "debe" hacerlo porque, como es sabido, las potestades de instituciones públicas no se tratan de derechos subjetivos o facultades como la de los particulares en las que éstos si quieren los ejercen o si quieren no lo hacen. En cambio, las potestades otorgadas legalmente a autoridades es obligatorio ejercerlas a fin de cumplir con los objetivos de interés general y proteger o no perjudicar a los administrados.

Es evidente que la pandemia y medidas estatales para combatirlas son "circunstancias imprevistas y comprobadas", por lo que se cumple el supuesto de tal disposición legal. Además, cumplen con los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor contemplados en la misma. Sobre estas dos figuras, la Sala de lo Contencioso Administrativo emitida a las 14 horas 39 minutos del 27 de mayo de 2010 ha sostenido lo siguiente:

"Esta Sala ha expuesto en anteriores resoluciones que existe justo impedimento cuando por caso fortuito o fuerza mayor no se ha cumplido una obligación. El caso fortuito es un acontecimiento natural inevitable que puede ser previsto o no por la persona obligada a un hacer, pero a pesar que lo haya previsto no lo puede evitar, y, además, le impide en forma absoluta el cumplimiento de lo que debe efectuar. Constituye una imposibilidad física insuperable.

Es así como dicho tribunal, establece que la fuerza mayor es el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también el cumplimiento de una obligación. Y agrega lo siguiente:

"El art. 43 del Código Civil incorpora ambos conceptos, y establece que se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir. En forma genérica y tradicionalmente se entiende que concurre "Justa causa" o justo impedimento para cumplir con una carga, cuando el caso fortuito o la fuerza mayor hicieren imposible la realización del acto pendiente.

Además, no pudo ser evitado, ya que no está bajo control de las supervisoras detener el ingreso del COVID-19 al territorio salvadoreño y evitar su propagación. Así como no podía evitar que se dictaran las medidas estatales para su contención, ya que las supervisoras no son autoridades ni entidades que tengan alguna incidencia en la toma de decisiones de ese tipo. En cualquier caso, no podían ser prevista esta situación. El virus tomó por sorpresa al mundo, y nadie al momento de suscribir el contrato podía pronosticar la situación actual.

Por tanto, la pandemia por COVID-19 es un evento de caso fortuito, y las medidas estatales para combatirla que produjo una afectación a la relación contractual es un evento de fuerza mayor al punto que se vuelve necesario modificar los contratos que las obras sean ejecutados bajo una supervisión, y que los supervisores estén debidamente remunerados hasta la finalización de la obra. De lo contrario, es imposible que los supervisores ejecuten sus labores de supervisión. Es por ello que conforme al art. 83- A LACAP es necesario que se revoque la resolución impugnada y se acceda a lo solicitado modificando los contratos.

IUS VARIANDI. ARTS.108 y 128 LACAP

Como es una obviedad, la relación entre Administración Pública (en este caso institución licitante) y el administrado (supervisora) es una relación de desigualdad. La Administración Pública es dotada y ejerce de potestades que imponen ciertas conductas y cargas al administrado bajo el argumento que con ello está persiguiendo la satisfacción de un interés público. Es así como un acto administrativo está dotado de diversas características que un acto de un particular carece.

Pero no sólo en actos unilaterales como el acto administrativo se manifiesta tal situación, sino que también se encuentra en las relaciones bilaterales contractuales entre Administración Pública y administrado, ya que, entre otras cosas, posee potestades extraordinarias o exorbitantes en los contratos administrativos pudiendo suspender, modificar, sancionar, etc., por sí misma aspectos de contrato que en una relación privada no se encuentran. La Administración Pública se convierte en un director del contrato, respecto del cual tiene en principio la potestad del "ius variandi" (potestad de variación), es decir, el poder de alterar (bajo ciertos límites) por sí misma los términos del contrato. El ius variandi es la potestad de la Administración Pública de modificar unilateralmente el contenido del contrato con la finalidad de alcanzar una adecuada satisfacción de las necesidades públicas. Es indiscutible que la Administración Pública posee tal potestad (bajo ciertos supuestos y de forma limitada), pero igualmente es indiscutible que el ejercicio de esa potestad trae consigo inevitablemente el deber de la Administración Pública a reconocer los daños económicos que ocasiona en el administrado.

Es decir, el ius variandi y el deber de indemnizar son dos figuras inseparables al punto que: "(...) no es indispensable probar que el contrato haya pasado a ser excesivamente gravoso. Basta que el cocontratante de la Administración que resulta perjudicado acredite que existió un daño cualquiera, no importa su monto o extensión"

*Tal deber indemnizatorio no sólo obedece al deber de mantener el equilibrio contractual que demanda un ejercicio responsable de tal potestad, sino también emana del principio general del Derecho que todo daño que ocasione una persona a otra deberá ser indemnizado por el responsable de ello. El contratista habría ejecutado las prestaciones sin ningún daño si la institución contratante no hubiese alterado una parte del contrato, por lo que, habiendo sufrido un daño por la decisión unilateral de variación del contrato ejercida por la Administración Pública, debe ser indemnizado. Es por ello que se dice que la potestad variandi se encuentra limitada por aquellas cláusulas contractuales que establecen y hacen efectiva la ecuación económica de contrato, la **cual debe mantenerse inalterable**. En efecto, sería contrario a la buena fe que, con la excusa de ejercer la potestad variandi, la institución contratante altere los precios del contrato a fin de burlar la justa remuneración del contratista pactada en el contrato.*

No nos extenderemos en explicar sobre el resto de límites de tal potestad, debido a que el presente escrito se extendería innecesariamente en un aspecto que no es relevante para el presente caso. Pero dejamos planteado que tal potestad se encuentra limitada por los supuestos contenidos en la legislación y limitada por otros principios a fin de que no se convierta en arbitrariedades. En efecto, tal potestad no puede ser ilimitada que finalmente el principio pacta sunt servando (los contratos deben ejecutarse en los términos pactados) deje de tener vigencia por los arbitrarios, constantes y sustanciales cambios unilaterales del contrato. Pero en todo caso, es claro que siempre que se ejerce

la potestad variandi le surge inevitablemente a la institución pública el deber de indemnizar al contratista.

A la luz de lo expuesto sobre la necesidad y deber de mantener el equilibrio económico contractual, es el legislador al otorgarle ciertas potestades variandi a alguna institución pública para contratos administrativos, a la vez tal potestad trae aparejada inseparablemente, ya sea de manera expresa en la propia ley o de manera implícita, el deber de modificar el contrato a fin de restablecer cualquier desbalance ocasionado por ello.

En ese sentido, el CDFOVIAL ha ejercido una potestad variandi (contenida o no en la legislación) a través de las resoluciones de fecha 15 de abril de 2020 y la resolución que recurrimos en el presente escrito. Ello debido a que la nota del 15 de abril de 2020 modifica los términos de los contratos de supervisión pactados en la medida que los supervisores se encuentran inhibidos para realizar sus actividades de supervisión conforme a los términos y tiempos en ellos estipulados, así como no reciben la remuneración total por los trabajos de supervisión que deberían estar realizando. Por lo que, tal decisión del CDFOVIAL tiene los efectos de suspensión contractual, lo cual es una alteración o desviación de los términos del contrato. Y la resolución recurrida rechaza cualquier intento de que se obtenga una remuneración justa durante todo el tiempo de cuarentena (incluido mayo) que al menos alcance a cubrir los gastos fijos de las supervisoras, y que se extienda el plazo contractual recibiendo las remuneraciones establecidas en el contrato durante el plazo adicional.

Esto es un cambio sustancial, realizado de manera unilateral por el FOVIAL. De allí que, tal como lo expresamos ampliamente más arriba en el escrito, se requiere que el CDFOVIAL requiera que ejerza sus potestades en apego a la buena fe, respeto a la prohibición constitucional de trabajo sin remuneración justa y principio de mantenimiento del equilibrio contractual, accediendo a lo planteado por las supervisoras. No hacerlo, como hemos explicado, implica el ejercicio de una potestad variandi sin la connatural reparación del daño al contratista. Además, que implica que el FOVIAL está recibiendo un servicio sin una remuneración justa acercándose así a la figura de enriquecimiento indebido. Las supervisoras son colaboradas del FOVIAL en la consecución de los intereses públicos al punto que son los guardianes de FOVIAL de que las obras se realicen en tiempo y forma. Es por ello que se requiere que ser tratado de esa manera y no como "contraparte" negando esta petición que no sólo es legal, sino que está apegada cualquier noción elemental de justicia.

El art.108 LACAP regula una potestad variandi a favor de las instituciones públicas contratantes. Más específicamente regula la potestad de suspender temporalmente un contrato.

"Precauciones y Suspensión

Art. 108 LACAP .- *El titular de la institución, previa opinión del administrador del contrato remitida a la UACI, podrá acordar mediante resolución razonada, comunicada por escrito al contratista, la suspensión de la obra o parte de ésta, hasta un plazo de quince días hábiles sin responsabilidad para la institución contratante. Si el plazo se extendiere a más de quince días hábiles, deberá reconocerse al contratista y al supervisor los gastos en que incurriere por los días posteriores de suspensión.*

En caso de calamidad pública, desastres, fuerza mayor o caso fortuito, el titular de la institución podrá ampliar el plazo por un tiempo racional, sin costo adicional para la institución contratante.

De manera que, si un contrato estaba pactado para comenzar y finalizar en fechas determinadas, y estaba programado ejecutar ciertas actividades en fechas determinadas, la institución contratante puede alterar de manera unilateral esto suspendiendo el contrato de manera que producirá una alteración en esta programación y fechas pudiendo resultar. A la larga, dará como resultado que la fecha de finalización sea posterior a la pactada. Esto ha ocurrido en el presente caso. Ahora bien, el

inciso 1 ° señala que si el plazo de suspensión dura más de 15 días, debe reconocérsele los gastos al contratista y al supervisor.

Ahora bien, el inciso segundo parecería establecer que si la suspensión obedece a una calamidad pública, desastres, fuerza mayor o caso fortuito, la suspensión contractual puede prolongarse por mucho y que, ni a quien realiza la obra ni al supervisor se le pagará nada durante la suspensión. Esta interpretación literal del texto carece de sentido en cuanto que implicaría que el legislador sí deseó reconocer gastos cuando la decisión de suspensión o ampliación de plazo (pasados los 15 días) sea adoptada sin ninguna justificación de parte de la institución contratante. Pero cuando la suspensión o ampliación de plazo sí está justificada (calamidad pública, desastres, fuerza mayor o caso fortuito) no se le debe reconocer costos aún cuando se extienda por mucho tal suspensión o ampliación.

Es por ello que, debe hacerse una interpretación teleológica para darle el sentido correcto y justo. Lo que el legislador pretendía es que cuando ocurrieran esos eventos, el precio de los servicios no aumentarían. Es decir, que el servicio que se brindará de manera diferida no aumente el precio por tales eventos. Se trata con ello de poner coto a actuaciones de mala fe y especulativa que, bajo la excusa de tales eventos y dada las necesidades imperantes del momento excepcional, el contratista o supervisor busque lucrarse indebidamente subiendo precios del mismo servicio en detrimento de la Administración Pública.

Pero ese no es el presente caso, ya que las supervisoras solo han pretendido que se les reconozca los gastos necesarios para subsistir durante la suspensión de contrato adoptada unilateralmente por la cuarentena. Así como, ha pretendido que los mismos precios contractuales para las tareas de supervisión sean cobrados por las supervisoras en el período que se prorrogue el plazo contractual por la suspensión ocurrida. De manera que, la pretensión de las supervisoras de compensación por el ejercicio del *ius variandi* de FOVIAL no sólo no contradice el art. 108 LACAP, sino que se apega a ella a fin de mantener el equilibrio contractual inicial y expectativas de ingresos bajo las que se celebró el contrato.

Es en ese mismo sentido que debe interpretarse el art. 128 inc. 2° LACAP que contiene similar regla:

"Caso de Supervisión

Art. 128 LACAP.- Cuando el contrato de consultoría se refiera al servicio de supervisión, los pagos parciales se harán con relación a la programación de la ejecución de la obra y de conformidad a lo establecido en el contrato respectivo, so pena de incurrir en responsabilidad.

Cuando por razones de fuerza mayor o caso fortuito se justifique la suspensión temporal de la obra, ésta no implicará incremento al valor del contrato."

Como hemos explicado los gastos fijos durante la cuarentena y los servicios brindados durante la extensión contractual no son incrementos al valor del contrato. Y por tanto, lo pedido por las supervisoras se encuentra también apegado al art. 128 LACAP.

"FACTUM PRINCIPI". MEDIDAS LEGISLATIVAS Y GUBERNAMENTALES QUE AFECTARON A LOS CONTRATOS DE SUPERVISIÓN.

El *factum principis* (literalmente "hecho del príncipe") ocurre cuando un ejercicio lícito de prerrogativas públicas generales emanados de un órgano estatal distinta de aquella que ha contratado (incluido el Órgano Legislativo), que produce un cambio en las condiciones originales del contrato, haciéndolo más gravoso para el contratista. En ese sentido, el *factum principis* ocurre cuando el mismo órgano contratante u otro órgano estatal adopta una medida de cualquier tipo, que sin referirse específicamente al contrato produce una alteración de sus términos, generando una mayor onerosidad, una dificultad adicional para su cumplimiento, generadora de gastos, o su pura y

simple imposibilidad de ejecución". Como se aprecia, el factum principis no es fruto del ejercicio de un derecho, facultad o potestad del contrato, sino que es ajena al contrato pero que aun así incide en él, e incide de tal manera que produce una alteración en el equilibrio económico que sirvió de fundamento de la contratación.

Una vez ocurre tal situación, se justifica la revisión y compensación del contratista afectado por esa carga desigual que le ha sido generada. Obviamente, el hecho no debe haber sido previsible al momento de presentar su oferta en la licitación para que produzca este deber de revisión y compensación contractual. La medida estatal que perturba el contrato no debe ser previsible, esto significa que debe ser ajena al tráfico jurídico normal, por cuanto se trata de hechos que exceden cualquier cálculo o previsión que el contratista perjudicado haya podido hacer al momento de diseñar y presentar su oferta a la institución licitante.

Obviamente, todo oferente de un procedimiento de selección de contratistas sabe que los órganos estatales tienen la potestad de crear normas y adoptar decisiones. Pero lo que es imprevisible es si tal potestades serán ejercidas de manera tal que afecten al contrato, además es imprevisible el contenido de tales decisiones estatales, así como el grado e intensidad de las mismas.

[...]

Teniendo en consideración lo anterior, las distintas medidas adoptadas desde marzo de 2020 y que hasta hoy perduran por el Gobierno salvadoreño y la Asamblea Legislativa motivadas por la pandemia del COVID-19 en las que se prohibió de manera generalizada la circulación, se prohibió de manera generalizada las actividades empresariales o económicas y las reuniones, tuvieron una incidencia en la ejecución de los contratos de supervisión suscritos.

[...]

En efecto, con todas estas medidas era imposible que se pudiera ejecutar alguna obra relacionada con vías públicas y realizar cualquier tipo de supervisión de las mismas. Los trabajadores de la constructora y la supervisora no se podían desplazar por la prohibición de circulación al sitio de la obra, además que la construcción de obra pública y su supervisión no formaban parte del catálogo de actividades económicas, empresariales o laborales que se permitía de manera excepcional realizar. El deber generalizado conforme a las disposiciones legales y administrativas del gobierno eran que toda la población debía permanecer dentro de sus hogares, y no salir de ella salvo por razones muy puntuales. Y el que no cumpliera tenía un alto riesgo de que forzosamente fuera confinado en algún centro de contención del coronavirus.

Al momento que se suscribieron los contratos de supervisión no era previsible que estas medidas legales y administrativas serían adoptadas, puesto que se desconocía a nivel mundial la facilidad de contagio del virus y el índice de letalidad del mismo. Por lo que, sin duda estas medidas son auténticas factum principis, ya que cumplen con otros de los requisitos: no haber sido adoptadas con el objeto de interferir o afectar a los contratos de supervisión. Su objeto era otro: salvaguardar la salud y vida de las personas frente al COVID-19. Además, que estas medidas son totalmente extraordinarias al punto que se paralizó toda actividad laboral en el país y circulación, y se adoptaron medidas nunca antes adoptadas que se encuentran contempladas en la Constitución como lo son decretar régimen de excepción a través del Decreto Legislativo 594 suspendiéndose así diversos derechos constitucionales en todo el territorio nacional.

Los efectos de este factum principis es una mayor onerosidad en la ejecución del contrato por parte de los supervisores en cuanto que durante la vigencia de la "cuarentena" (medidas de restricción de circulación y actividades económicas), ya que, como lo hemos explicado anteriormente, las empresas incurrir en gastos inevitables por no haber dado por terminado los contratos y sí exigir mantener a

disposición las empresas supervisoras durante la cuarentena. Además, que, realizar las actividades de supervisión después de las fechas acordadas en los contratos produce onerosidad imprevista.

Por ende, se requiere que FOVIAL adopte las medidas que revisen las condiciones contractuales y deje indemne a las supervisoras ante estos *factum principis* que han incidido en la ejecución de los contratos de supervisión.

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Otro aspecto a destacar es una figura aplicable a todo el Derecho contractual: la teoría de la imprevisión. Esta figura surge cuando por situaciones externas sobrevinientes vuelven más oneroso el cumplimiento de las obligaciones que cuando fue celebrado el contrato. Hechos o situaciones anormales, extrañas a los contratantes alteran las condiciones económicas que se tuvieron presentes al momento de perfeccionarse la voluntad contractual.

[...]

Esta figura se caracteriza porque la alteración del equilibrio económico contractual se produce por hechos exógenos, ajenos a las partes, el cual le otorga el derecho al contratista a pedir auxilio a la Administración Pública para restituir el equilibrio ante la excesiva onerosidad ocasionada por el evento imprevisible y extraordinario. No es necesario que la onerosidad o costo para el contratista sea tan excesiva que no pueda ya realizar el contrato en los términos previstos en el contrato, sólo basta con haya un excesivo aumento de costos u onerosidad no prevista al momento de formular la oferta en el procedimiento de selección de contratista.

Es clave entender que el requisito de imprevisibilidad supone que ninguno de los contratantes (contratista e institución contratante) haya podido razonablemente prever la ocurrencia de un hecho extraordinario. Por lo tanto, dice relación con hechos que no fueron tomados en consideración al momento de celebrar el contrato, sin importar cuán diligente fuere el comportamiento contractual de los contratantes, no hubiesen podido ser previstos por cualquier otro contratante en su posición. Evidentemente, el evento debe ser posterior a la celebración del contrato para que exista imprevisión.

Además, debe ser un evento extraordinario. Es decir, ajeno al tráfico jurídico normal, que supera cualquier cálculo o previsión, siempre que no sean consecuencia de la impericia o del comportamiento negligente o culposo de la parte perjudicada. Y su impacto en el contrato debe ser tal que, tal como hemos señalado, la ejecución del contrato sea excesivamente oneroso o costoso de manera que reduzca considerablemente las expectativas de ganancias del contratista o incluso le produzca pérdidas. Esto no significa que debe producir pérdidas en la contabilidad general y estados financieros del contratista, sino que el contrato en cuestión debe de producir pérdidas o haber reducido considerablemente las ganancias esperadas.

En la línea de lo expuesto, la aparición de la pandemia por el COVID-19 a nivel mundial es un hecho ajeno a las partes (FOVIAL y supervisoras) que era imprevisible para ambos. Al momento de celebrar los contratos ninguna de las partes podía prever que surgiría un virus tan contagioso y letal al punto de ser una amenaza global que ha paralizado la actividad económica en el mundo. De hecho, aun cuando se haya suscrito el contrato a principios de 2020 cuando ya se sabía de la existencia de este nuevo virus, nadie podía prever que se propagaría por todo el mundo y ha originado una nueva realidad en el mundo.

[...]

Por otro lado, los contratos de suministro se han vuelto excesivamente onerosos a raíz de la pandemia. A fin de no ser repetitivos, no explicaremos nuevamente los costos que la suspensión de obras y su supervisión ha acarreado a las supervisoras, y que, en la resolución impugnada se ha

negado FOVIAL a reconocer. Conforme a la Teoría de Imprevisibilidad y siguiendo las palabras de la doctrina citada, las supervisoras tienen el derecho a pedir a FOVIAL para que venga en su ayuda, que comparta con ellas las consecuencias extraordinarias y que reconozca una indemnización calculada en función del déficit soportado y de todas las circunstancias del caso. Es por ello que, es necesaria la modificación contractual reconociendo gastos fijos durante la pandemia, extender el plazo de los contratos de supervisión y pagar los servicios de supervisión que se brinden durante esa extensión.

DOCTRINA DE ACTOS PROPIOS

Es sorprendente que en marzo y abril FOVIAL ha reconocido ciertos gastos mínimos de las supervisoras para mantenerlas a disposición durante el tiempo de cuarentena, pero se ha resistido a reconocerlo de mayo en adelante. La necesidad de las supervisoras que justificaron los pagos de marzo y abril persisten en cuanto que la situación es la misma: existe una pandemia (incluso agravada respecto de marzo y abril), y existen medidas estatales de prohibición de circulación y trabajar. Por ende, la decisión del FOVIAL debe ser la misma que en esos meses pasados: reconocer y pagar los costos.

Por ello es pertinente citar la doctrina de actos propios que ha sido reconocida por la Sala de lo Contencioso Administrativo como un principio que debe regir toda autoridad administrativa, incluido el FOVIAL. Al respecto tal tribunal ha afirmado:

"(La resolución administrativa impugnada ante la Sala) contraviene la denominada "Teoría de los Actos Propios", con base en la cual la actitud de la Administración no puede ponerse en contradicción con una conducta anterior y válida, producida en el marco de la misma relación o situación jurídica.[...]"

Por lo tanto, con base a tal doctrina el FOVIAL debe ser consecuente con sus actos de marzo y abril y realizar los pagos de esa misma manera en vista que las condiciones del país y del contrato son las mismas. Por tanto, la resolución final al no haber resuelto de esa manera, ha vulnerado la doctrina de los actos propios y debe ser revocada.

CONCLUSIÓN

Hemos demostrado que la resolución final es ilegal al haber vulnerado una serie de principios, derechos y disposiciones legales que rigen a los contratos administrativos. En realidad, la pretensión de las supervisoras es apegada a toda noción de justicia de lo más elemental. Las supervisoras son ajenas a todos los sucesos ocurridos por la pandemia y las decisiones estatales que se han adoptado por ello, pero pese a ello han incidido en la justicia contractual de los contratos celebrados con FOVIAL. Es por ello que las supervisoras piden que se le reconozcan los costos mínimos (que fueron detallados oportunamente) para operar durante la pandemia, la prórroga de plazo de los contratos y el pago de la remuneración por trabajos de supervisión durante la prórroga en los mismos montos contemplados en el contrato.

De allí que es necesario que la resolución impugnada sea revocada a fin de que se dicte una resolución apegada a Derecho en las que se estime la pretensión que hemos detallado. "*****"

Vistos los argumentos esgrimidos por las sociedades recurrentes en el escrito relacionado, este Consejo Directivo procede, a continuación, a su análisis.

Respecto a que las aseveraciones realizadas por las empresas supervisoras en fecha uno de abril del presente año, en las que, en una sola idea, puntualizaron que su solicitud no implica costo adicional para los contratos -por lo que se mantenía invariable el monto contratado-, han perdido vigencia pues el período de emergencia por el COVID-19 aún sigue vigente y la solicitud fue pensada para un

período corto de tiempo, este Consejo considera que dicha interpretación es errónea, por las siguientes razones:

La LACAP no hace consideración alguna respecto el rango de duración temporal de la situación de “fuerza mayor” o “caso fortuito” que afecta a la ejecución del contrato, pues independientemente de cuánto tiempo pueda tomar resolver dicha situación, ni el Art. 108 ni el 128 de la referida ley permiten, bajo circunstancia alguna, que la institución contratante incurra en costos adicionales.

Esto se encuentra expresa y categóricamente dicho en la norma citada, estableciendo, en palabras sencillas que, **si se verifica un caso fortuito o de fuerza mayor que afecte el contrato y que justifique su suspensión temporal de la obra, la institución puede “ampliar el plazo”, pero no puede “incurrir en costo adicional”**.

Precisamente, al estar claros de lo manifestado en el párrafo anterior es que, acertadamente, y aunque no fuera necesario mencionarlo, los ahora recurrentes redactaron su carta en el mes de abril, misma que pudo haber sido redactada en cualquier otro mes durante la duración de la emergencia y, al final, la interpretación a esas aseveraciones sería la misma, es decir, conforme a la ley: verificado el caso de fuerza mayor o caso fortuito, lo único que se permite por ministerio de ley (que dicho sea de paso, es una facultad potestativa, no obligatoria) es modificar el plazo por un tiempo racional (no es antojadizo) pero bajo ninguna circunstancia se modifica monto contractual alguno por costos adicionales, expresamente lo dice la LACAP.

En cuanto a la necesidad de seguridad jurídica y de equilibrio económico del contrato, al citar doctrina, el apoderado del recurrente dice que, para el contrato administrativo, *“deben ser prístinas las reglas de interpretación, aplicación y ejecución del mismo”*.

Según la Real Academia de la Lengua Española, la palabra “prístino” hace referencia a lo “antiguo, primero, primitivo u original”, en otras palabras, aquello que es prístino, es aquello que se mantiene inalterado desde su origen. Consecuentemente “prístinas” deben ser las reglas de interpretación, aplicación y ejecución, pero no solo de los contratos, sino también de la ley en la cual se basa su creación y ejecución.

De esa interpretación “prístina” que se ha hecho, es decir, tomando en cuenta el origen inalterable del contrato (la ley misma) es que se concluye que la decisión tomada por este Consejo bajo ninguna circunstancia atenta contra la legalidad o contra la seguridad jurídica, mucho menos contra “el equilibrio económico del contrato”, toda vez que la norma aplicable (la LACAP) ha establecido la forma para “equilibrar” aquel contrato que se ve afectado en su ejecución ante el acaecimiento de una situación de caso fortuito o fuerza mayor, independientemente si la solución que la norma le ha dado al administrado es la más “feliz” o la que más le convenga. Textual y categóricamente la ley señala cual es la consecuencia de la afectación que el caso fortuito o de fuerza mayor causa al contrato y que justifica su suspensión: **la institución puede “ampliar el plazo”, pero no puede “incurrir en costo adicional”**.

Atender lo solicitado por los recurrentes implicaría aceptar que aplicar el principio de legalidad, es decir, hacer lo que la norma ordena en la forma en que se ha hecho, genera inseguridad jurídica, y, ciertamente, esto es un absurdo: aunque al administrado no le resulte conveniente a sus intereses económicos o simplemente no le guste la resolución que ha recibido, aplicar la ley en uso de las facultades que ella misma expresamente otorga, tal como lo ordena el Art. 86 inc. 3º de la Constitución de la República, que establece que *“Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”* no puede ser considerado nunca como una violación a la seguridad jurídica, solo porque no se atendieron sus intereses particulares.

En consonancia con la norma citada, el Art. 3 numeral 1 LPA, confirma que *“la Administración Pública actuará con el pleno sometimiento al ordenamiento jurídico, de modo que solo puede hacer aquello que este previsto expresamente en la Ley y en los términos que ésta lo determine”* (negritas son propias).

Bajo esta premisa, es evidente que FOVIAL no puede ni debe efectuar erogaciones adicionales si la ley le permite no incurrir en ellos; así, del texto de la normativa transcrita se deduce que la Institución únicamente está facultada a hacer aquello que esta le permite, por lo que, únicamente solo puede deferir en el tiempo el cumplimiento de esas obligaciones contractuales que no ha ejecutado el contratista y, si en todo caso, la ley le ordena a la Institución reconocer cantidades de dinero a favor del administrado, será, evidentemente, bajo los parámetros que ésta le da, no más allá de lo ahí establecido, no como el administrado cree que debe hacerse.

Hacer lo contrario implicaría resolver en contra de lo dispuesto por ley expresa y terminando, violando flagrantemente el principio de legalidad del Art. 86 inc. 3° Cn. y Art. 3 numeral 1 LPA, ocasionando, ahora sí, una violación a la seguridad jurídica que debe proteger toda Institución con sus actuaciones, pues bajo una interpretación completamente fuera del texto literal de la ley (ilegal en una palabra), a conveniencia de un grupo de administrados en específico (los recurrentes, para el caso concreto), se estarían otorgando prerrogativas específicas que no tienen amparo en ninguna ley y que no aplican de modo general.

Asimismo, las recurrentes exigen que esta Institución ejecute sus contratos tomando en cuenta el principio de “la buena fe” contractual, pues el precio que actualmente paga por el contrato no es el que corresponde a los costos reales actuales, así como las condiciones contractuales son mucho más difíciles de cumplir dados los acontecimientos sobrevinientes.

El contrato que las empresas supervisoras, ahora recurrentes, han firmado con FOVIAL establece en la condición general CG-20, lo siguiente:

“CG - 20 PAGOS AL SUPERVISOR. *El monto del contrato será pagado al supervisor por medio de pagos mensuales. Dichos pagos cubrirán todos los servicios prestados y aceptados durante el mes, previa entrega del informe mensual con la aprobación del administrador de Contrato y el visto bueno del Gerente Técnico del FOVIAL, deduciendo la retención para la amortización del anticipo, y en su caso, las multas y/o penalidades correspondientes, y toda otra suma cuyo pago sea a cargo del supervisor de conformidad a los documentos contractuales. Todo atraso del supervisor en el cumplimiento de sus obligaciones, podrá dar lugar a la aplicación de lo establecido en el Art. 85 de la LACAP”.*

Hasta este momento, no existe prueba alguna de que el supervisor haya prestado servicios de supervisión que de acuerdo a la cláusula antes referida ameriten una modificativa contractual en aumento de monto del contrato, por lo que no existe obligación alguna de FOVIAL de reconocer pagos a las recurrentes.

No es cierto que no exista buena fe contractual por parte de FOVIAL: precisamente en aplicación de dicho principio permitió y nunca impidió la continuidad de los contratos (demostrándose con ello el deseo de la Institución que las sociedades supervisoras pudieran mantener el equilibrio económico del mismo), pagó a las empresas los costos fijos durante los meses de marzo y abril con la finalidad de “oxigenar” los contratos y que estos no perdieran su continuidad, ciertamente, en aras de contribuir a la estabilidad laboral de los empleados de los contratistas -que al final de cuentas, constituyen una parte valiosa e importante de la población salvadoreña en general-, recibiendo su salario gracias a esos pagos que FOVIAL hizo a sus patronos (los contratistas) a pesar de que, como ya se dijo, en esos momentos no prestaron servicios de supervisión de acuerdo a las cláusulas contractuales con motivo de la cuarentena obligatoria.

Tal como consta en nota de fecha 15 de abril de 2020, FOVIAL le permitió al contratista y supervisor el cobro de la estimación del mes de marzo hasta el treinta y uno de marzo; y a los contratistas y supervisores de vías no pavimentadas les permitió cerrar estimación al día quince de abril de dos mil veinte; asimismo, se les permitió hacer uso del anticipo entregado como parte de la dotación inicial del proyecto para realizar pagos de planillas de los meses de marzo y abril; además relevó a contratistas y supervisores de la obligación de amortizar el anticipo otorgado, durante los meses de marzo y abril. **Lo dicho comprueba que nunca existió de parte de la Institución mala fe.**

Finalmente, este Consejo Directivo aclara que no es cierto lo manifestado por los recurrentes en cuanto a que esta institución “*valiéndose de la existencia de situaciones extraordinarias en el país y decisiones gubernamentales adoptadas, las empresas supervisoras sean lesionadas en los contratos suscritos con FOVIAL y, sobre todo, **que FOVIAL no actúe de buena fe** haciendo las modificaciones pertinentes del contrato para evitar estos perjuicios*” (negritas son propias).

Ha quedado ampliamente explicado cuales fueron todas las actuaciones que FOVIAL realizó en aplicación del principio de la buena fe con la finalidad de no perder la continuidad de los contratos y ayudar a que la situación de emergencia que se vive impactare lo menos posible a los contratistas que trabajan con la Institución, por lo que bajo ninguna circunstancia puede considerarse que FOVIAL ha actuado con mala fe o dolo con la finalidad de causar perjuicios económicos a los administrados, todo lo contrario: esta institución ha sido y sigue siendo fiel cumplidora de la Ley y de todos los estándares de calidad exigidos por la legislación que le aplica y por normas internacionales – inclusive-, además ha estado y sigue estando al servicio de los administrados, eso sí, exclusivamente dentro de las facultades que la ley le otorga, no más allá y, en todo, caso, ha hecho todo lo que legalmente puede hacer para evitar, en la manera de lo posible, que sus contratistas se vean afectados por la emergencia actual.

Tal es así, que atender la petición de los recurrentes implicaría una violación evidente a las disposiciones del Art. 43 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado (LOAFE) pues se estaría entrando en negociaciones para comprometer fondos públicos **no previstos en el presupuesto para el año 2020** ya sea “*en forma temporal o recurrente*”, y clara es dicha norma al establecer que esa prohibición, si bien no es exclusiva, es **específica** “*al compromiso de fondos derivado de prestaciones y beneficios salariales no presupuestados y la negociación con proveedores de suministros o servicios*”.

Esto último es, precisamente, lo que ocurre en el caso que nos ocupa: no se pueden comprometer fondos públicos en cuanto a negociaciones con proveedores de servicios de supervisión se refiere, si no están contemplados en el presupuesto correspondiente, sin perjuicio de su independencia a este respecto, por la autonomía de la que goza para realizar sus funciones.

Si este colegiado resolviera en sentido contrario, es decir, otorgando a los recurrentes lo que solicitan, además de la grave violación al principio de legalidad, se enfrentaría a consecuencias de ley (deducción de responsabilidades a nivel civil y penal) que solo pueden devenir como consecuencia de la inobservancia de su aplicación y, como ya se ha dicho, FOVIAL es estricta fiel y estricta cumplidora de las ley y de sus consecuencias.

En todo caso, si las empresas recurrentes consideran haber sufrido algún daño económico y que por dicha razón creen ser merecedoras de algún tipo de resarcimiento o ayuda por las consecuencias negativas que en sus patrimonios podrían optar por buscar algunas de las opciones de apoyo económico que por tales situaciones el Gobierno Central está en disposición de otorgar.

En cuanto a lo expuesto por los recurrentes sobre lo que han denominado “prohibición de trabajo sin remuneración”, como ya se dijo párrafos atrás, a la fecha no existe evidencia que los supervisores

durante el tiempo de la cuarentena hayan realizado servicios de supervisión a favor de FOVIAL, por lo que, lógicamente, no es procedente que esta Institución les realice pago alguno.

Esto se afirma partiendo del hecho que, como también ya se ha esbozado anteriormente, FOVIAL “oxigenó” los contratos, lo que le implicó una erogación a favor de los contratistas y supervisores –los recurrentes- para colaborarles en el pago de los rubros más importantes de sus empresas (salarios, prestaciones sociales, servicios, impuestos, otros), erogación que se hizo a pesar de que, tal como lo han reconocido expresamente en su escrito de interposición “no se realizaron actividades programadas de acuerdo a los contratos de supervisión”. Ciertamente, se confirma que no existe circunstancia alguna ameriten una modificativa contractual en aumento de monto del contrato, por lo que no existe obligación alguna de FOVIAL de reconocer pagos a las recurrentes en la manera solicitada.

En cuanto a la potestad para modificar contratos por caso fortuito o fuerza mayor y el “*ius variandi*”, no hay mayor análisis que realizar: es precisamente en aplicación del principio relacionado que se le está manifestando al recurrente que la potestad para modificar el contrato si puede ejercerse (y que de hecho así se está haciendo), pero, ciertamente, no bajo los supuestos que éstos pretenden, sino bajo los supuestos que la ley permite y que ya han sido ampliamente descritos, mecanismos que son los únicos que se pueden aplicar y que, en todo caso, establecen que la única modificación procedente al contrato, ante el caso del acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor, es en cuanto al plazo pero jamás en cuanto al monto contractual, como se ha repetido tantas veces (esto sin perjuicio de lo establecido en el Art. 108 LACAP).

Evidentemente la resolución impugnada implica el ejercicio del “*ius variandi*”, pues FOVIAL alteró las condiciones esenciales del contrato, pero es obvio que no es una decisión antojadiza, sino que es una decisión que obedece al acaecimiento del caso fortuito o fuerza mayor, la emergencia por COVID-19, por el que, precisamente, se decidió aplicar el principio de legalidad y el “*ius variandi*”, modificando los contratos de conformidad con los artículos 108 y 128 LACAP, única normativa aplicable al caso concreto.

Sobre lo expresado en el recurso de reconsideración en cuanto a que “*siempre que se ejerce la potestad variandi le surge inevitablemente a la institución pública el deber de indemnizar al contratista*”. En primer lugar, porque la consecuencia inmediata del ejercicio de dicha potestad nunca implica el nacimiento de una obligación de indemnización para la Institución contratante, sobre todo cuando no se ha aportado ningún elemento que permita analizar si se verifica la existencia de un daño o afectación patrimonial; en segundo lugar, y más importante, porque **no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico salvadoreño que obligue a una Institución Pública a indemnizar a sus contratistas ante el acaecimiento de circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor que afecten la ejecución de sus contratos.**

Tampoco existe el llamado *factum principis*, pues si bien es cierto, se han tomado medidas por parte del Gobierno de El Salvador, sin especificar a qué contratos se afecta o altera, los pagos, en los términos a los que se ha hecho referencia a lo largo de la presente resolución, se hicieron a los contratistas y supervisores, sobretodo, para protección de sus empleados y sus necesidades más importantes, independientemente que no ejecutaron trabajo alguno a favor de FOVIAL, tal como lo aceptan las empresas recurrentes en su escrito.

En todo caso tampoco se ha generado mayor onerosidad al contrato: se pagaron costos fijos y únicamente se deferirá su prestación en el tiempo en aplicación de los artículos 108 y 128 LACAP tantas veces citados. Además, tal como se esbozó líneas atrás, tomando como base la planeación presupuestaria de la Institución, no se pueden generar mayor “onerosidad” al contrato pues ya los precios de los mismos han sido pactados conforme al presupuesto, hacerlo así implicaría una violación al Art. 43 LOAFE, al comprometer fondos públicos no presupuestados.

En cuanto a la teoría de la imprevisibilidad, es claro que lo ocurrido era un hecho que, ciertamente, no podía preverse iba a ocurrir; si alguna condición económica se ha alterado, se ha explicado ampliamente, la Institución solo pudo reconocer las modificativas contractuales en los términos estipulados en los artículos 108 y 128 LACAP, no más que eso.

Finalmente, en cuanto a la teoría de los actos propios, no es cierto que FOVIAL tome decisiones que van en contra de sus actuaciones habituales, las cuales como ya tantas veces se ha dicho, solo pueden realizarse de conformidad con lo ordenado por la ley: si hay algún costo por servicios prestados que FOVIAL debe cubrir, deberán los supervisores cumplir con las condiciones establecida por la norma y por el contrato para que esta cartera de Estado pueda proceder a su pago.

Visto lo anterior, este Consejo Directivo, por unanimidad **ACUERDA:**

- a) **Téngase por interpuesto el** Recurso de Reconsideración interpuesto por las empresas supervisoras **INSERINSA, S.A. DE C.V., RIVERA – HARROUCH, S.A. DE C.V., SERVICIOS PROFESIONALES BERGANZA INGENIEROS ARQUITECTOS, S.A. DE C.V., SUELOS Y MATERIALES, S.A. DE C.V. y SOIL-TESTER DEALER, S.A. DE C.V.,** a través de su Apoderado General Judicial, doctor Ramón Antonio Morales Quintanilla.
- b) Declárese sin lugar lo solicitado en el Recurso de Reconsideración interpuesto por las empresas supervisoras **INSERINSA, S.A. DE C.V., RIVERA – HARROUCH, S.A. DE C.V., SERVICIOS PROFESIONALES BERGANZA INGENIEROS ARQUITECTOS, S.A. DE C.V., SUELOS Y MATERIALES, S.A. DE C.V. y SOIL-TESTER DEALER, S.A. DE C.V.,** a través de su Apoderado General Judicial, doctor Ramón Antonio Morales Quintanilla.
- c) **CONFIRMASE** la resolución dictada en el punto VII de la sesión extraordinaria número E-11/2020 celebrada por este Consejo Directivo el día nueve de julio de dos mil veinte, mediante la cual se resolvió:

NO ACCEDER AL PAGO en el mes de mayo de las medidas adoptadas por FOVIAL en el periodo de emergencia por la pandemia, por cuanto los contratos de Mantenimiento Vial ya se encuentran en ejecución; y los mismos ya fueron oportunamente oxigenados y apoyados de acuerdo a las medidas solicitadas.

NO APROBAR LA MODIFICATIVA DE AUMENTO DE MONTO DE LOS CONTRATOS de los contratos siguientes:

Contrato	Nombre
CO0562020	SUPERVISIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LOS EJES VIALES 33 Y 46 DEL AREA METROPOLITANA DE SAN SALVADOR.
CO0732019	SUPERVISIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LA RUTA CA04N H TRAMO: DV TEJUTLA - LA PALMA
CO0572020	SUPERVISIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LA RUTA CA01W F: LD. LA LIBERTAD - DV LAGO DE COATEPEQUE (INT. RN10) (INCLUYE DERIVADORES)

LG1192019	SUPERVISIÓN DE LA INSTALACIÓN DE ELEMENTOS DE SEGURIDAD VIAL (SEPARADORES CENTRALES)
CO0592020	SUPERVISIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LA RUTACA01E, TRAMO KM70+000-LD USULUTÁN, TRAMO 1
CO0752019	SUPERVISIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LA RUTA CA02W TRAMO: CA12S -DV SAN FRANCISCO MENENDEZ
CO0812019	SUPERVISIÓN DEL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LA RUTA UNI19E B: EL SAUCE – CONCEPCIÓN DE ORIENTE TRAMO 2
CO0842019	SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE PROTECCIÓN DE TALUD EN RUTA CUS18N

Notifíquese. -

Y no habiendo nada más que hacer constar, se da por finalizada la presente sesión a las once horas y treinta minutos de este mismo día.

Lic. Rafael Enrique Renderos Cuéllar

Ing. Edgar Alejandro Rodríguez Ventura

Ing. German Alcides Alvarenga Flores

Lic. René Alberto Raúl Vásquez Garay

Ing. José Antonio Velásquez Montoya

Ing. Ricardo Salvador Ayala Kreutz



Lic. Salvador Alberto Chacón García

Lic. José Francisco Menjivar Barahona

Ing. Herbert Danilo Alvarado

Dr. Félix Raúl Betancourt Menéndez

Lic. Rufino Ernesto Henríquez López

Licda. Mónica Altagracia Marín Cruz

Ing. Alvaro Ernesto O'Byrne Cevallos
Director Ejecutivo y Secretario Consejo Directivo
Fondo de Conservación Vial