

61-D-18

TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL: San Salvador, a las diez horas con cuarenta y cinco minutos del día veinte de agosto de dos mil dieciocho.

El día uno de junio de dos mil dieciocho, los señores ***** y ***** presentaron denuncia contra los señores José Elenilson Leonzo Gallo, Alcalde del Municipio de Intipucá, departamento de La Unión y Jennifer Rivas Navarrete, Gerente de dicha Alcaldía.

Al respecto, este Tribunal hace las siguientes consideraciones:

I. Según lo afirman los denunciantes, en mayo de dos mil dieciocho, los señores José Elenilson Leonzo Gallo y Rivas Navarrete, Gerente de dicha Alcaldía, realizaron las siguientes acciones:

- a) Contratación de empleados sin hacer el debido proceso.
- b) Contratación del señor ***** en la Unidad de Turismo por compromiso político.
- c) El Alcalde cambia los acuerdos que son adoptados por el Concejo Municipal.
- d) Despido de empleados sin justificación.

II. El poder sancionatorio que tiene este ente administrativo contralor de la ética en la Función Pública, ha sido habilitado constitucionalmente por el artículo 14 de la Constitución, siendo una potestad jurídicamente limitada por la ley, que constituye una de las facetas del poder punitivo del Estado.

De esta manera, el ejercicio de las facultades y competencias de este Tribunal, es un reforzamiento de los compromisos adquiridos por el Estado a partir de la ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Es así como el legislador, consciente de la importancia que el desempeño ético de la función pública reviste en un Estado de Derecho, estableció un catálogo de deberes que deben regir el actuar de todos aquellos que forman parte de la Administración Pública; además, de un listado de conductas que conforman materia prohibitiva para el proceder de estos sujetos.

No obstante ello, el artículo 81 del Reglamento de la LEG establece los supuestos que constituyen causales de improcedencia de la denuncia, siendo dos de ellos, que el hecho denunciado no constituya transgresiones a las prohibiciones o deberes éticos y que éste sea de competencia exclusiva de otras instituciones de la Administración Pública, de acuerdo a los términos establecidos en la letra b) y d) de la disposición aludida.

III. Para construir la línea argumentativa de la decisión que se adoptará por este Tribunal, deben exponerse los razonamientos relativos a la tipicidad y a la competencia de este ente para conocer de los hechos denunciados.

1. La potestad sancionadora de la Administración tiene tres elementos esenciales, a saber: “(i) es un poder que deriva del ordenamiento jurídico; (ii) tiene un efecto aflictivo,

porque su ejercicio trae como resultado la imposición de una medida de carácter aflictivo para el administrado, que puede consistir tanto en la privación de un derecho preexistente – sanción interdictiva– como en la imposición de una obligación pecuniaria; y (iii) tiene una finalidad represora, esto es, el castigo de conductas contrarias al orden jurídico a efecto de restablecerlo, a manera de un control social coercitivo en desarrollo del ius puniendi estatal ante infracciones catalogadas como administrativas –” (Sentencia de Inconstitucionalidad 175-2013 de fecha 3-II-2016, Sala de lo Constitucional). Ello implica que para que un ente administrativo pueda entablar un procedimiento sancionador, debe estar habilitado por ley, encontrándose en ésta, la delimitación de su ámbito de competencia.

2. El principio de *legalidad*, formulado en el artículo 86 inciso 3° de la Constitución, el cual establece que “Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”, “[...] impone el actuar riguroso de la Administración conforme lo que estipule la ley en cuanto a la creación de catálogo predeterminado, claro y preciso de las infracciones penales y administrativas. Del mismo devienen dos principios que han adquirido una clara autonomía en esta sede, el de *reserva legal* y de *tipicidad*” (Sentencia de Inconstitucionalidad 18-2008, de fecha 29-IV-2013, Sala de lo Constitucional). La reserva legal obliga a los regímenes administrativos sancionatorios a que las limitaciones a derechos fundamentales, deban realizarse únicamente mediante una ley formal –emanada de la Asamblea Legislativa–; lo que conlleva inevitablemente al respeto de la tipicidad, mediante la cual se configura la conducta regulada en la infracción administrativa, así como la sanción que corresponde a ésta.

Así, la definición inequívoca de la materia de deber o prohibición, es lo que permite a este Tribunal encajar los hechos planteados a una infracción determinada; sin embargo, existen casos en los cuales no es posible encontrar su adecuación dentro de las tipificaciones establecidas en la Ley, siendo ésta, una de las causales de improcedencia contempladas en el artículo 81 del Reglamento de la LEG; pues al encontrarse fuera de la materia de deber o prohibición delimitada para la ética pública, no es susceptible de control por parte de este ente.

3. La ética pública, si bien es un instrumento necesario de la Administración Pública, en tanto, orienta las acciones humanas, ésta se refiere “a la ética aplicada y puesta en práctica en el ámbito público” (Bautista, O., *Ética Pública y Buen Gobierno*, 1ª Edición, Instituto de Administración Pública del Estado de México, A.C., México, 2009, p.31).

Para considerar una posible infracción administrativa, deben existir elementos que indiquen un “comportamiento contraventor de lo dispuesto en una norma jurídica, ya sea por realizar lo prohibido o no hacer lo requerido (...)” (Sentencia 92-P-2000, de fecha 03-XII-2001, Sala de lo Contencioso Administrativo). Es decir, que la infracción, posee los componentes esenciales siguientes: “1) una acción u omisión que vulnera un mandato o prohibición legal; 2) la sanción; es decir, que el ordenamiento prevea una reacción de carácter

represivo; 3) Tipicidad, es decir, el hecho debe estar previsto y 4) Culpabilidad” (Sentencia 39-D-96, de fecha 29-VIII-1997, Sala de lo Contencioso Administrativo).

IV. 1. Con relación al primer hecho planteado, relativo a la “contratación de empleados sin hacer el debido proceso”, se advierte una posible ilegalidad en dichas contrataciones por no haberse aplicado la normativa interna respectiva para la selección y contratación del personal; ahora bien, es necesario aclarar que dentro de las prohibiciones tipificadas y sancionadas por la LEG, sobre este punto, únicamente se encuentra la relativa a *“Nombrar, contratar, promover o ascender en la entidad pública que preside o donde ejerce autoridad, a su cónyuge, conviviente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o socio, excepto los casos permitidos por la ley”*, regulada en el artículo 6 letra h) de la LEG, pero en este caso el informante anónimo solo refiere que ciertas contrataciones de empleados municipales se realizaron sin cumplir con el debido proceso, sin indicar las motivaciones por las que dichas personas fueron contratadas o si con alguna de estas personas contratado existen vínculos de parentesco por consanguinidad, afinidad o socio con algún miembro del Concejo Municipal o de la Alcaldía de Intipucá; por consiguiente, el hecho denunciado se encuentra fuera del ámbito de aplicación de esa prohibición ética.

2. Con respecto al hecho consiste en “la contratación del señor ***** en la Unidad de Turismo por compromiso político”. Es preciso establecer que -como ya se supra- el artículo 6 letra h) de la LEG establece como prohibición ética *“Nombrar, contratar, promover o ascender en la entidad pública que preside o donde ejerce autoridad, a su cónyuge, conviviente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o socio, excepto los casos permitidos por la ley”*, la cual está referida a sancionar el aprovechamiento de una posición de autoridad para conseguir empleo y otros favores a familiares o socios, lo cual constituye un tipo de corrupción conocida como nepotismo, que se caracteriza por realizar concesiones o contratar empleados con base en el favoritismo que proviene de las relaciones familiares, por la cercanía, y lealtad al gobernante o funcionario en cuestión, y no por mérito propio o capacidad del que pretende optar a un empleo.

Esta norma ética persigue evitar condiciones de desigualdad originadas por privilegios o favoritismos que generan la exclusión de otros grupos y por ende el funcionamiento deficiente en el desempeño de la función pública; y es que, la estructura orgánica del Estado no responde a interés particulares, que ya el elemento que garantiza la situación del servidor público es, en puridad, garantía de la realización del interés público (Resolución del 2/II/2015, referencia 112-D-13).

Así vista, dicha norma está orientada a castigar a todo aquel funcionario público que, abusando de su cargo, cometa las conductas descritas en la norma, en beneficio de personas con quienes posea un vínculo íntimo o cercano; sin embargo, en este caso los denunciantes

refieren que la contratación del señor ***** se realizó por “compromisos políticos”, quedando esta circunstancia excluida del ámbito de aplicación de la norma en comento.

En consecuencia, siendo que la potestad sancionadora de este Tribunal está sometida al principio de legalidad no se puede conocer ni sancionar conductas que no estén descritas en la Ley competencia de esta sede, por lo tanto, los hechos descritos son atípicos dentro de las delimitaciones realizadas por la Ley de Ética Gubernamental y no pueden ser fiscalizadas por este ente.

V. El principio de *legalidad* antes indicado, también presupone para los órganos estatales y entes públicos “(...) una vinculación positiva, en el sentido que se vuelve una norma rectora de la Administración Pública en virtud de la cual, toda actuación de ésta ha de presentarse necesariamente como ejercicio de un poder atribuido previamente por ley, la que lo construye, delimita y otorga fuerza vinculante a los actos administrativos. Es decir, que las diversas entidades administrativas que tienen como función realizar determinados fines públicos, deben someterse en todo momento a lo que la ley establezca para la realización de los mismos; debiéndose entender que tal sometimiento no se refiere exclusivamente a ley en sentido formal, sino a todas las normas o disposiciones jurídicas que le sean vinculantes a cada entidad administrativa, en función de los objetivos que persigue y para los cuales ha sido creada”. (Sentencia de Amparo 703-99, de fecha 26-XI-2001, Sala de lo Constitucional).

Lo anterior significa, “(...) que los actos y disposiciones de la Administración han de ser conformes a la ley y la Constitución, pues lo contrario constituiría una infracción al ordenamiento jurídico, que podría provocar una invalidez en su actuación. Así, se puede afirmar que el principio de legalidad que rige a la Administración Pública opera como una normativa legal de toda la actuación administrativa, en el sentido que su actuación será válida sólo si se ajusta a tal normativa previa; en otras palabras, el ordenamiento jurídico no sólo limita la actividad de la Administración, sino que le condiciona su propia existencia jurídica”. (Sentencia de Amparo 703-99, de fecha 26-XI-2001, Sala de lo Constitucional).

1. Referente al hecho que el señor José Elenilson Leonzo Gallo, “cambia” los acuerdos que son adoptados por el Concejo Municipal de la Alcaldía de Intipucá, es preciso determinar que este Tribunal no está facultado para controlar la idoneidad, legalidad o ilegalidad de las decisiones tomadas por un Alcalde y por un Concejo Municipal, sino más bien, determinar estas circunstancias sería una competencia atribuida a la Corte de Cuentas de la República, institución encargada de velar por la transparencia en la gestión pública y la fiscalización de las entidades y organismos que administran recursos del Estado, tal como lo disponen los artículos 1 y 5 número 1) de la Ley de la Corte de Cuentas de la República.

Por consiguiente, para el caso concreto, este ente no es el competente para establecer la legalidad o ilegalidad de las posibles decisiones adoptadas por el Alcalde de Intipucá, disímiles a las que ya han sido adoptadas previamente por el Concejo Municipal de esa

localidad, o si las mismas podrían ser constitutivas de algún delito, sino -como ya se indicó – la Corte de Cuentas o las autoridades judiciales en materia penal, según corresponda.

2. Finalmente, en cuanto a los supuestos despidos de empleados sin justificación, dichas actuaciones estarían relacionadas directamente con derechos laborales de los posibles empleados perjudicados, lo que conlleva una reclamación en materia laboral a fin de determinar si esos despidos efectivamente fueron realizados sin justificación alguna, lo cual es competencia exclusiva de otras instancias administrativas y jurisdiccionales con competencia en materia laboral.

No obstante, debe aclararse que la imposibilidad por parte de este Tribunal de ejercer control sobre los hechos denunciados, no significa que esas conductas no puedan ser evaluadas por otras autoridades, las que dentro de sus competencias determinarán las responsabilidades que correspondan; pudiendo los denunciados, si así lo estimaren pertinente, avocarse a las mismas, a fin de denunciar lo ocurrido.

De manera que la denuncia adolece de un error de fondo insubsanable que impide continuar con el trámite de ley correspondiente.

VI. Ahora bien, no obstante la imposibilidad de este Tribunal de conocer sobre el presente procedimiento administrativo, ello no significa que este ente avale los hechos denunciados, pues todo servidor público debe actuar conforme a los principios éticos, regulados en el artículo 4 de la LEG. Así, en todo procedimiento de contratación se debe atender siempre a la supremacía del interés público, igualdad, imparcialidad y lealtad, principios contenidos en el artículo 4 letras a), c), d) e i) de la LEG.

Lo anterior, debido a que la contratación, nombramiento y promoción del personal impacta directamente en la gestión pública; pues no solo supone una importante inversión en los fondos públicos, sino también influye decisivamente en la cobertura y calidad con que se prestan los servicios a los ciudadanos y demás usuarios.

En ese sentido, los sistemas de personal de las instituciones de la Administración Pública deben facilitar el ingreso de personas altamente preparadas, seleccionadas con base a sus méritos y mediante procedimientos transparentes; lo que constituye una herramienta de buena gestión pública que coadyuva a garantizar la integridad funcional y prevenir la corrupción (Resolución del 12/IX/2014, referencia 98-A-13).

A pesar que este ente administrativo ha señalado en varias ocasiones la imposibilidad de sancionar por transgresiones estrictamente a los principios de la LEG, esto no significa que los mismos puedan ser obviados; ya que el artículo en mención contiene la obligación de todas las personas sujetas a la Ley, a que sus actuaciones sean regidas por los principios regulados. De tal manera, en resolución del 13-09-2013 pronunciada en el procedimiento referencia 197-D-12, este Tribunal sostuvo que: *“La ética pública está conformada por un conjunto de principios que orientan a los servidores estatales y los conducen a la realización*

de actuaciones correctas, honorables e intachables, entre ellas el garantizar que el interés público prevalezca sobre el particular.”

Por tanto, y con base en los artículos 1, 5 y 6 de la Ley Ética Gubernamental y 81 letras b) y d) de su Reglamento, este Tribunal **RESUELVE:**

a) Declárase improcedente la denuncia presentada por los señores ***** y***** , contra los señores José Elenilson Leonzo Gallo, Alcalde del Municipio de Intipucá, departamento de La Unión, y Jennifer Rivas Navarrete, Gerente de dicha Alcaldía, por los hechos descritos en el considerando IV y V de la presente resolución.

b) Tiénese por señalada como lugar para oír notificaciones, la dirección que consta a f. 3 frente del expediente.

Notifíquese.

PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LA SUSCRIBEN
