

La presente resolución en su versión original contiene datos personales y elementos de carácter confidencial. En ese contexto, es oportuno proteger la esfera privada de sus titulares. En tal sentido, conforme a lo establecido en el artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública, se extiende la siguiente versión pública: 0000197

139-A-15

TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL: San Salvador, a las once horas con cincuenta minutos del día veintiocho de enero de dos mil diecinueve.

El presente procedimiento inició mediante aviso interpuesto el día dieciséis de octubre de dos mil quince, contra el licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez, Jefe del Departamento de Asesoría Legal de la Alcaldía Municipal de San Miguel.

Considerandos:

I. Antecedentes

a) Hechos objeto del procedimiento

Al investigado se le atribuye la posible infracción a la prohibición ética de “Realizar actividades privadas durante la jornada ordinaria de trabajo, salvo las permitidas por la ley”, regulada en el artículo 6 letra e) de la Ley de Ética Gubernamental (LEG), quien, según el informante anónimo, siendo Jefe del Departamento de Asesoría Legal de la Alcaldía Municipal de San Miguel, desde julio del año dos mil quince hasta mayo de dos mil dieciséis, habría laborado simultáneamente en la Universidad Gerardo Barrios -UGB- y en una oficina jurídica de su propiedad.

b) Desarrollo del procedimiento

1. Por resolución de las diez horas cincuenta y cinco minutos del día veinticinco de febrero de dos mil dieciséis, se ordenó la investigación preliminar y se requirió informe al Concejo Municipal de San Miguel (f. 2).

2. En resolución del dieciséis de mayo de dos mil dieciséis, se decretó la apertura del procedimiento administrativo sancionador contra el servidor público investigado y se le concedió el plazo de cinco días hábiles para que ejerciera su derecho de defensa (f. 53).

3. Con el escrito presentado el día trece de junio de dos mil dieciséis, el investigado ejerció su derecho de defensa y adjuntó prueba documental (fs. 55 al 63).

4. En resolución del día ocho de noviembre de dos mil dieciséis, se abrió a pruebas el procedimiento y se comisionó a la licenciada Nancy Lissette Avilés López como instructora (f. 64).

5. Con el informe de fecha diez de enero de dos mil diecisiete la instructora designada incorporó prueba documental (fs. 67 al 160).

6. Mediante resoluciones del veinte de febrero y dieciocho de octubre, ambas fechas del año dos mil dieciocho, se requirió prueba para mejor proveer (fs. 161 y 166).

7. Por resolución de las doce horas del día once de diciembre de dos mil dieciocho, se concedió al investigado el plazo de tres días para que presentara las alegaciones que estimase pertinentes (f. 190).

8. En el escrito presentado el día catorce de diciembre de dos mil dieciocho, el investigado solicitó el plazo de dos días adicionales al otorgado para consultar el expediente (f. 193).

9. Mediante escrito de fecha dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho, el investigado alegó que no son ciertos los hechos acusados y que por la demora en el trámite del procedimiento se le han violentado derechos y garantías procesales legales y constitucionales.

Señala que en el procedimiento hay una serie de incongruencias sobre los hechos acusados que conllevan a generar una duda razonable a su favor, tales como las fechas de las infracciones.

Afirma que “se observa que el foliado del expediente ha sido manipulado en más de una ocasión”, obviando con ello darle cumplimiento al mandato señalado en los artículos 84 letra c) del Reglamento de la LEG y 216 del CPCM, este último que indica que toda resolución debe ser motivada y fundamentada.

Considera que se han vulnerado los artículos 3 del CPCM, 3 de la Cn., y 88 del Reglamento de la LEG, que establece el plazo de quince días hábiles para realizar la actividad probatoria; por lo cual sostiene que desde la apertura del procedimiento realizada el dieciséis de mayo de dos mil dieciséis han transcurrido más de dos años sin que el mismo haya finalizado, infringiendo así el principio de celeridad procesal, generando en su contra daño moral y material por violaciones al debido proceso (fs. 195 y 196).

II. Consideraciones sobre los alegatos planteados por el investigado.

El *iter* lógico del presente punto se desarrollará en el siguiente orden: 1) Primeramente, se efectuarán consideraciones sobre el debido proceso; 2) en seguida, es relevante ilustrar sobre el principio de presunción de inocencia; 3) también, se desarrollará el principio de celeridad procesal; 4) se analizará el derecho a la motivación; y 5) se explicará el rol del Tribunal y la imposibilidad de manipular un expediente.

1. Jurisprudencialmente, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que el debido proceso “(...) supone no solamente el deber de la Administración de escuchar al administrado sino que además el derecho a la concurrencia de una serie de garantías procesales o procedimentales, según sea el caso.

La garantía de audiencia es de carácter absoluto, por lo que nadie puede ser privado de cualquiera de sus derechos sin haber sido oído y vencido en juicio, su esencia es en consecuencia: la precedencia del juicio al acto de privación o afectación de la esfera jurídica del administrado.

En concordancia con lo anterior, en sede administrativa el debido proceso debe enfocarse principalmente en respetar al administrado el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías. El debido proceso encuentra concreción cuando los administrados plantean sus alegatos y tienen una real oportunidad de probarlos y, consecuentemente, son tomados en cuenta en la formación de la decisión administrativa” (Sentencia ref. 171-2006 del 13/X/ 2008).

En el transcurso del presente procedimiento, debe recalcarse que se ha respetado el derecho de defensa y la garantía de audiencia del servidor público investigado, las resoluciones pronunciadas en esta sede se han emitido con estricta observancia de la LEG y su Reglamento, y el mismo ha tenido todas las oportunidades procesales de objeción y defensa conforme al principio de legalidad que la misma LEG establece.

2. Según el principio de presunción de inocencia, toda persona sometida a un proceso o procedimiento debe ser considerada inocente y mantenerse como tal mientras no se determine su culpabilidad por sentencia definitiva condenatoria, todo ello con respeto a los principios constitucionales procesales. De ahí que es posible afirmar que se vulnera la presunción de inocencia cuando las personas son privadas de sus derechos por aplicaciones automáticas y aisladas de presunciones de culpabilidad.

Adicionalmente, la única manera de desvirtuar la presunción de inocencia es con elementos probatorios que permitan concluir con certeza la existencia de los hechos objeto de denuncia, para lo cual el Tribunal debe desplegar una actividad investigativa y de recolección de pruebas. Sólo así se puede garantizar una resolución final motivada en la que puedan analizarse en su conjunto los elementos de cargo y descargo obtenidos.

Ahora bien, durante el transcurso del procedimiento, se ha garantizado plenamente la presunción de inocencia del licenciado Zelaya Henríquez pues ha tenido real conocimiento de todas las actuaciones que ha realizado este Tribunal y se le han notificado todas las resoluciones pronunciadas por el mismo.

3. Respecto del principio de celeridad procesal, es preciso retomar los elementos que la jurisprudencia constitucional ha fijado para determinar si el plazo de tramitación de un proceso - o, de igual forma, de un procedimiento administrativo sancionador- puede estimarse razonable, a saber: a) la complejidad del asunto: la complejidad fáctica y jurídica del caso y las propias deficiencias técnicas del ordenamiento jurídico, pueden ocasionar dilaciones en el transcurso de los plazos legales, sin embargo, tales dilaciones no merecerán el carácter de indebidas; b) el comportamiento del recurrente: tampoco merece el carácter de indebida la dilación que haya sido provocada por el propio litigante (en este caso el investigado), si por ejemplo ha ejercitado los medios de impugnación que le asisten conforme a la ley, o si se ha interrumpido el curso del procedimiento cuando plantea cuestiones incidentales o suspensiones injustificadas o cuando su conducta prescinda de la diligencia necesaria para la rápida tramitación de la causa y c) la actitud del órgano decisor, referida a si las dilaciones en el proceso obedecen a la inactividad de este, que sin causa de justificación, dejó transcurrir el tiempo sin emitir la decisión correspondiente.

En ese sentido, se destaca que a este Tribunal le compete prevenir y detectar las prácticas corruptas y sancionar los actos contrarios a los deberes y prohibiciones regulados en los artículos 5, 6 y 7 de la LEG, por lo que su labor del combate de un fenómeno tan grave como la corrupción, es clave en la consolidación de un Estado de Derecho.

Ahora bien, la potestad sancionadora atribuida a este Tribunal como a cualquier ente administrativo no es absoluta, es por ello que este Tribunal la ejerce aplicando en todos los casos los principios del Derecho Administrativo Sancionatorio, que encausan las actuaciones en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado pero, principalmente, en garantía de los derechos de los administrados.

Por ello, es de concluir que por obligación legal los procedimientos administrativos sancionadores sujetos a conocimiento de esta sede, se tramitan, se analizan y resuelven con la debida responsabilidad, imparcialidad y objetividad.

Así, se aclara que el trámite de cada procedimiento administrativo sancionador avanza según la complejidad del caso, la naturaleza de los hechos investigados y las normas que se atribuyen a los presuntos infractores, entre otros factores, por supuesto siempre cumpliendo todas las etapas del procedimiento, y en cada uno se pide la documentación pertinente.

En otros términos, este Tribunal procura utilizar los recursos humanos y materiales con los que cuenta para dar impulso a todos los procedimientos que se encuentran en curso y dar así respuesta a las expectativas de los administrados y definir la situación jurídica de los investigados.

Por último, cabe señalar que si bien la LEG no establece el plazo en el que debe culminarse el trámite del procedimiento administrativo, ni el que ha de transcurrir entre sus diferentes etapas, sino que únicamente determina los plazos para desarrollar algunas de éstas, ello no es interpretado por este ente como una habilitación para prolongar desmedidamente en el tiempo la duración de cada caso sometido a su conocimiento, ni es utilizado a efecto de inobservar y evadir la legalidad, sino que, por el contrario, tal flexibilidad ha conducido a potenciar la investigación de las prácticas que atentan contra la debida gestión de los asuntos públicos y que pueden constituir actos de corrupción.

De esta manera, debe precisarse al licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez que en el presente caso se han cumplido las etapas correspondientes; y que el período probatorio de veinte días hábiles sí se efectuó conforme al art. 88 inc. 1º del Reglamento de la LEG.

4. El derecho a la motivación forma parte de una de las aristas del derecho a la protección jurisdiccional, que en términos generales, consiste en la oportunidad de conocer los razonamientos necesarios que llevaron a una autoridad –judicial o administrativa– a tomar una decisión sobre una situación específica. De tal manera, lo que se persigue con la motivación y fundamentación de las decisiones sean judiciales o administrativas es la exposición de “la explicación de las razones que mueven objetivamente a la autoridad a resolver en determinado sentido, es su observancia que reviste especial importancia; en virtud de ello, exige un juicio de reflexión razonable y justificable sobre la normativa legal aplicable, por lo que no es necesario que la fundamentación sea extensa o exhaustiva, sino más bien basta que ésta sea concreta y clara, caso contrario, al no exponerse las razones en las que se apoyen los proveídos de la autoridad, no pueden las partes observar el sometimiento de los funcionarios a la ley, ni tener la oportunidad de ejercer los medios de defensa a través de los instrumentos procesales específicos” (Sentencia de Amparo 308-2008, de fecha 30-IV-2010).

Ahora bien, todas las resoluciones pronunciadas por este Tribunal dentro del presente procedimiento administrativo sancionador, ha permitido al investigado conocer las razones o motivos por los cuales se ha adoptado una decisión específica y se ha aplicado la norma del caso

concreto, asegurando, una decisión prevista en la ley y la Constitución, posibilitando una adecuada defensa.

5. Finalmente, el licenciado Zelaya Henríquez afirma que “(...) el foliado del expediente ha sido manipulado en más de una ocasión (...)”.

Ahora bien, debe enfatizarse que a este Tribunal le compete prevenir y detectar las prácticas corruptas y sancionar los actos contrarios a los deberes y prohibiciones regulados en los artículos 5, 6 y 7 de la LEG, por lo que su labor del combate de un fenómeno tan grave como la corrupción, es clave en la consolidación de un Estado de Derecho.

Por ello, es de concluir que por obligación legal los procedimientos administrativos sancionadores sujetos a conocimiento de esta sede, se tramitan, se analizan y resuelven con la debida responsabilidad, imparcialidad y objetividad.

En consecuencia, y con base también en los principios éticos que rigen la actuación de este Tribunal, principalmente el de legalidad establecido en el art. 68 letra a) del Reglamento de la LEG, puede afirmarse que en todos los procedimientos administrativos sancionadores subyace *un interés legítimo en llegar a la verdad del asunto*, en respeto pleno de la Constitución y leyes aplicables.

En virtud de lo anterior, no es posible que el foliado de este expediente haya sido “manipulado”, en el entendido que se hayan cambiado o sustituido folios deliberadamente, pues ello contraviene los principios que rigen la actuación de este Tribunal, cuyo único propósito es en este y todos los procedimientos, analizar los hechos planteados, la prueba vertida y emitir la decisión que corresponde.

Además, materialmente no se aprecia ninguna alteración en la numeración de los folios, de forma tal que dicho argumento debe descartarse.

III. Prueba aportada

La prueba que ha sido aportada y que será objeto de valoración es la siguiente:

1) Copia simple de planilla mensual de pago a empleados de la Alcaldía Municipal de San Miguel, entre los que figura el investigado (fs. 15 al 29).

2) Copia simple de constancia extendida por la Jefe del Departamento de Administración Tributaria Municipal de la Alcaldía Municipal de San Miguel (f. 60).

3) Copia simple de constancia emitida por el Jefe del Departamento de Cuentas Corrientes de la Alcaldía Municipal de San Miguel (f. 61).

4) Copia certificada del acuerdo número tres consignado en acta número siete de la sesión extraordinaria del Concejo Municipal de San Miguel celebrada el día quince de junio del año dos mil quince, en el cual se nombró al licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez como Jefe del Departamento de Asesoría Legal de la Alcaldía de San Miguel (f. 73).

5) Certificación de acuerdo número dieciocho adoptado el veinticinco de enero del año dos mil dieciséis plasmado en el acta número tres, de la sesión extraordinaria de Concejo Municipal

de San Miguel del veinticinco de enero de dos mil dieciséis, en el que se refrendó el nombramiento de los Jefes de Departamento, entre ellos el licenciado Zelaya Henríquez (fs. 74 y 75).

6) Copia certificada de descripción del puesto de “Jefe de Asesoría Legal” (fs. 76 al 78).

7) Constancia emitida el tres de julio del año dos mil quince por el Alcalde Municipal de San Miguel respecto a la exoneración de marcas de asistencia al licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez (f. 79).

8) Copia certificada de permisos, licencias, incapacidades solicitadas durante el período junio dos mil quince a mayo de dos mil dieciséis por el licenciado Zelaya Henríquez (fs. 80 al 82).

9) Constancia laboral del investigado extendida el día veinte de diciembre del año dos mil dieciséis por la Directora de Desarrollo Humano de la UGB (f. 112).

10) Constancias emitidas el doce de febrero del año quince por la Contadora de la UGB, respecto a los ingresos devengados durante los años dos mil quince y dos mil dieciséis por el licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez (fs. 113 al 116).

11) Copia certificada de contrato de prestación de servicios profesionales por hora clases ciclo I-2016 suscrito el día dieciocho de julio del año dos mil dieciséis entre el licenciado Zelaya Henríquez y la UGB [REDACTED].

12) Copia certificada de contrato de prestación de servicios profesionales por hora clases ciclo II-2016 suscrito el día veinticinco de enero del año dos mil dieciséis entre el licenciado Zelaya Henríquez y la UGB [REDACTED].

13) Copia certificada de contrato individual de trabajo de fecha uno de julio del año dos mil quince del licenciado Zelaya Henríquez con la UGB como docente a tiempo completo E [REDACTED].

14) Copia certificada de contrato individual de trabajo de fecha tres de septiembre del año dos mil quince del licenciado Zelaya Henríquez con la UGB como docente a tiempo completo (f. [REDACTED]).

15) Copia certificada de registro de carga académica ciclos I-2015, II-2015, I-2016 y II-2016 asignada al licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez como docente a tiempo completo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UGB (fs. 122 al 125).

16) Copia certificada de liquidación de indemnización de fecha veintiuno de enero del año dos mil dieciséis por servicios prestados a la UGB hasta el diecinueve de enero del año dos mil dieciséis, por el licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez por la cantidad de US\$1438.85, adjuntos los recibos de pago correspondientes (fs. 126 al 128).

17) Copia certificada de escrito de fecha veintitrés de junio del año dos mil quince suscrita por el investigado, solicitando permiso a la UGB para interrumpir sus labores por el período de tres años y traslado a docente categoría E (fs. 129 al 131).

18) Copia certificada de nota de fecha uno de julio del año dos mil quince suscrita por la Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UGB, autorizando el permiso relacionado (f. 132).

19) Copia certificada de escrito de fecha uno de septiembre del año dos mil quince signada por el investigado solicitando a la UGB reincorporarse como docente a tiempo completo a partir del día tres de septiembre de dos mil quince (f. 133).

20) Copia certificada de nota de fecha veintitrés de diciembre del año dos mil quince firmada por la Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UGB solicitando el nombramiento a partir del uno de enero del año dos mil dieciséis del investigado como docente y coordinador del centro de práctica jurídica (f. 134).

21) Copia certificada de renuncia presentada el día veinte de enero del año dos mil dieciséis suscrita por el investigado, como docente a tiempo completo de la UGB (f. 135).

22) Copia certificada de los registros de asistencia a la UGB durante el período comprendido entre el uno de julio del año dos mil quince al treinta y uno de mayo del año dos mil dieciséis del licenciado Zelaya Henríquez (fs. 136 al 144).

23) Informe de fecha once de enero del año dos mil diecisiete emitido por la Directora de Desarrollo Humano de la UGB respecto de los horarios de trabajo y funciones que desempeñaba el licenciado Zelaya Henríquez durante el período comprendido entre los días uno de julio al dos de septiembre del año dos mil quince (fs. 150 y 151).

24) Informe de fecha diez de septiembre del año dos mil dieciocho emitido por la Directora de Desarrollo Humano de la UGB, mediante el cual señala que no existe registro de las reuniones de la Junta Directiva de la Fundación para el Desarrollo Económico y Social de San Miguel - FUNDESSAM- en las que el licenciado Zelaya Henríquez haya asistido (f. 164).

25) Informe de fecha ocho de noviembre del año dos mil dieciocho suscrito por el Presidente de Junta Directiva de FUNDESSAM, en el cual indica que la Fundación fue constituida el día diecisiete de marzo de dos mil diecisiete [REDACTED]).

Por otra parte, no será valorada la documentación que consta a fs. 94 al 109 por no referirse al objeto de este procedimiento.

IV. Fundamento jurídico

a) Competencia del Tribunal en materia sancionadora

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, ya sea el propio del servidor público o el de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Consciente de la importancia que el desempeño ético en la función pública reviste en el Estado de Derecho, el legislador estableció un catálogo de deberes y prohibiciones dirigido no sólo a los servidores estatales, sino también a las personas que manejan o administran bienes y fondos públicos, con el cual se persigue prevenir y erradicar cualquier práctica que atente contra la calidad de la función pública en detrimento de la colectividad.

En ese orden de ideas, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción promueven los principios de debida gestión de los asuntos y bienes públicos, responsabilidad, integridad, rendición de cuentas y transparencia.

Asimismo, destacan la importancia de adoptar medidas preventivas destinadas a crear, mantener y fortalecer las normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, orientadas a evitar conflictos de intereses y, en términos generales, a prevenir la corrupción.

La potestad sancionadora que tiene el Tribunal de Ética Gubernamental en la Función Pública, ha sido habilitada 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.

Así, de conformidad a lo establecido en el artículo 1 de la LEG, el procedimiento administrativo sancionador competencia de este Tribunal tiene por objeto determinar la existencia de infracciones a los deberes y prohibiciones éticas reguladas en ella, teniendo potestad sancionadora frente a los responsables de las contravenciones cometidas. De esta forma, se pretende combatir y erradicar todas aquellas prácticas que atentan contra la debida gestión de los asuntos públicos y que constituyen actos de corrupción dentro de la Administración Pública.

b) Infracción atribuida

En el presente procedimiento se atribuye al licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez, la posible transgresión a la prohibición ética de *“Realizar actividades privadas durante la jornada ordinaria de trabajo, salvo las permitidas por la ley”* regulada en el artículo 6 letra e) de la Ley de Ética Gubernamental.

Consciente de la importancia que el desempeño ético en la función pública reviste en un Estado de Derecho, el legislador estableció un catálogo de deberes y prohibiciones dirigido no sólo a los servidores estatales sino también a las personas que manejan o administran bienes y fondos públicos, con el cual se pretende prevenir y erradicar cualquier práctica que atente contra la calidad de la función pública en detrimento de la colectividad.

En ese orden de ideas, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción promueven los principios de debida gestión de los asuntos y bienes públicos, responsabilidad, integridad, rendición de cuentas y transparencia.

Bajo esa lógica, la norma ética regulada en el artículo 6 letra e) de la LEG persigue evitar que los servidores públicos realicen actividades de orden privado durante la jornada ordinaria de trabajo.

Esta norma conlleva dos aspectos fundamentales: por un lado, se espera que los servidores públicos cumplan ciertamente con la jornada laboral ordinaria, como lo establece el artículo 84 inciso 1° de las Disposiciones Generales de Presupuestos; y, por otro lado, que, durante dicha jornada, en su caso, desempeñen efectivamente las funciones públicas propias de sus cargos o las necesarias para el cumplimiento de los fines institucionales. Pues lo contrario conduce a la lógica

conclusión de que el servidor público se dedicó a actividades privadas durante su jornada ordinaria de trabajo, desatendiendo sus funciones públicas.

En efecto, los servidores públicos están en la obligación de optimizar el tiempo asignado para el desempeño de sus funciones y el cumplimiento de sus responsabilidades, por las que reciben una remuneración proveniente de fondos públicos.

Ciertamente, cuando los servidores públicos incumplen sus horarios de trabajo sin justificación alguna colateralmente se afecta el ejercicio de la función estatal, lo que incluso podría derivar en la prestación de servicios públicos ineficientes y en el retraso de los trámites administrativos.

Asimismo, el artículo 4 letra g) de la LEG establece que la actuación de los servidores públicos debe regirse por el *principio de responsabilidad*, según el cual deben observar estrictamente las normas administrativas respecto a asistencia, horarios y vocación de servicio, atendiendo en forma personal y eficiente la función que les corresponde en tiempo, forma y lugar.

En tal sentido, se pretende evitar las deficiencias por parte de los servidores públicos en el desempeño de la función que realizan. De ahí, la necesidad de prohibir este tipo de conductas.

c) Valoración de la prueba y decisión del caso

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 inciso 5° de la LEG, las pruebas vertidas en el procedimiento se valorarán según el sistema de la sana crítica.

Debe enfatizarse que la prueba es el modo para descubrir la verdad procedimental y a su vez constituye una garantía contra la arbitrariedad de las decisiones adoptadas por la Administración. Para este Tribunal, la prueba es el único medio seguro de lograr una reconstrucción de hechos históricos, de forma comprobable y demostrable.

Conforme a nuestro sistema jurídico vigente respetuoso de la Constitución, en las decisiones administrativas sólo es posible admitir hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas, lo que impide que éstas sean fundadas en elementos puramente subjetivos del ente decisor.

Respecto a la valoración por parte del órgano decisor de las pruebas practicadas en el expediente debe resultar ajustada a los cánones de la lógica o del criterio racional, de manera tal que la extracción de resultados probatorios de cargo que no deriven en absoluto de las diligencias acreditadas o probatorias practicadas en el expediente habrá de ocasionar la lesión del derecho a la presunción de inocencia (José Garberí Llobregat, “El Procedimiento Administrativo Sancionador”).

El sistema de valoración de la prueba que la LEG indica que debe utilizar el Tribunal es el de la sana crítica, definido como las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. Esto obedece a que el procedimiento administrativo sancionador responde a la estructura procedimental del proceso penal, del que se aplican sus principios con algunas matizaciones, como se reconoce de forma

unánime en la doctrina y en la jurisprudencia nacional, en particular de la Sala de lo Contencioso Administrativo (v.gr. sentencia pronunciada en el proceso 11-2010 el 13/II/2014).

Así, resulta claro que el Tribunal se halla en el deber inexcusable de tomar en consideración todas las pruebas legalmente incorporadas al procedimiento.

Ahora bien, la LEG carece de un desarrollo normativo específico sobre los medios probatorios, siendo por ello necesario acudir a la aplicación supletoria habilitada por el artículo 114 del RLEG, de lo establecido al respecto por el Código Procesal Civil y Mercantil CPCM-. Así, el art. 331 del CPCM establece que serán instrumentos públicos “los expedidos por notario, que da fe, y por autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función pública”; cuyo valor probatorio, de conformidad al art. 341 del CPCM, constituye “prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide”.

En este sentido, es preciso acotar que la prueba documental vertida en el procedimiento, consta de certificaciones emitidas por instituciones públicas y de informes rendidos por las mismas.

Por otra parte, el período investigado en este caso se delimitó en la resolución pronunciada a las diez horas del día ocho de noviembre de dos mil dieciséis (f. 64), que comprendía de julio de dos mil quince a mayo de dos mil dieciséis; por lo cual no se ha generado una “duda razonable”, como lo plantea el investigado.

Por tanto, a partir de la prueba aportada en el transcurso del procedimiento se ha establecido con certeza:

1) De la relación laboral del licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez con la Alcaldía Municipal de San Miguel.

A partir del día quince de julio del año dos mil quince, el licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez fue nombrado como Jefe del Departamento de Asesoría Legal de la Alcaldía Municipal de San Miguel (fs. 73 al 75), devengando US\$2,104.29 mensuales en concepto de salario de conformidad con el Presupuesto Municipal (fs. 15 al 29); y, desde el día tres de ese mismo mes y año, se le exoneró la marcación de asistencia (f. 79).

2) Del vínculo laboral con la Universidad Gerardo Barrios como docente.

Desde el uno de agosto del año dos mil dos, el investigado se desempeñó como Docente tiempo completo en la Facultad de Ciencias Jurídicas (f. 112).

El veintitrés de junio del año dos mil quince solicitó permiso laboral por tres años y cambio de contratación a categoría E, es decir de docente tiempo completo a docente medio tiempo (fs. 129 al 131); la UGB autorizó dicho permiso y pasar a categoría E (f. 132); por lo que el [REDACTED] e dos mil quince, suscribió el contrato individual de trabajo efectivo desde esa fecha [REDACTED]

El día uno de septiembre del año dos mil quince, el investigado solicitó reintegrarse a la planta docente de tiempo completo, informando su aparente renuncia en la Alcaldía de San Miguel

(f. 133) por lo que las autoridades de la Universidad aprobaron su petición y suscribieron el contrato individual de trabajo efectivo a partir del día tres de septiembre de dos mil quince [REDACTED]

El veinte de enero de dos mil dieciséis renunció a la plaza de Docente Tiempo Completo (f. 135) y se consideró la oportunidad que trabajara como Docente Horas Clases, celebrando los contratos de presentación de servicios respectivos relacionados al Ciclo I -del veinticinco de enero al veintiocho de junio-, Ciclo II -del dieciocho de julio al dieciocho de diciembre [REDACTED] y [REDACTED]

3) De la coincidencia de horarios laborales

El investigado, nombrado como Jefe del Departamento de Asesoría Legal de la Alcaldía Municipal de San Miguel -pese a estar exento de registrar marcación- debía cumplir con el horario laboral comprendido entre las ocho horas a las dieciséis horas, siendo indiferente si esa jornada se ampliara o no. Además, en el periodo comprendido entre el mes de junio del año dos mil quince a mayo del año dos mil dieciséis únicamente tramitó las siguientes ausencias justificadas: por misión oficial, incapacidad por [REDACTED]; y, el cuatro de junio del año dos mil dieciséis, cuatro horas, permiso personal; es decir, no solicitó permiso para ejercer la docencia en horas comprendidas dentro del horario laboral que debía cumplir en la Alcaldía relacionada.

Así, durante los años dos mil quince y dos mil dieciséis, ejercía la docencia en la UGB teniendo la siguiente carga académica:

Ciclo I-2015, de enero a junio de dos mil quince: Derecho Procesal Civil y Mercantil II, martes desde las diez horas cuarenta minutos a las doce horas veinte minutos; viernes desde las doce horas cuarenta minutos a las catorce horas veinte minutos; Derecho Civil III (Contratos); lunes y miércoles desde las diez horas cuarenta minutos a las doce horas veinte minutos (f. 122).

Ciclo II-2015, de julio a diciembre de dos mil quince: i) Derecho Procesal Civil y Mercantil III, martes desde las siete horas a las ocho horas cuarenta minutos; jueves desde las doce horas cuarenta minutos a las catorce horas veinte minutos; [REDACTED]

Ciclo I-2016, de enero a junio de dos mil dieciséis: Derecho Procesal Civil y Mercantil II los días lunes desde las siete horas a las ocho horas con cuarenta minutos, viernes desde las ocho horas con cincuenta minutos a las diez horas con treinta minutos; [REDACTED]

En suma, tuvo las siguientes coincidencias de horarios: En el ciclo II-2015 de julio a diciembre de dos mil quince, martes desde las siete horas a las ocho horas cuarenta minutos; jueves desde las doce horas cuarenta minutos a las catorce horas veinte minutos. Asimismo, en el ciclo I 2016, los días lunes por cuarenta minutos; viernes desde las ocho horas con cincuenta minutos a las diez horas con treinta minutos.

Respecto de estas coincidencias, debe indicarse que el artículo 95 de las Disposiciones Generales de Presupuestos –las cuales según el art. 1 son aplicables a todas las operaciones originadas por la ejecución del Presupuesto General a cargo de las Unidades del Gobierno Central, así como a las que se originen por la ejecución de los respectivos Presupuestos Especiales de las Instituciones Oficiales Autónomas– establece que “ninguna persona, civil o militar, podrá devengar más de un sueldo proveniente de fondos públicos”, salvo las excepciones que la misma disposición contempla, entre ellas impartir clases en las Universidades –inciso 22º–.

Desde luego, tal excepción no debe interpretarse como una habilitación automática para que un servidor público se ausente de su empleo principal para el efecto ya mencionado, sino que en todo caso es imprescindible contar con el aval de la autoridad (o institución) en la que se ejerce el cargo principal, aunque sean menos de dos horas diarias como lo estipula el referido inciso; pues de lo contrario podría generarse un perjuicio o detrimento del desempeño de la función pública y, por ende, del servicio público que se presta a la ciudadanía.

En el caso particular, a partir de las diligencias investigativas no se determinó que el licenciado Zelaya Henríquez contase con autorización del Concejo Municipal de San Miguel para impartir cátedra en la Universidad Gerardo Barrios, en horarios coincidentes con la jornada que debía cumplir en la Alcaldía.

Lo anterior evidentemente contraviene la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra e) de la LEG, pues teniendo la obligación de cumplir su horario laboral en la Alcaldía Municipal de San Miguel utilizaba horas de su jornada para ejercer la docencia en la Universidad Gerardo Barrios; y, como se ha dicho en líneas anteriores se espera que los servidores públicos optimicen el tiempo asignado para desempeñar sus funciones y cumplir sus responsabilidades, por las que reciben un salario proveniente de fondos públicos.

Ahora bien, no se pudo comprobar los horarios en los que el investigado representaba al Rector de la UGB en la Junta General de la Fundación FUNDESSAM (fs. 150 y 151), pues la Fundación fue constituida el día diecisiete de marzo de dos mil diecisiete [REDACTED]).

4) En otro orden de ideas, se atribuía al investigado la realización actividades privadas en una oficina jurídica de su propiedad ubicada [REDACTED]
[REDACTED]

Sin embargo, la instructora comisionada por este Tribunal explicó en su informe que entrevistó a las [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] quienes indicaron que en ese lugar habitaba [REDACTED] donde antes se instaló una oficina, pero “desde hace aproximadamente cinco o seis años ya no funciona como tal, debido a que el servidor público contrajo [REDACTED] y ubicó su domicilio en otro sitio “ ([REDACTED]).

Es decir, se comprobó que la referida propiedad funciona únicamente como casa de habitación de [REDACTED] del licenciado Zelaya Henríquez.

Es preciso señalar que, de conformidad con el *principio de culpabilidad*, –aplicable tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador–, para la imposición de una sanción por infracción de un precepto administrativo, es indispensable que el sujeto haya obrado *dolosa o* cuando menos *culposamente*, es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto, quedando excluido cualquier parámetro de responsabilidad objetiva en la relación del administrado frente a la Administración, pues ésta, para ejercer válidamente la potestad sancionatoria, requiere que la contravención al ordenamiento jurídico haya sido determinada por el elemento subjetivo en la conducta del administrado (Resolución del 18/11/2013, ref. 117-2011).

Así, la mera vinculación de un sujeto con el resultado de una conducta proscrita resulta insuficiente para determinar su responsabilidad en la misma.

Adicionalmente, el artículo 12 de la Constitución de la República establece la "presunción de inocencia", la cual no solo es aplicable en materia penal, sino que también en materia administrativa. Se entiende por la misma que toda persona sometida a un proceso o procedimiento, es inocente y se mantendrá como tal dentro del proceso o procedimiento, mientras no se determine su culpabilidad por sentencia de fondo condenatoria o resolución motivada y respetando los principios del debido proceso judicial o administrativo.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que "(...) el derecho a la presunción de inocencia dentro del procedimiento administrativo sancionador, implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción administrativa recae sobre quien sostiene la imputación de haberse cometido un ilícito, que para el caso es la Administración Sancionadora" (sentencia dictada en el proceso 68 2008 el 21/I/2011).

En definitiva, se desvirtuaron los indicios respecto de que el licenciado Zelaya Henríquez haya realizado actividades privadas en una oficina jurídica de su propiedad situada [REDACTED]

Por tanto, corresponde absolver al investigado sobre este hecho puntual.

V. Sanción aplicable

El artículo 42 de la LEG prescribe: "*Una vez comprobado el incumplimiento de los deberes éticos o la violación de las prohibiciones éticas previstas en esta Ley, el Tribunal sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal u otra a que diere lugar, impondrá la multa respectiva, cuya cuantía no será inferior a un salario mínimo mensual hasta un máximo de cuarenta salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio. El Tribunal deberá imponer una sanción por cada infracción comprobada*".

El incumplimiento de los deberes éticos o la violación de las prohibiciones éticas reguladas en la LEG conllevan a la imposición de una multa por cada infracción comprobada, cuyo monto oscilará entre uno y cuarenta salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio.

Según el Decreto Ejecutivo N.º 104 de fecha uno de julio de dos mil trece, y publicado en el Diario Oficial N.º 119, Tomo 400, de esa misma fecha, el monto del salario mínimo mensual

urbano para el sector comercio vigente en los años dos mil quince y dos mil dieciséis, vigente al momento en que el licenciado Zelaya Henríquez cometió la infracción señalada, equivalía a doscientos cincuenta y un dólares de los Estados Unidos de América con setenta centavos (US\$251.70).

De conformidad con el artículo 44 de la LEG, para fijar el monto de la multa el Tribunal considerará uno o más de los siguientes aspectos: *i)* la gravedad y circunstancias del hecho cometido; *ii)* el beneficio o ganancias obtenidas por el infractor, su cónyuge, conviviente y parientes; *iii)* el daño ocasionado a la Administración Pública o a terceros perjudicados; y *iv)* la capacidad de pago, y la renta potencial del sancionado al momento de la infracción.

Desde esa perspectiva, los parámetros o criterios objetivos para cuantificar la multa que se impondrá al licenciado Zelaya Henríquez, son los siguientes:

i) La gravedad y circunstancias de los hechos cometidos.

El artículo 218 de la Constitución establece en su primera parte que “*los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado*”, de ahí que la Sala de lo Constitucional haya interpretado que éstos deben *realizar su función con eficacia* y también *con una actitud de desprendimiento del propio interés o de fines personales* (sentencia del 28/II/2014, Inconstitucionalidad 8-2014, Sala de lo Constitucional).

Ahora bien, la legislación secundaria, particularmente la LEG contiene como uno de sus principios, el de supremacía del interés público Art. 4 letra a) de la LEG , el cual orienta a todos los destinatarios de esa norma a *anteponer siempre el interés público sobre el interés privado*.

En este sentido, el licenciado Zelaya Henríquez debía -entre otras funciones- asesorar al Alcalde, Secretario, Gerente, etc.; revisar y emitir opinión sobre convenios, contratos, concesiones; resolver los problemas de índole legal que se susciten en la institución; velar porque se cumplan los lineamientos establecidos en los distintos instrumentos legales; por ello al no cumplir a cabalidad con la jornada laboral que le corresponde como servidor público, en el período de julio de dos mil quince a mayo de dos mil dieciséis, antepuso su interés personal sobre su deber de destinar el tiempo de trabajo por el cual fue contratado.

Además, por el nivel de sus responsabilidades en virtud de su cargo de Jefe de Departamento, el licenciado Zelaya Henríquez debió actuar conforme al principio ético de *responsabilidad* art. 4 letra g) LEG , el cual conmina a *cumplir con diligencia las obligaciones del cargo o empleo público*.

Asimismo, debe considerarse que todo servidor público está conminado a cumplir con buena fe los deberes que su cargo le impone. Esta buena fe se identifica con el ánimo de servicio y de solución legítima a las necesidades de la colectividad y, por ende, de su nivel de responsabilidad y compromiso con la sociedad, a cuyos intereses debía servir. De este modo, la magnitud de la infracción deriva en este caso de su opción de privilegiar intereses particulares sobre el interés general ante el incumplimiento de sus funciones.

Finalmente, se repara que el hecho constitutivo de infracción ética ocurrió de manera reiterada en el lapso de aproximadamente un año, por lo que se trata de un hecho de considerable gravedad.

ii) El beneficio o ganancias obtenidas por el infractor, su cónyuge, conviviente y parientes.

El beneficio es lo que el investigado ha percibido como producto de la infracción administrativa.

En el caso particular, el licenciado Zelaya Henríquez se benefició directamente con el incumplimiento del horario laboral, pues estaba exonerado de la marcación de asistencia, no se le efectuó ningún descuento en su salario, ni se le sancionó administrativamente, ni sus jefes conocían de este comportamiento.

iii) El daño ocasionado a la Administración Pública o a terceros perjudicados.

Si bien no es posible cuantificar los daños ocasionados a la Alcaldía Municipal de San Miguel a partir de la conducta del investigado, es patente que en razón de ella el Estado erogó fondos para sufragar un salario que no fue devengado en su totalidad, ya que al licenciado Zelaya Henríquez no se le aplicaron descuentos por el tiempo que faltaba a sus labores para dar clases en la Universidad.

En ese sentido, el daño ocasionado por una parte a la Administración Pública con la conducta que hoy se sanciona se determina a partir del dispendio de fondos de la aludida institución para cubrir el pago del tiempo de la jornada laboral en la cual el investigado no prestó servicios en su totalidad; y por otra parte, la desatención a sus funciones, ocasionó perjuicio a la referida Alcaldía.

iv) De la capacidad de pago al momento del inicio de la infracción.

Entre los años dos mil quince y dos mil dieciséis, el licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez devengó un salario mensual de dos mil ciento cuatro dólares con veintinueve centavos (US\$2,104.29) en calidad de Jefe del Departamento de Asesoría Legal de la Alcaldía Municipal de San Miguel.

En consecuencia, en atención a la gravedad y circunstancias del hecho cometido, el beneficio obtenido, y el daño económico ocasionado a la Administración Pública, es pertinente imponer al licenciado Zelaya Henríquez una multa de cinco salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio, equivalentes a un mil doscientos cincuenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América con cincuenta centavos (US\$1,258.50), por la transgresión a la prohibición ética establecida en el art. 6 letra e) de la LEG.

Por tanto, con base en los artículos 1 de la Constitución, VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción, 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 1, 2, 6 letras e) y f), 20 letra a), 37, 42, 43, 44, 46 y 50 de la Ley de Ética Gubernamental, 99 y 102 de su Reglamento, este Tribunal **RESUELVE:**

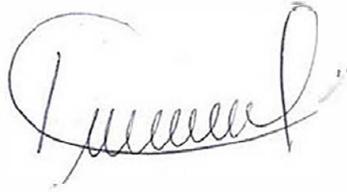
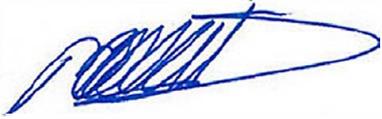
9070

a) *Absuélvase* al licenciado Jose Otoniel Zelaya Henríquez, Jefe del Departamento de Asesoría Legal de la Alcaldía Municipal de San Miguel, respecto del hecho descrito en el considerando IV, apartado 4 de esta resolución.

b) *Sanciónase* al licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez, con una multa de cinco salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio vigentes al momento en que cometió la infracción, equivalentes un mil doscientos cincuenta y ocho dólares de los Estados Unidos de América con cincuenta centavos (US\$1,258.50), por haber infringido la transgresión ética de "Realizar actividades privadas durante la jornada ordinaria de trabajo, salvo las permitidas por la ley", regulada en el artículo 6 letra e) de la Ley de Ética Gubernamental.

c) *Incorpórense* los datos del licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez en el Registro Público de Personas Sancionadas.

Notifíquese.



PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN



Co9/Co3