

73-D-17

TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL: San Salvador, a las once horas con cincuenta y cinco minutos del día dieciséis de abril de dos mil dieciocho.

Por agregado el escrito suscrito por el licenciado *****, Apoderado General Judicial con Facultades Especiales de la doctora *****, Ministra de Salud, el día quince de febrero de dos mil dieciocho.

Al respecto, se hacen las siguientes consideraciones:

I. Mediante resolución de fecha veintinueve de enero de dos mil dieciocho (f. 197) se previno al licenciado ***** que, en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente al de la comunicación respectiva, indicara claramente las funciones del cargo que desempeña la señora León Flores, como Auxiliar de Auditoría del Ministerio de Salud y la vinculación de éstas con los procesos de contratación de la sociedad *****, S.A.

En este sentido, manifiesta el licenciado ***** que con el fin de cumplir con la prevención realizada anexa copia certificada del Manual General de Descripción de Puestos de Trabajo, Tomo I, código 108, numeral cuatro, específicamente, lo relativo a la funciones básicas del cargo de Auxiliar de Auditoría, el cual se encuentra agregado de fs. 202 al 206.

II. De lo anterior, es preciso relacionar que el denunciante señaló que “(...) ha tenido conocimiento a través del Informe de Auditoría de Examen Especial, efectuado a los Procesos de Adquisiciones, Adjudicación y Contratación de los Servicios de Intermediario (Corredor de bolsa) por Libre Gestión, y los ‘Servicios de Intermediario (Corredor de bolsa), ante la Bolsa de Productos y Servicios de El Salvador’, respecto al conflicto de intereses, por haber ofertado y contratado el Ing. ***** en calidad de representante legal de la Sociedad *****, siendo cónyuge de la Licda. Blanca Arell León Flores, siendo esta última empleada del Ministerio de Salud” (sic).

Según la denuncia, la denunciada, funge como Auxiliar de Auditoría del Ministerio de Salud, quien presta sus servicios desde el mes de noviembre de 1995 hasta la actualidad dentro de dicha institución.

Por lo que, de acuerdo al denunciante dado que se suscribieron contratos entre la sociedad ***** y el Ministerio de Salud, en los años dos mil doce, dos mil trece, dos mil catorce, dos mil quince y dos mil dieciséis, en cuyos años la licenciada León de Olivares era empleada activa, ha transgredido el deber ético regulado en el art. 5 letra c) de la LEG.

Además, consta a f. 205 las funciones básicas del cargo de Auxiliar de Auditoría del Ministerio de Salud, según el Manual General de Descripción de Puestos de Trabajo, sin embargo, al verificar las mismas, no se encuentran relacionadas con los Procesos de Adquisiciones, Adjudicación y Contratación.

Finalmente, refiere el licenciado ***** que la vinculación de la licenciada Blanca Arell León Flores o Blanca Arell León de Olivares en los procesos de contratación que se encuentran en discusión, está dada por el apartado 5.2. del Manual referido, el cual enuncia el marco legal de referencia para actuación de la servidora pública, encontrándose la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

III. Los hechos antes relacionados no pueden ser controlados por este Tribunal, ya que la potestad sancionadora de la Administración Pública, es un poder que deriva del ordenamiento jurídico; es decir, 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.

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; 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 art. 81 del RLEG; pues al encontrarse fuera de la materia de deber y prohibición delimitada para la ética pública, no es susceptible de control por parte de este ente.

En este sentido, debe acotarse que el conflicto de interés referido en el deber ético regulado por el art. 5 letra c) de la LEG, hace referencia a que en “el carácter patrimonial (...) el funcionario a través de intervención en el caso tiene posibilidades de incrementar su patrimonio o evitar una pérdida. Acerca del carácter -personal y substancial- de la participación del funcionario (...) el término personal supone por su parte dejar fuera aquellos asuntos no resueltos personalmente por el funcionario aunque estén bajo su competencia”. (Arroyo, L. y Nieto, A., *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2006, p. 114). Por tanto, lo que se busca con el cumplimiento de este deber ético, es que el servidor o funcionario público realice un comportamiento destinado a mitigar el conflicto de interés, v.gr., de la excusa por parte del que tiene un conflicto de interés, absteniéndose de conocer del caso planteado ante su conocimiento.

Ahora bien, la excusa es una herramienta mediante la cual el servidor público, al advertir un posible conflicto de interés, por iniciativa propia se *separa de la tramitación de un asunto* en el cual le corresponde participar, evitando intervenir en el mismo, con el fin de garantizar la imparcialidad de sus actuaciones.

Ciertamente, este mismo Tribunal ha establecido en otros procedimientos que “(...) la *excusa* es el acto formal en virtud del cual el servidor público se abstiene de conocer, intervenir o influir en determinado asunto, vinculado con un acto o procedimiento administrativo, por considerar él mismo que existe un impedimento razonable y comprobable que perturbará su imparcialidad al momento de tomar una decisión sobre dicha cuestión – como el interés personal en el tema o la relación de parentesco con los interesados–, en detrimento del interés general.

Se trata entonces de un acto del servidor estatal en cumplimiento de *una obligación de no hacer*, de no intervenir en el procedimiento administrativo, por estimar que su interés particular determinará la voluntad de la administración en los actos en los que participe, orientándola a satisfacer intereses ajenos a los institucionales”.

Sin embargo, en el caso bajo conocimiento se advierte de los contratos adjuntos, que en ellos participa la Ministra de Salud y el Contratista, no así la Auxiliar de Auditoría, es decir, que no estuvo a cargo de la licenciada León de Olivares la decisión de contratación de su cónyuge. Debiendo aclarar que el deber ético regulado en el art. 5 letra c) de la LEG y la prohibición ética establecida en el art. 6 letra h) de la LEG, se configuran a través de la concurrencia de la totalidad de elementos subjetivos y objetivos del tipo; es decir, que no basta con la simple existencia del vínculo de afinidad aludido.

Por otra parte, en cuanto al establecimiento de impedidos para ofertar establecidos en el artículo 26 letra c) de la LACAP, si bien establece la prohibición de participación del cónyuge, para los servidores y funcionarios públicos específicos ahí determinados, sin embargo, no corresponde a este ente verificar el incumplimiento de dicha normativa.

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

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 el denunciante, si así lo estimare 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.

Por tanto, y con base en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley Ética Gubernamental y 81 letra b) y d) del Reglamento de dicha Ley, este Tribunal **RESUELVE:**

Declárase improcedente la denuncia interpuesta por el licenciado ***** , Apoderado General Judicial con Facultades Especiales de la doctora ***** , Ministra de Salud, contra la licenciada Blanca Arellí León de Olivares o Blanca Arellí León Flores, Auxiliar de Auditoría de la Unidad de Auditoría Interna del Nivel Central del Ministerio de Salud.

Notifíquese.-

PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN