

8-D-18

TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL: San Salvador, a las catorce horas del día veinticinco de enero de dos mil diecinueve.

La sociedad *****, que puede abreviarse *****, por medio de su Apoderado General Judicial, licenciado ***** presentó denuncia (fs. 1 al 2) y documentación adjunta (fs. 3 al 50), contra la señora Laura Estela Funes Elías, jefa de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales –UACI– de la Alcaldía Municipal del departamento y municipio de Usulután.

En el presente caso, el denunciante, en síntesis, indica que:

i) El día treinta y uno de diciembre del año dos mil diecisiete habría finalizado el contrato de suministro de agua suscrito entre la Alcaldía Municipal de Usulután y la sociedad *****; y el día tres de enero del presente año, ejecutivos de venta de dicha sociedad se habrían presentado a la UACI de la mencionada Alcaldía, con el objeto de consultar si se prorrogaría ese contrato, de lo cual la señora Funes Elías les habría manifestado que “ya habían licitado y Adjudicado el suministro de agua” (sic) de esa institución.

ii) No se habría puesto a disposición pública la versión virtual de la licitación antes aludida, y afirma el denunciante que lo más grave es que esa institución <<teniendo pleno conocimiento que la marca de fábrica “*****”>> (sic) sería de la sociedad denunciante, le habría permitido a la sociedad ***** que participara cotizando “*****”.

iii) Solicita que se lleve una “profunda investigación por las irregularidades cometidas por la UACI (...) ya que no se publicó adecuadamente la licitación” [sic], y que se habría permitido participar y cotizar a una empresa que habría utilizado ilegalmente la marca de agua “*****”, de lo cual tendría conocimiento la Alcaldía Municipal de Usulután.

iv) Se habría favorecido económicamente a ***** a través de su marca “*****” (sic), utilizando con o sin consentimiento de “relleno legal” (sic) a la sociedad ***** con el que cumpliría el requisito de adjudicación.

Al respecto, este Tribunal hace las consideraciones siguientes:

I. El artículo 81 letra d) del Reglamento de la LEG establece como supuesto que constituye una causal de improcedencia de la denuncia, que “*el hecho denunciado sea de competencia exclusiva de otras instituciones de la Administración Pública*”.

Por lo que, toda conducta u omisión constitutiva de infracción administrativa debe estar descrita con claridad en una norma, por ende, la facultad sancionadora de esta institución se restringe únicamente a los hechos contrarios a los deberes y prohibiciones éticos regulados por la LEG, ya que la potestad sancionadora de la Administración Pública, es un poder que deriva del ordenamiento jurídico, encontrándose en la ley la delimitación de su ámbito de competencia.

El principio de *legalidad*, “[...] impone el actuar riguroso de la Administración conforme lo que estipule la ley en cuanto a la creación del 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 del 29-IV-2013, Inc. 18-2008, 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 esta. La definición inequívoca de la materia de deber y prohibición es lo que permite a este Tribunal encajar los hechos planteados a una infracción determinada.

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

1. Dentro de las conductas denunciadas atribuidas a la señora Laura Estela Funes Elías, jefa de la UACI de la Alcaldía Municipal del departamento y municipio de Usulután se encuentra el incumplimiento en el procedimiento legal de la licitación y adjudicación del contrato de suministro de agua de esa institución correspondiente al año dos mil dieciocho, en la cual resultó ganadora la sociedad *****; pues, no estuvo a disposición pública la versión virtual de la licitación antes aludida, es decir, que dicha sociedad habría sido contratada vulnerando todos los procedimientos y requisitos exigidos por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública –LACAP–.

Es preciso acotar, que “el proceso de libre gestión aunque es un procedimiento simplificado por medio del cual las instituciones seleccionan al contratista que les proveerá obras, bienes, servicios o consultorías, y que contiene una serie de particularidades, es una modalidad de contratación que sigue el régimen general de las contrataciones del sector público en los aspectos relativos a la preparación, adjudicación, perfección y formalización contractual.

Por otra parte, dentro de los principios rectores en los procesos de contratación administrativa, se encuentra el de publicidad. Tal principio implica, por un lado, la proscripción de reserva o secreto de lo concerniente al proceso de contratación –en todas sus fases–; pero además, supone la adopción de los mecanismos idóneos, disponibles para difundir oportunamente la cuestión.

La Administración Pública en los procedimientos de Libre Gestión, de conformidad con la LACAP –artículo 68– tiene que publicar las convocatorias y sus resultados en el Registro del Sistema Electrónico de Compras Públicas [de El Salvador –COMPRASAL–]” (*sentencia del 22-VI-2017 emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de referencia 92-2013*).

Ahora bien, según informe relacionado en el considerando I, se ha verificado que el proceso de libre gestión de suministro de agua en garrafones y botellas aludido por del denunciante fue ingresado y publicado en el registro del sistema de COMPRASAL durante el período comprendido desde el día catorce al veinte de noviembre de dos mil diecisiete con el correlativo 20170053 (fs. 23 y 43).

No obstante lo anterior, las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios de la administración pública se deben regir por principios y valores tales como publicidad, ética y transparencia (Art. 1 LACAP), el procedimiento de la planificación, adjudicación, contratación, seguimiento y liquidación de dichas adquisiciones, corresponde exclusivamente a cada institución. De manera que, ante una mera inconformidad con estos procedimientos que no se vinculan con los deberes y prohibiciones éticas, el ofertante o contratista afectado debe seguir los mecanismos de control establecidos en la referida norma, impugnando el acto que le cause agravios ante el funcionario que dictó el acto.

En ese sentido, este Tribunal no se encuentra facultado para determinar si los procedimientos y requisitos exigidos por la LACAP fueron cumplidos en el caso concreto, ya que *“la interpretación y aplicación de los enunciados legales que rigen los trámites de un determinado procedimiento es una actividad cuya realización le corresponde exclusivamente a aquellos funcionarios o autoridades que se encuentran conociendo el asunto sometido a su decisión (...)”* (Resolución de fecha 27-X-2010, Amparo 408-2010, Sala de lo Constitucional); debiendo precisarse que este Tribunal no puede exceder las atribuciones que se encuentran delimitadas por la LEG; por lo que, todo actuar fuera de ellas, podría invadir el ámbito de competencia exclusivo de otras autoridades.

Consecuentemente, este ente administrativo no tiene competencia para conocer de la referida conducta, pues no es posible adecuarla a ninguno de los deberes o prohibiciones éticas tipificados en los Arts. 5, 6 y 7 de la LEG.

2. En cuanto al hecho que la sociedad ***** utilizó la marca denominada ***** sin la autorización correspondiente de su titular, sociedad Embotelladora ***** para ello; y, que las autoridades de la Alcaldía Municipal de Usulután tuvieron conocimiento de dicha situación; lo cual –según el informante– favoreció económicamente a la sociedad ***** para que le fuera adjudicado el contrato antes referido;- es preciso acotar como ha sido expresado en el párrafo supra, que la competencia en materia sancionadora que tiene este Tribunal se limita al incumplimiento de los deberes y prohibiciones éticas contenidos en la LEG; por lo tanto, ante una eventual utilización de marcas comerciales sin el permiso o licencia respectiva –en todo caso– dichas pretensiones deben ser planteadas ante la instancia correspondiente, a quien compete privativamente el conocimiento de esa materia.

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

No obstante lo anterior, la imposibilidad por parte de este Tribunal de controlar la actuación de la denunciada no significa una desprotección de los bienes jurídicos que pudieran verse comprometidos sino únicamente que deberán ser otras instancias las que, dentro de sus competencias, evalúen y determinen las responsabilidades que correspondan, pudiendo el denunciante, si así lo estima pertinente, avocarse a las mismas a fin de denunciar lo ocurrido.

En consecuencia, conforme a lo regulado en los artículos 5, 6 y 7 de la LEG, las conductas atribuidas a la denunciada son atípicas, y por ende, no pueden ser fiscalizadas por este Tribunal.

Por tanto, y con base en los artículos 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 el licenciado ***** en su calidad de Apoderado General Judicial de la sociedad ******, contra Laura Estela Funes Elías, jefa de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales de la Alcaldía Municipal del departamento y municipio de Usulután. b) *Tiéñense* por señalados como lugar para oír notificaciones, el medio técnico y la dirección física que constan a folio 2 del presente expediente.

Notifíquese.

PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LA SUSCRIBEN