



MARA DE SEGUNDA INSTANCIA DE LA CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA: San Salvador, a las catorce horas con veinte minutos del día veintidós de noviembre de dos mil diez.

Vistos en apelación con la sentencia definitiva, pronunciada por la Cámara Quinta de Primera Instancia de esta Corte, a las ocho horas diez minutos del día veinte de septiembre de dos mil siete, en el Juicio de Cuentas Número **CAM-V-JC-031-2006**, seguido a la Arquitecto **RHINA PATRICIA MORENO MOISSANT**, antes de **ESMAHAN**, Jefa de Programa de Apoyo a la Reconstrucción de el Salvador (PROARES) cuya supervisión corre a cargo del Fondo de Inversión Social para el Desarrollo Local (FISDL), quien actuó en el proceso de Licitación No. 02/2005 efectuado por FUNDASAL referente al Suministro de Madera para la Construcción de 330 viviendas In Situ en los Municipios de San Rafael Obrajuelo, Cuyultitán, San Juan Talpa y Santa Maria Ostuma, durante el período comprendido de mayo a junio del año dos mil cinco, en concepto de Responsabilidad Administrativa.

En Primera Instancia intervinieron la Bachiller **KARLA ELENA MONTOYA DE RODRÍGUEZ**, y la Licenciada **ANA RUTH MARTÍNEZ DE PINEDA**, en su calidad de Agentes Auxiliares del señor Fiscal General de la República; y la Licenciada **MARLENE CAROLINA NOVOA MORENO**, en su calidad de Apoderada General Judicial de la Arquitecto **RHINA PATRICIA MORENO MOISSANT**, antes de **ESMAHAN**.

La Cámara Quinta de Primera Instancia, pronunció la sentencia que en lo pertinente dice:

*“””(…) I) Confírmase el reparo único establecido en el pliego base del presente juicio de cuentas relacionado en el Romano IV de la presente Sentencia y Declárase **RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**, contra la Arquitecta **RHINA PATRICIA MORENO MOISSANT**, antes de **ESMAHAN** (mencionada en el presente Juicio de Cuentas como **RHINA PATRICIA MORENO DE ESMAHAN**), Jefa de Programa PROARES, y condénasele a pagar la multa del quince por ciento de su respectivo salario mensual percibido durante el ejercicio del cargo equivalente a la cantidad de **DOSCIENTOS SETENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$270 00)**. II) El valor de la multa impuesta en la presente sentencia deberá ingresar al Fondo General del Estado. III) Queda pendiente la aprobación de la gestión realizada, en tanto no se verifique el cumplimiento de la presente condena. **HAGASE SABER**.(…)””*

Estando en desacuerdo con dicho fallo la Licenciada **MARLENE CAROLINA NOVOA MORENO**, en su calidad de Apoderada General Judicial de la Arquitecto **RHINA PATRICIA MORENO MOISSANT**, interpuso recurso de



Apelación, solicitud que le fue admitida de fs. 281 vto. a fs. 282 fte., y tramitada en legal forma.

En esta Instancia han intervenido la Licenciada **MARLENE CAROLINA NOVOA MORENO**, en su calidad de Apoderada General Judicial de la Arquitecto **RHINA PATRICIA MORENO MOISSANT**; y la Licenciada **ANA RUTH MARTÍNEZ DE PINEDA**, en su calidad de Agente Auxiliar del señor Fiscal General de la República.

LEIDOS LOS AUTOS; Y,
CONSIDERANDO:

I) De fs. 3 vto. a 4 fte. del presente Incidente se tuvo por parte a las Licenciadas **MARLENE CAROLINA NOVOA MORENO**, en su calidad de Apoderada General Judicial de la Arquitecto **RHINA PATRICIA MORENO MOISSANT**; y **ANA RUTH MARTÍNEZ DE PINEDA**, en su calidad de Agente Auxiliar del señor Fiscal General de la República. La apelante al expresar agravios de fs.7 a fs. 9, del incidente, literalmente expuso:

“(...)Que con expresas instrucciones de mi mandante, con base en el inciso tercero del artículo 72 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, vengo a EXPRESAR AGRAVIOS, en virtud de la sentencia pronunciada a las ocho horas diez minutos del día veinte de septiembre del año dos mil siete por la expresada Cámara, por no estar de acuerdo con ella, en virtud del Pliego de Reparos No. CAM-V-JC-031-2006, emitido por la Honorable Cámara Quinta de Primera Instancia el día veintiséis de julio del año dos mil seis, sobre un reparo deducido con base en el Informe de Examen Especial, realizado al Proceso de Licitación No. 02/2005, efectuado por FUNDASAL, referente al Suministro de Madera para la Construcción de 330 Viviendas IN SITU, en los Municipio de San Rafael Obrajuelo, Cuyulitán, San Juan Talpa y Santa María Ostuma, en el marco del Programa de PROARES financiado con fondos provenientes de la Unión Europea, correspondiente al periodo comprendido de Mayo a Junio de 2005, practicado por la Dirección de Auditoría Uno Sector Administrativo y Desarrollo Económico de la Corte de Cuentas de la República, contenido en el Expediente No. CAM-V-IA-141-2005. Que la sentencia de primera instancia pronunciada en contra de mi poderdante está fundamentada en un acto jurídico administrativo contradictorio y por ende incongruente, puesto que el pliego de reparos seguido por la Cámara Quinta de Primera Instancia, ha sido diligenciado con base en el Informe de Examen Especial al Proceso de Licitación No. 02/2005, realizado por FUNDASAL referente al suministro de madera para la construcción de 330 viviendas in situ en los municipios de San Rafael Obrajuelo, Cuyulitán, San Juan Talpa y Santa María Ostuma, por el periodo comprendido de mayo a junio de 2005, efectuado por la Dirección de Auditoría Uno, Sector Administrativo y Desarrollo Económico. Dicho informe es incongruente en sus enunciados principales y es de éstos de donde se desprende la responsabilidad que se le imputa. Las conclusiones del Informe expresado son inaceptables y por esa misma causa no compartimos con mi mandante la sentencia en cuya contra se ha recurrido, ya que, por una parte, se fundamenta en una interpretación contradictoria del literal b) del art. 26 de la LACAP y, por otra, no existe un mínimo de valoración de la prueba obrante en el juicio. Las conclusiones del expresado Informe son las siguientes: “CONCLUSIONES: 1. El FISDL no

*compaginación
notas N° 21*

→ cumplió con el compromiso de monitorear las acciones y procesos que se implementan en las diferentes etapas del proyecto, así como dar seguimiento a la ejecución integral del mismo, como beneficiario del Convenio 2. No obstante que el proceso de Licitación Pública por invitación No. 02/2005, lo realizó FUNDASAL dentro del marco legal, el hecho de no haberse efectuado el monitoreo respectivo, le restó transparencia al proceso en referencia. 3. A la fecha del examen, FUNDASAL había recepcionado el 63.69% del total de la madera contratada y FONAVIPO no había efectuado ningún desembolso, por ese rubro. 4. El literal a) del Art. 26 de la LACAP menciona a los Miembros del Consejo de Ministros, quienes no deben ni pueden ofertar, como personas naturales, en ninguna entidad, pero sí pueden hacerlo como representantes legales de las personas jurídicas ofertantes, siempre y cuando no sea en su misma Institución, de conformidad al literal b) del mismo artículo" Fundamentación del agravio La administración pública no está ajena a la observancia de los principios fundamentales contenidos en la Constitución de la República. Obviamente, siendo ésta la norma primaria, el comportamiento de todas las personas y de la administración pública misma, está ceñido con base en sus enunciados. En la norma primaria existen derechos incuestionables que el primer llamado a respetarlos es el Estado mismo, entendido éste en su sentido lato. Al constituir la administración pública parte del Estado, naturalmente que también se encuentra en esa misma obligación. En ese orden, el artículo 1 de la Constitución refiere que "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común." El diseño del Estado de El Salvador busca entre sus finalidades una que resulta destacable para la justificación del agravio causado por la sentencia impugnada, que es el de la seguridad jurídica. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el valor perseguido por el Estado a partir de la disposición constitucional supra citada, diciendo que " la seguridad jurídica es desde la perspectiva del derecho constitucional, la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público Puede presentarse en dos manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y en la segunda, en su faceta subjetiva, como certeza del derecho, es decir, como proyección, en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad" [subrayados son míos (Sentencia de 19-III-2001, Amp. 305-99, Considerando II 2)]. La jurisprudencia constitucional nacional resulta importante tomando en consideración que una de las facultades que legalmente le están asignadas a este tribunal es la de dotar de significado a la Constitución en el contexto de los diferentes procedimientos seguidos con base en la Ley de Procedimientos Constitucionales: constitucionalidades de las leyes, amparos y exhibiciones personales. De tal suerte que el límite que le reconoce la Sala al valor de la seguridad jurídica, es de gran importancia al momento de definir la licitud de la actuación de mi mandante, como al final lo resaltaré. A partir de lo que dispone el inciso 1º del artículo 2 de la Constitución, que literalmente reza: "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos"; uno de los derechos que se comprenden dentro del catálogo de fundamentales de las personas, está el denominado de seguridad y como una variedad de éste, el consistente en la seguridad jurídica. La seguridad jurídica, entonces, determina la finalidad del Estado pero al mismo tiempo está concebido como un derecho fundamental de la persona. Ahora bien, la connotación que tiene el art. 26 de la LACAP, para medir el grado de prohibición o permisión que tienen los funcionarios públicos para intervenir en procesos de licitación, tiene que entenderse a partir del principio de seguridad jurídica en cualquiera de sus dos acepciones anotadas, ya que por una parte determinará el límite que tiene el Estado para prohibir o permitir determinada conducta y para saber la persona (el administrado o el funcionario o empleado público o municipal) hasta dónde el Estado le faculta a actuar; el art. 26 precitado es claro en indicar bajo cuáles circunstancias un funcionario



público está impedido de participar como ofertante en procesos de licitación vinculados con la administración pública; el sentido gramatical de la norma es negativo, pero no cuesta hacer la lectura en sentido positivo para saber quién sí puede directamente estar involucrado en un proceso de licitación de interés de la administración pública sin afectar la transparencia del proceso. El literal a) veda la oportunidad a los "miembros del Consejo de Ministros"; este literal hace alusión a los ministros en su carácter personal. El literal b) de la norma citada literalmente dice: "Los funcionarios y empleados públicos y municipales, en su misma institución, cuando en ellos concurra la calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes o representantes legales del ofertante o de las obras, bienes o servicios. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos;" contrario sensu, o leyendo la disposición en sentido positivo, podría decirse que los funcionarios o empleados públicos o municipales podrán intervenir en cualquier licitación, siempre que ésta no sea en su misma institución, aunque concurra en ellos la calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes o representantes legales del ofertante o de las obras, bienes o servicios; o sean miembros de las Juntas o Consejos Directivos. Este sentido fue el que le otorgó a esta disposición esta misma Corte en este mismo caso en la conclusión apuntada en líneas anteriores, cuando en la instancia inferior se exoneró de responsabilidad a quien entonces ostentó el cargo de Ministro de Turismo, y que fue por quien se originó el proceso de auditoría. El alcance que el tribunal inferior en grado le dio a la norma fue suficiente para que aquel ministro, que en opinión de la Dirección de Auditoría Uno de esta Corte de alguna forma comprometió la transparencia del proceso de licitación, resultara exonerado de todo tipo de responsabilidad. El sentido común se impone. El sentido jurídico también. Por la misma razón debería mi mandante resultar exonerada de todo tipo de responsabilidad, ya que lo que se aseguró en aquella oportunidad que aparentemente quedó comprometida (la transparencia), resultó ser insuficiente como para que el principal protagonista del empañamiento de la transparencia administrativa de la licitación quedara ajeno a la problemática. La manera como esta Cámara puede hacer eco de los agravios causados a mi representada es reconociendo que el principio de seguridad jurídica ha quedado comprometido al reconocerle la Cámara de Primera Instancia a los literales a) y b) del art. 26 de la LACAP alcances contradictorios: uno, que comprende el primer literal, que radica en vedarle la posibilidad a los miembros del Consejo de Ministros en carácter personal de participar en procesos de licitación, y y también comprende el segundo literal, consistente en que efectivamente la norma faculta a los funcionarios o empleados públicos o municipales a intervenir en calidad ofertantes en procesos de licitación de instituciones en las que ellos no forman parte (exonerándolos de responsabilidad, por ende, como lo hizo con el Ministro de Turismo); y otro, al imponerle una sanción a mi mandante, por comprometer la transparencia del proceso de licitación, no obstante que el principal involucrado resultó exonerado, pues desde la óptica legal podía intervenir en el proceso de licitación sin comprometer la transparencia del proceso. Lo cual es absolutamente inaceptable. El alcance que puede tener la norma en este caso sólo puede ser uno: el mismo por el cual el anterior Ministro de Turismo resultó exonerado. En la base de las consideraciones que pueda esta Cámara hacer para revocar la sentencia impugnada, se encuentra el art. 11 de la Constitución, que expresa que ninguno de los derechos ahí mencionados puede serle privado a nadie, sin haberle precedido la debida tramitación de un juicio. El sentido que el constituyente le ha dado a esta frase se ha entendido que la privación de cualquier derecho puede hacerse, siempre que se haya observado el debido proceso. En abono a la sustentación que de mi parte puedo hacer para que esta Cámara mida si resulta procedente afectar patrimonialmente a mi mandante no obstante no existir en la sentencia el mínimo de motivación (específicamente valoración de la prueba), me valgo de la jurisprudencia del tribunal constitucional nacional sobre el derecho al debido proceso, como elemento precedente para la procedencia de la privación de cualquier derecho fundamental; el tribunal ha dicho: "El derecho constitucional al debido proceso únicamente puede considerarse desde el punto de vista procesal, con exclusión del punto de vista material, porque el mismo, dentro de un Estado de Derecho en el cual vive la independencia judicial a todo nivel jurisdiccional, rige sin vulneración al anterior principio si sólo se controla en relación a las garantías y procedimentales de las personas,

✓
pase a la
H-2

mas no cuando se pretende llevar a las tierras materiales, y ser considerado como un mecanismo de control de la esfera discrecional que todo juzgador posee al momento de aplicar las leyes que sustentan sus decisiones. En suma, el derecho constitucional al debido proceso, en nuestro ordenamiento jurídico, debe referirse exclusivamente a la observancia de la estructura básica que la misma Constitución prescribe para todo proceso o procedimiento, y no a la aplicación razonable, adecuada y justa de las leyes materiales, labor exclusiva del juzgador ordinario al momento de dictar sentencia en base a su discrecionalidad jurídica objetiva" (Sentencia de 2-VII-1998, Amp. 1-I-96, Considerando II 1). Sólo mediante la debida motivación de la sentencia puede el administrado o - como en este caso- el servidor público, conocer las razones por las cuales la autoridad ha tomado determinada decisión. De la lectura de la sentencia impugnada, esta Cámara podrá advertir que no ha habido ninguna graduación de los diferentes medios probatorios hechos llegar al juicio, para conocer por qué era necesario condenar; consiguientemente, haber arribado al estadio de la condena, sin existir manera alguna de controlar las causas de esa condena, en determinado momento transgrediría el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a mi mandante. Hacer un recuento de lo expresado en el Examen Especial de Auditoría, sin entrar a conocer el fondo del asunto, no es motivar legalmente la sentencia. Por todo lo anteriormente expuesto con todo respeto **OS PIDO:** Tengáis de mi parte por expresados los agravios, en los términos expuestos; corráis el que corresponde a la parte contraria, para que los conteste; y, en su oportunidad, pronunciéis la sentencia que corresponde, revocando la impugnada y exonerando o absolviendo de todo tipo de responsabilidad a mi mandante. Reitero que señalo para recibir notificaciones las oficinas del FISDL ubicadas en décima avenida Sur y calle México, barrio San Jacinto, de esta ciudad, y autorizo para que indistintamente en mi nombre reciban notificaciones y documentos relacionados con este procedimiento a los señores Vanessa Elizabeth Argueta y Engels Oswaldo Zelaya Cáliz, mayores de edad, abogados y de este domicilio, teléfono 2244 1291.(...)""



II) La Fiscalía General de la República, a través de su Agente Auxiliar Licenciada ANA RUTH MARTÍNEZ DE PINEDA, al contestar agravios a fs. 13, del Incidente, lo hizo de la siguiente manera:

""(...)Que el día diecinueve de diciembre del año dos mil siete, se ha notificado el auto de las catorce horas veinte minutos del día veintisiete de noviembre del dos mil siete, en el cual se me manda a oír, por un termino de ocho días hábiles, para que haga uso del derecho contestando lo conveniente, de conformidad a los artículos 72 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, de la expresión de agravios presentada por la Licenciada **MARLENE CAROLINA NOVOA MORENO**, Apoderada de la Arquitecto **RHINA PATRICIA MORENO MOISSANT**, quien actuó como Jefe del programa **PROARES**, en **FUNDASAL**, correspondiente al período de mayo a junio del dos mil cinco; que dicha audiencia evacuo de la manera siguiente: Que la Licenciada Novoa, manifiesta en su escrito que otra cámara de primera instancia de esta Corte de Cuentas, se absolvió al Licenciado Cardenal, por la licitación realizada en Representación de La Empresa Cardenal S.A de C.V. quien gano la Licitación de abastecimiento de madera con **FUNDASAL**, por lo que pide que se resuelva al igual que la cámara anterior, en el sentido de absolver a dicha cuentadante, siendo el criterio de la representación Fiscal que la cuentadante no ha presentado prueba de descargo para desvanecer dicho hallazgo, y que cada cámara existe independencia administrativa para resolver conforme a su criterio y no por que una cámara resolvió de una manera la otra tiene que resolver igual, asimismo el Judex Aquo resolvió apegado a derecho y que su sentencia es fácil de entender jurídicamente y que justificó el fallo decretado por lo que no ha violentado el principio de Seguridad Jurídica, incoado por la

cuentadante; por lo que este Ministerio Publico OS PIDE: CONFIRMEIS LA SENTENCIA CONDENATORIA, dictada por el Juez A quo. Por todo lo antes expuesto con todo respeto, OS PIDO: - Admitirme el presente escrito; - Se tenga por contestado el traslado que se me ha conferido, en los términos antes señalados. - Señalo para oír notificaciones de Ley, el División de la Defensa de los Intereses del Estado de la Fiscalía General de la República, Unidad Juicios de Cuentas y Multas, situada en final cuarta Calla Oriente y diecinueve Avenida Sur, Residencial Primavera, Santa Tecla, La Libertad. Santa tecla, diez de enero de dos mil ocho.(...)""""

Luego de haber analizado detenidamente todo el proceso y los argumentos vertidos por las partes procesales, ésta Cámara considera necesario aclarar con fundamento en los Arts. 428 y 1026 ambos del Código de Procedimientos Civiles, y 73 de la Ley de la Corte de Cuentas, que el presente fallo se circunscribirá según las disposiciones citadas que por su orden establecen, la primera: "Las Sentencias definitivas del tribunal se circunscribirán precisamente a los puntos apelados y a aquellos que debieron haber sido decididos y no lo fueron en primera instancia, sin embargo de haber sido propuestos y ventilados por las partes", y el segundo: "La sentencia que pronuncie la Cámara de Segunda Instancia confirmará, reformará, revocará, ampliará o anulará la de primera instancia. Se circunscribirá a los puntos apelados y aquellos que debieron haber sido decididos y no lo fueron en primera instancia, no obstante haber sido propuestos y ventilados por las partes".

Es importante puntualizar que el objeto de esta apelación se circunscribe en torno al fallo de la sentencia venida en grado de la responsabilidad administrativa en el reparo único, romano uno de la sentencia recurrida, en el que se condena a la Arquitecto RHINA PATRICIA MORENO MOISSANT, Jefa del programa PROARES, al pago de multa, por la suma de DOSCIENTOS SETENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$270.00), por su actuación en el proceso de Licitación No. 02/2005 efectuado por FUNDASAL referente al Suministro de Madera para la Construcción de 330 viviendas in situ en los Municipios de San Rafael Obrajuelo, Cuyultitan, San Juan Talpa y Santa Maria Ostuma, durante el período comprendido de mayo a junio del año dos mil cinco.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

REPARO UNICO

Según hallazgo numero uno se comprobó que el FISDL, no cumplió con el compromiso establecido en los convenios y con los procedimientos habituales, respecto a verificar la selección del contratista; y no monitoreo ni dio seguimiento

al proceso de licitación No.02/2005, relacionado con el suministro de madera, infringiendo las Disposiciones Técnicas y Administrativas de Ejecución, romano IV.2 del Convenio de Financiación Especifico No .SLV/B7-3100/01/073; el numeral 28 del Convenio de Cooperación Interinstitucional entre FISDL, VMVDU y FONAVIPO.

La representación Fiscal, en su escrito de contestación de agravios en lo pertinente manifestó que la cuentadante no ha presentado prueba de descargo para desvanecer dicho hallazgo y que en cada Cámara existe independencia administrativa para resolver conforme a su criterio y no porque una Cámara resolvió de una manera, las demás deben de resolver igual; considera también que el Judex A quo, resolvió conforme a derecho, por lo que pide se confirme la sentencia.

Del análisis de la Sentencia recurrida, así como de los alegatos de cada una de las partes que intervienen en el presente recurso de apelación, tanto los apelantes, como de la representación fiscal en su carácter de Representante de los Intereses del Estado; la Licenciada NOVOA MORENO, hace referencia al principio de la seguridad jurídica consagrado en el Art. 1 de la Carta Magna; principio que esta Cámara aplica en la búsqueda de la justicia, siendo cuidadosa del respeto a los derechos fundamentales de la persona humana, como también lo manda nuestra Constitución, pues es la máxima normativa en el ordenamiento jurídico y de la cual se derivan las demás leyes, y por ello no pueden controvertirla; la impetrante manifiesta que cuando se aplica del Art. 26 literales a) y b) de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP), por parte de la Cámara inferior en el fallo decide exonerar de la responsabilidad a quien entonces ostentaba el cargo de Ministro de Medio Ambiente, por el mismo caso que hoy nos compete, por lo que debe ser aplicado también a su mandante, ya que según ella el alcance que dicho tribunal le dio a la norma fue suficiente, para que el Ministro de turno, no haya comprometido la transparencia de la adjudicación a la empresa "Aserradero El Triunfo", manifiesta además que el principio de Seguridad Jurídica ha quedado comprometido, al reconocer la Cámara de Primera Instancia a los literales de la LACAP, ya mencionados, alcances contradictorios, el primero que prohíbe la posibilidad a los integrantes del Consejo de Ministros, en carácter personal para actuar en procesos de licitación, y que el segundo faculta a los funcionarios y empleados públicos o municipales a intervenir en calidad de ofertantes en procesos de licitación de instituciones en que ellos no formen parte; con lo que manifiesta se exoneró al Ministro de turno y no así a su mandante, quien ha sido condenada por



el mismo hecho, por lo que manifiesta que el alcance solo puede ser uno y es por el cual fue exonerado quien ostentaba el cargo de Ministro de Medio Ambiente en ese momento; en razón de lo anterior esta Cámara considera que los alegatos planteados por la apelante en cuanto a la interpretación del Art. 26 de la LACAP, se encuentra fundamentada, en la garantía a la seguridad jurídica, tomando en cuenta el hecho que en el segundo proceso de licitación, únicamente se presento "Aserradero El Triunfo", quien presento oferta, la cual se adecuaba a la realidad nacional, en cuanto al suministro de materiales, ya que la licitación primera se declaro desierta por lo que, esta Cámara es de la opinión que no ha existido una inobservancia al Art. 26 de la LACAP, así como las Disposiciones Técnicas y Administrativas de Ejecución, romano IV.2 del Convenio de Financiación Especifico No .SLV/B7-3100/01/073; el numeral 28 del Convenio de Cooperación Interinstitucional entre FISDL, VMVDU y FONAVIPO, Ya que el mismo auditor señalo en el informe de auditoría que se encuentra a folios 57 de pieza principal, que el proceso se ha realizado de conformidad a la ley, pero que el no haberse efectuado el monitoreo le resta transparencia al proceso, pero es el caso que este principio se encuentra vinculado al de publicidad, el cual fue respetado por las publicaciones realizadas el 26 de mayo de 2006 que permitió a todas las personas que tuviera un interés legítimo de participar y examinar sobre la legalidad del mismo .por otra parte el principio de legalidad demanda que no puede imponerse sanción alguna si la misma no esta establecida en la ley , en todo caso debe ocurrir una relación de causalidad entre el comportamiento lesivo y la imposición de la sanción, constituyendo una incongruencia del juez a quo en el fallo, por lo tanto no puede ser aplicable el Art. 54 de la Ley de la Corte de Cuentas, motivo por el cual la sentencia debe de ser revocada, en el sentido de declarar libre de toda responsabilidad a la Arquitecto RHINA PATRICIA MORENO MOISSANT, antes DE ESMAHAN.

POR TANTO: Expuesto lo anterior, y de conformidad con los Art. 196 y 235 de la Constitución; 240 del Código de Procedimientos Civiles; 54, y 73 de la Ley de la Corte de Cuentas, y demás disposiciones citadas, a nombre de la República de El Salvador, esta Cámara **FALLA: I)** Revocase, la sentencia venida en grado y en consecuencia declárese libre de toda responsabilidad a la Arquitecto RHINA PATRICIA MORENO MOISSANT, antes DE ESMAHAN, en lo referente al cargo, periodo y situación relacionada en el preámbulo de la presente sentencia; **III)** Declárase ejecutoriada esta sentencia; líbrese la ejecutoria y el finiquito de Ley al

interesado; IV) Vuelva la pieza principal a la Cámara de origen con certificación de este fallo.- **HAGASE SABER.**







PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES PRESIDENTE Y MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN.




Secretario de Actuaciones

Exp. No. CAM-V-JC-031-2006
FONDO DE INVERSION SOCIAL
PARA EL DESARROLLO LOCAL
DE EL SALVADOR (FISDL)
HA (48)



**CORTE DE CUENTAS DE LA REPUBLICA
DIRECCION DE AUDITORÍA UNO
SECTOR ADMINISTRATIVO Y DESARROLLO ECONOMICO**

INFORME DE EXAMEN ESPECIAL

**AL PROCESO DE LICITACION No.02/2005, REALIZADO POR
FUNDASAL REFERENTE AL SUMINISTRO DE MADERA PARA LA
CONSTRUCCION DE 330 VIVIENDAS IN SITU EN LOS MUNICIPIOS
DE SAN RAFAEL OBRAJUELO, CUYULTITÁN, SAN JUAN TALPA Y
SANTA MARÍA OSTUMA, POR EL PERIODO COMPRENDIDO DE
MAYO A JUNIO DE 2005**

Francisco Rojas

SEPTIEMBRE DE 2005



INDICE

CONTENIDO	PAG.
I ANTECEDENTES	1
II OBJETIVO Y ALCANCE DEL EXAMEN	2
III RESUMEN DE LOS PROCEDIMIENTOS APLICADOS	2
IV RESULTADOS DEL EXAMEN	2
V CONCLUSIONES	7



Licenciado

JOSE ANDRES ROVIRA CANALES

Presidente del Consejo de Administración del
Fondo de Inversión Social para el Desarrollo Local,
Presente.

Hemos realizado Examen Especial al Proceso de Licitación Pública por Invitación No. 02/2005 "Suministro de Madera para la Construcción de 330 Viviendas In Situ en los Municipios de: San Rafael Obrajuelo, Cuyultitán, San Juan Talpa y Santa María Ostuma", realizado por la Fundación Salvadoreña de Desarrollo y Vivienda Mínima (FUNDASAL) y adjudicado a ASERRADERO EL TRIUNFO (Cardenal & Co.).

I. ANTECEDENTES DEL EXAMEN

El Fondo de Inversión Social para el Desarrollo Local (FISDL) está ejecutando el Programa de Apoyo a la Reconstrucción de El Salvador (PROARES) surgido del Convenio de Financiación Específico No. SLV/B7-3100/01/073, suscrito entre la Comunidad Europea, el Ministerio de Relaciones Exteriores, como Coordinador Nacional y el FISDL, como el beneficiario del Convenio, firmado el 15 de noviembre del 2001, para construir viviendas permanentes de carácter social, con enfoque integral a familias de escasos recursos, afectadas por los terremotos del 2001, que residen en los municipios de los Departamentos de Cuscatlán, La Paz y San Vicente.

De acuerdo al Plan Operativo Global, el FISDL para implementar este programa consideró suscribir convenios interinstitucionales de cooperación, con las instituciones involucradas e identificadas como participantes claves en el desarrollo e implementación del programa, como son el Viceministerio de Vivienda y Desarrollo Urbano (VMVDU), el Fondo Nacional de la Vivienda Popular (FONAVIPO) y el Instituto Libertad y Progreso (ILP). Dichas instituciones por sus competencias institucionales tienen diferente participación en el proceso de construcción de viviendas para Nuevos Asentamientos Organizados (NAO's) o de viviendas In Situ. Para la construcción de las viviendas, se requiere de la selección de empresas privadas con experiencia en dicho campo, las cuales serán contratadas por las instancias que están cofinanciando el proyecto, o por FONAVIPO para los casos en que la construcción de las viviendas, no forme parte de convenios previamente suscritos.

Para la ejecución del proyecto, el FISDL realizó un concurso para la adjudicación de fondos, seleccionando a FUNDASAL.

Posteriormente se elaboró un Convenio de Cofinanciamiento entre el FISDL, FONAVIPO, FUNDASAL y los Gobiernos Locales de los Municipios de Cuyultitán, San Rafael Obrajuelo, Santa María Ostuma y San Juan Talpa.



II. OBJETIVO Y ALCANCE DEL EXAMEN

Evaluar el proceso de Licitación No.02/2005 "Suministro de Madera para la construcción de 330 viviendas In Situ en los Municipios de: San Rafael Obrajuelo, Cuyultitán, San Juan Talpa y Santa María Ostuma", para verificar su legalidad, así como el grado de cumplimiento de las cláusulas contractuales, emitiendo el informe respectivo.

III. RESUMEN DE LOS PROCEDIMIENTOS APLICADOS

1. Analizamos los siguientes Convenios: a) de Financiación Específico No. SLV/B7-3100/01/073; b) de Cooperación Interinstitucional; y c) de Cofinanciamiento; todos relacionados con el proceso de licitación.
2. Examinamos los expedientes de los procesos de las licitaciones Nos. 01/2005 y 02/2005, relacionados con la adjudicación del suministro de madera.
3. Verificamos el grado de cumplimiento de las cláusulas del contrato, suscrito entre FUNDASAL y Cardenal y Compañía en Comandita Simple.
4. Verificamos si se han efectuado desembolsos por parte de FONAVIPO, en relación con el contrato antes mencionado.

IV. RESULTADO DEL EXAMEN

De la aplicación de los procedimientos anteriores, obtuvimos el resultado siguiente:

1. INCUMPLIMIENTO A CONVENIO

Comprobamos que el FISDL, no cumplió con el compromiso establecido en los convenios ni con sus procedimientos habituales, respecto a verificar la selección del contratista; no monitoreó ni dio seguimiento al Proceso de Licitación No.02/2005, relacionado con el suministro de madera.

El Convenio de Financiación Específico No. SLV/B7-3100/01/073, en las Disposiciones Técnicas y Administrativas de Ejecución, **romano IV.2**, establece: "La gestión de la ejecución del Proyecto se delega en forma total al FISDL, quien hará uso de sus procedimientos habituales contemplados en el Programa de Desarrollo Local y en el respectivo Manual Operativo para tal efecto".

El Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el FISDL, VMVDU y FONAVIPO, numeral 28, determina que el FISDL daría seguimiento al proceso de implementación del componente de vivienda, además sería responsable de coordinar y contratar la realización de auditorías financieras y de procesos. "Si como producto

de las auditorías resultaran observaciones que pongan en peligro la ejecución del programa, el FISDL podrá suspender cualquier transferencia de fondos”.

El Convenio de Cofinanciamiento entre FISDL, FONAVIPO, Gobiernos Locales y FUNDASAL, Cláusula Cuarta: Compromisos y responsabilidades, establece lo siguiente: **Numeral 35:** “Ser el coordinador general de la ejecución total del proyecto, y dar seguimiento a la ejecución integral del mismo en todos los aspectos (tanto técnicos, de procedimientos, como de recursos financieros y otros)”. **Numeral 37:** “Hacer un monitoreo de las acciones y procesos que se implementen en las diferentes etapas del proyecto y evaluar los avances y situaciones que se presenten durante la ejecución del mismo. Como resultado, de dicho monitoreo podrá realizar los peritajes técnicos que considere necesarios”. **Numeral 41:** “Coordinar y contratar la realización de auditorías financieras y de procesos, apoyar la realización de las misiones oficiales de la Unión Europea, así como cualquier inspección o evaluación adicional al proyecto que requiera el FISDL o los Entes de Tutela”.

Recomendación:

No se emite recomendación, debido a que las omisiones señaladas no pueden superarse.

COMENTARIOS DE LA ADMINISTRACION

La Gerencia General del FISDL en nota de fecha 25 de agosto del 2005, manifiesta:

- *Que la acción de monitoreo de los proyectos en sus diferentes etapas, es realizada por el FISDL en forma aleatoria ó cuando se recibe cualquier cuestionamiento a los procedimientos, para lo cual la institución cuenta con un sistema de denuncias.*
- *Por lo antes expuesto, se deduce que nuestra presencia en los diferentes proyectos no es permanente; la mecánica utilizada por el FISDL, a fin de llevar a cabo el monitoreo de sus procesos, es durante el desarrollo del mismo o en forma ex post, para la modalidad descentralizada, tal es el caso cuestionado.*
- *Asimismo, al hacer el análisis del caso, cabe mencionar que, el proceso de adquisición para el suministro de madera relacionado, fue concluido y se hizo la publicación de la adjudicación del ganador, el 26 de mayo de 2005 por parte de FUNDASAL. Fue hasta el 10 de junio de 2005 que aparece en La Prensa Gráfica, el objeto de cuestionamiento de la licitación, condición que fue considerada como una denuncia, producto del cual se inició la revisión con fecha 14 de junio. Como resultado de dicha revisión, se determinó deficiencia en el proceso de la adquisición del rubro de madera, para la construcción de viviendas, por lo cual se recomendó que este rubro no podía ser cancelado con fondos del FISDL, sobre la base de lo establecido en el Convenio de cofinanciamiento suscrito entre el FISDL, FONAVIPO Y FUNDASAL, el cual estipula en su cláusula CUARTA: COMPROMISOS Y RESPONSABILIDADES, romanos II COMPROMISOS DE FUNDASAL numeral 25, textualmente dice “FUNDASAL debe efectuar los*

procesos de adquisición y contratación que se realicen en el marco del presente convenio, según lo establecido en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP), en caso omiso no se le cancelará lo ejecutado”.

No omito manifestarle que, desde el momento en que se publicó la adjudicación de la licitación y hasta esta fecha, el FISDL no ha erogado, ningún desembolso para este rubro, el cual deberá ser absorbido por FUNDASAL”.

La Jefe del Departamento Legal del FISDL, en nota de fecha 1 de septiembre del 2005, amplía la respuesta dada el 25 de agosto del 2005, por la Gerente General, haciendo referencia a lo que señala el Descriptor de Puestos, en el romano V, que define las responsabilidades principales del Asesor Municipal (AMU) y además expresa lo siguiente: “La labor del AMU es de asesoramiento, monitoreo y acompañamiento a los procesos, tal como puede verse también en el manual operativo, cuyos fragmentos se anexan, en lo que se refiere a la participación del asesor en procesos de selección de contratistas, según la modalidad de ejecución (Centralizada o descentralizada).

En los proyectos centralizados los procesos de contratación son realizados por la ACI del FISDL y en los descentralizados existe el acompañamiento y monitoreo por parte del AMU para los procesos que realiza el actor local, quien es el responsable directo de llevar a cabo el ciclo de proyectos.

Como se establece en la política operativa P.4.48 del Manual de Procesos Operativos (MPO), en lo referente a la verificación de la selección del contratista, los AMUS no necesariamente están presentes en el momento de las aperturas y las evaluaciones de ofertas. En este punto cabe mencionar que, precisamente, uno de los objetivos que persiguen algunos entes financieros es crear capacidades y fortalecer la adquisición de conocimientos relativos a los procesos de contratación que realizan los actores locales, lo cual se logra mediante el mecanismo de la ejecución descentralizada.

En caso que el Asesor Municipal determine anomalías, solicita ayuda a Auditoría Interna para que se realice una revisión del proceso de licitación, según lo establece la política operativa P.4.49 del referido Manual de Procesos Operativos. Cuando Auditoría Interna efectúa la revisión del proceso, es después que la Unidad Ejecutora ha concluido en su proceso de licitación y ha resuelto la adjudicación respectiva. No se puede realizar mientras se desarrolla el proceso de apertura y evaluación de ofertas, sino se estaría incidiendo en la toma de decisiones.

PROGRAMA DE MONITOREO DE PROCESOS DE PROGRAMA PROARES

El monitoreo del programa PROARES se ha diseñado para realizarlo de forma aleatoria o ex post a través de las diferentes unidades de FIDSL y con el seguimiento directo de la supervisión asignada a cada proyecto.

La base de este monitoreo viene dado por la programación de actividades que la ONG presenta para su aprobación y seguimiento.

Se anexa una copia de ejemplo de esta programación, en la cual puede observarse que por ser un proyecto descentralizado todas las actividades están bajo la responsabilidad de la ONG ejecutora. En este anexo se han señalado las actividades en las que se esta apoyando en cuanto a la revisión de procesos, no obstante se reitera que previo al inicio se da una capacitación de procesos de contratación en base a la LACAP.

Todo el proceso que involucra la programación de actividades es monitoreada por la supervisión."

En notas de fecha 24 y 31 de agosto de 2005, la Fundación Salvadoreña de Desarrollo y Vivienda Mínima (FUNDASAL), solicita modificar el numeral 2 de la conclusión, eliminando el párrafo final, el haber adjudicado y contratado a la empresa Aserradero El Triunfo, S. A. de C. V., resta transparencia al proceso de licitación.

"Al respecto, consideramos que existe ambigüedad implícita.....Aducimos esto por tres razones:

- a) *El marco legal que garantiza la transparencia de la adquisición de bienes y servicios con fondos públicos es la ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Tal como reza el informe, en el proceso de la licitación FUNDASAL 02/2005 se cumplió con la misma; por tanto, la adjudicación está enmarcada dentro de la transparencia que promueve la ley;....FUNDASAL por su propia iniciativa agregó que bajo juramento, el ofertante o su representante legal declarará que no estaba imposibilitado para ofertar o contratar, de acuerdo a lo establecido en los artículos 25 y 26 de la misma Ley LACAP. Por otra parte, esa ley no exige que se deba investigar a cada uno de los ofertantes hasta el segundo grado de afinidad y cuarto grado de consanguinidad, que define el literal "c" del artículo 26."*

" ...

- c) *FUNDASAL no supo, en ningún momento antes de la adjudicación de la licitación FUNDASAL 02/2005, que Luis Gonzaga Cardenal Debayle, además de ser socio **del 10% de las acciones** de la S. en C. Cardenal y Cía., y representante Legal de la misma, era también cabeza de un Ministerio, de creación reciente. Por otra parte, en nuestro país algunas dependencias tienen bajo perfil; por tanto, el*



conocimiento de cada uno de sus funcionarios no es de estricto conocimiento público."

COMENTARIOS DE LOS AUDITORES

La Gerencia Legal del FISDL presentó copia del Manual de Procesos Operativos, en el cual observamos que el proceso 4. Ejecución, 4.2.2.1 Verificación de la Selección de Contratista, define como objetivo del mismo el siguiente: "Asesorar adecuadamente al Actor Local para que el proceso de selección, adjudicación y contratación cumpla con todos los requisitos de ley". Las Políticas Operativas, P.4.48. del mismo Manual, establecen: "El Asesor Municipal (AMU)/ Supervisor de Asistencia Técnica (SAT) no necesariamente estará presente en el momento de la apertura y evaluación de ofertas. Sin embargo, debe dar seguimiento a todo el proceso de adquisición que realiza el Actor Local, pudiendo cuestionar dicho proceso y recomendar detenerlo en cualquier etapa, de existir anomalías".

Además, FUNDASAL presentó al FISDL el Programa para la etapa II. Anexo 4, el cual indica en la FASE PREVIA AL PROCESO CONSTRUCTIVO, las actividades No. 17 Preparación de Términos de Referencia para la Licitación de Materiales y No. 18 Licitación de Suministros, con días específicos en que se realizarían dichas actividades.

Por lo anterior, el FISDL tenía que asesorar adecuadamente a FUNDASAL y dar seguimiento al proceso de selección, adjudicación y contratación, considerando además que el convenio de cofinanciamiento señalaba dentro de los compromisos y responsabilidades del FISDL ser el coordinador general de la ejecución total del proyecto y dar seguimiento a la ejecución integral del mismo. Ya que tenía conocimiento de la programación, con fechas de las actividades relacionadas con el proceso de licitación.

Durante la Auditoría, comprobamos que para la adquisición del componente relacionado con el suministro de madera, se dieron dos procesos de licitación, así: el primero bajo el número 01/2005, en el cual ofertó únicamente Inmobiliaria Lempa, con precios fuera de mercado; por lo que de conformidad con el Art. 63 de la LACAP se declaró desierto; en el Acta de Evaluación de Oferta consta la participación de dos supervisores del FISDL. El segundo, bajo el número 02/2005, en el cual únicamente presentó oferta la empresa Aserradero El Triunfo, a quien se le adjudicó dicho suministro; en este proceso no consta la participación de supervisores del FISDL.

Se suma a lo anterior, el hecho de que en nota de fecha 1 de septiembre del 2005, la Jefe del Departamento Legal del FISDL no menciona si asignaron Asesor Municipal y/o Supervisor de Asistencia Técnica, para el Proyecto que realiza FUNDASAL, por lo que no se evidencia un monitoreo efectivo en todo el proceso.

En cuanto a lo expresado por FUNDASAL respecto a la adjudicación del suministro de madera a favor de la empresa Aserradero el Triunfo, fue preciso hacer un análisis jurídico del Art. 26 de la LACAP que establece los impedimentos para ofertar. Acorde con ese análisis, hacemos las siguientes reflexiones y concreciones: Cuando el literal a) del mencionado artículo señala que los miembros del Consejo de Ministros, no podrán participar como ofertantes, es imprescindible relacionarlo y analizarlo con el literal b) del mismo artículo, para fijar su verdadero alcance y atender el espíritu de dicha disposición legal en todo su contexto. El literal b) expresa: "Los funcionarios y empleados públicos y municipales, en su misma institución, cuando en ellos concurra la calidad de..... representante legal del ofertante de las obras, bienes o servicios.....". Con esta redacción quedan incluidos los ministros y cualquier otro miembro del Consejo de Ministros, pues de lo contrario el legislador, hubiera iniciado la redacción diciendo: "Los demás funcionarios.....". En este caso, sí hubieran quedado excluidos de este literal b) los miembros del Consejo de Ministros. En consecuencia, los ministros o cualquier otro miembro del Consejo de Ministros pueden ofertar, como representante legal, siempre que no sea en su misma institución. Y la prohibición del literal a) se concreta a que los miembros del Consejo de Ministros, no podrán ofertar, como personas naturales, en ninguna institución.

V. CONCLUSION

De acuerdo al resultado obtenido, concluimos lo siguiente:

1. El FISDL no cumplió con el compromiso de monitorear las acciones y procesos que se implementan en las diferentes etapas del proyecto, así como dar seguimiento a la ejecución integral del mismo, como beneficiario del convenio.
2. No obstante que el proceso de Licitación Pública por Invitación No.02/2005, lo realizó FUNDASAL dentro del marco legal, el hecho de no haberse efectuado el monitoreo respectivo, le restó transparencia al proceso en referencia.
3. A la fecha del examen, FUNDASAL había recepcionado el 63.69 % del total de la madera contratada y FONAVIPO no había efectuado ningún desembolso, por ese rubro.
4. El literal a) del Art. 26 de la LACAP menciona a los Miembros del Consejo de Ministros, quienes no deben ni pueden ofertar, como personas naturales, en ninguna entidad, pero sí pueden hacerlo como representantes legales de las personas jurídicas ofertantes, siempre y cuando no sea en su misma institución, de conformidad al literal b) del mismo artículo.

El presente Informe se refiere únicamente al Examen Especial relacionado con el proceso de Licitación Pública por Invitación No.02/2005 "Suministro de Madera para

la construcción de 330 viviendas In Situ en los Municipios de: San Rafael Obrajuelo, Cuyultitán, San Juan Talpa y Santa María Ostuma", de conformidad con Normas de Auditorías Gubernamental emitidas por la Corte de Cuentas de la República, por lo que no expresamos opinión alguna sobre la totalidad del proyecto y los Estados Financieros tomados en su conjunto.

San Salvador, 19 de septiembre de 2005.

DIOS UNION LIBERTAD



Dirección de Auditoría Uno
Sector Administrativo y Desarrollo Económico.