

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las ocho horas y tres minutos del veinticinco de septiembre de dos mil trece.

El presente procedimiento administrativo sancionatorio ha sido iniciado por denuncia de los ciudadanos **JOSÉ LUIS ALVARADO AGUILAR** y **GILBERTO MORÁN MARTÍNEZ** contra el Alcalde y Concejo Municipal de San Francisco Chinameca, departamento de La Paz, por la presunta comisión de infracciones muy graves a la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP) que consisten en: a) la falta de nombramiento de Oficial de Información de esa Municipalidad y b) no proporcionar la información cuya entrega fue ordenada por este Instituto, ambas establecidas en el art. 76 inc. 2º letras c. y d. de la LAIP.

CONSIDERANDO:

I. Por medio de resolución razonada de las diez horas del 31 de mayo del corriente año este Instituto ordenó a la Alcalde Municipal de San Francisco Chinameca que, en el plazo de tres días hábiles contados a partir de la notificación, entregara la información pública solicitada a los ciudadanos de conformidad con el art. 75 de la LAIP.

El 10 de junio del año en curso el Alcalde Municipal presentó un recurso de revocatoria contra dicha providencia y el 24 de ese mismo mes y año se resolvió sin lugar dicho recurso, quedando firme la resolución impugnada que ordenó la entrega de la información.

II. El 8 de julio de 2013 los ciudadanos presentaron un escrito en el que expresaron que: “(...) en vista de la violación a la LAIP y sobre todo (...) en la *no entrega de información* por parte de la Alcaldía Municipal de San Francisco Chinameca (...) habiendo notificado [el Instituto] por segunda vez que se entregue la información (...) *hasta la fecha no lo han hecho* [por lo que piden] que se exija la entrega inmediata de la información solicitada (...) que *verifiquen la existencia de la oficina y/o Unidad de Acceso a la Información Pública [UAIP] (...)*”. Itálica suplida.

III. El 10 de julio del presente año se admitió la denuncia y se designó al comisionado MAURICIO ANTONIO VÁSQUEZ LÓPEZ para la instrucción del procedimiento y la elaboración del proyecto de resolución definitiva.

Dicho comisionado presentó su informe en el que manifestó que se hizo presente a la UAIP del ente obligado, describió que posee un escritorio y una silla en un espacio muy reducido; que no cuenta con distintivo alguno que haga referencia a la misma y que el Oficial de Información, señor Joel Abraham Cruz Escobar, no se encontraba el día que se realizó la diligencia de reconocimiento. Agregó que fue atendido por la señora Reina Guadalupe Arévalo, Secretaria Municipal, quien le expresó que entregan la información por medio de “cabildos” y que “no tienen que dar todos los papeles para que la gente ande difamando” y que el Oficial de Información, a pesar de no encontrarse ese día, “llega todos los días a trabajar”.

Posteriormente, el titular del ente obligado no presentó el informe de ley, ni ofreció pruebas en el período de instrucción y se señalaron las diez horas con treinta minutos del 28 de agosto del corriente año para la celebración de audiencia oral.

En dicha audiencia comparecieron los denunciados y el abogado José Bembenuto Castro Villarreal, en su calidad de apoderado del Alcalde Municipal de San Francisco Chinameca, quien fue el único que ofreció prueba que consiste en: 1) nómina de empleados municipales de San Francisco Chinameca; 2) fotocopias certificadas de las credenciales extendidas por el Tribunal Supremo Electoral de seis períodos electorales en los que el señor Eliezer Martínez Cortez ha sido electo como Alcalde Municipal de San Francisco Chinameca; 3) certificación del acta número diecinueve, celebrada el 5 de mayo de 2012, donde se acordó crear la Unidad de Acceso a la Información Pública a partir del 8 de mayo de 2012 y el nombramiento de Joel Abraham Rojas Cruz como Oficial de Información ad honórem; 4) fotografías del Comité de Contraloría Ciudadana del sub- proyecto “La Ronda”; 5) fotocopia del Departamento de Ingeniería en donde se establece el visado de carpeta técnica emitido por el Fondo de Inversión para el Desarrollo Local; 6) carpeta técnica del balastado y obras de protección, Calle Principal Cantón San Antonio Panchimilama; 7) carpeta técnica del proyecto: “Suministro de transporte, escarificado y colocación de material para el proyecto balastado y obras de protección de Calle Principal, Cantón San Antonio Panchimilama” (en lo sucesivo, “el Proyecto”); 8) acta de evaluación de ofertas del Proyecto; 9) cuadro de registro de participantes del Proyecto; 10) cuadro de

retiro de bases de licitación del Proyecto; 11) cuadro de recepción de ofertas del Proyecto; 12) copia simple del acta número veintidós en donde se acuerda realizar el proceso de licitación pública del Proyecto; 13) fotocopia simple de la publicación en diario “El Mundo” del aviso de licitación pública del Proyecto; 14) fotocopia simple de orden de inicio para la ejecución de la licitación del Proyecto; 15) fotocopia de garantía de cumplimiento de contrato emitido por “La Central de Seguros y Fianzas”; 16) fotocopia simple del contrato de servicios para la realización del Proyecto; 17) fotografías de la ejecución del Proyecto. También ofreció la declaración de los testigos Joel Abraham Rojas Cruz y Ricardo Martínez Cruz, quienes coincidieron que el primero es el Oficial de Información ad- honórem de la Alcaldía a partir del 8 de mayo de 2012 y que ha recibido capacitaciones por parte de COMURES, en la ciudad de Zacatecoluca, departamento de La Paz; y que los proyectos “Calle La Ronda” y “Calle Panchimilama” están siendo objeto de estudios técnicos, económicos y de factibilidad, y que “(...) la información solicitada se generó, pero nadie llegó a retirarla (...)”.

En su alegato los denunciantes expresaron que: “(...) es lamentable que una información que tiene que ser pública, cuatro meses después de solicitada no ha sido entregada (...) que a pesar de existir sentencia del Instituto (...) no ha sido entregada (...) que el Oficial de Información no estableció el mecanismo para solicitar la información, en la solicitud del veintinueve de abril se pide en papel o en forma digital, se anexó un CD para que se agregara ahí e incluso por medio de correo electrónico. No se notificó por escrito, no se recibió llamadas, a pesar de haber dejado [número] de teléfono (...) [concluyendo que] todo ciudadano tiene derecho a exigir la información en especial del manejo de los fondos públicos (...)”. Por su parte, el abogado Castro Villarreal alegó que: “(...) los documentos [solicitados] en este acto se han presentado al Instituto (...) que con la prueba testimonial y documental se pueda emitir un sobreseimiento de carácter definitivo y posteriormente brindar la información a los ciudadanos (...)”. En ese estado del procedimiento, el Comisionado designado al caso presentó el proyecto de resolución definitiva.

RESULTANDO:

IV. Previo a todo, conviene destacar que las resoluciones expedidas por este Instituto deben ser fundamentadas por los hechos probados y las razones legales procedentes siendo que las pruebas aportadas en el procedimiento serán apreciadas según

las reglas de la sana crítica (art. 90 de la LAIP) y que para la imposición de sanciones se expresarán con precisión, tanto los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones adoptadas, así como la indicación del valor que el Instituto le otorga a los medios de prueba, en virtud de las reglas de ese sistema de valoración (art. 80 del RELAIP).

La sana crítica es entendida como el sistema de apreciación de las pruebas aportadas en su conjunto y no solo individualmente conforme a las máximas de la experiencia, la lógica y el correcto entendimiento humano y conocimiento científico, mediante el cual se asigna a cada medio probatorio un determinado valor o se indican las razones por las que no se les otorga valor alguno.

En el caso que nos ocupa los hechos relevantes se limitan a determinar: a) la supuesta falta de nombramiento de Oficial de Información y Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP) del ente obligado y b) la presunta infracción de no proporcionar la información cuya entrega fue ordenada por este Instituto.

V. a) De acuerdo con el art. 48 inc. 2º de la LAIP el Oficial de Información será nombrado por el “titular” de la entidad respectiva para dirigir la UAIP, entendiéndose por titular la persona que ejerce el cargo máximo dentro de la organización interna del ente obligado, con amplias facultades para tomar decisiones dentro del mismo, según la definición del art. 2 del Reglamento de la Ley (RELAIP).

Cabe precisar que -según lo hemos resuelto en precedentes- aun cuando el gobierno del ente obligado lo ejerza un órgano colegiado el RELAIP no distingue entre “presidente o titular del órgano colegiado”, razón por la que –a los efectos del **procedimiento de acceso a la información**- el titular es la persona que representa legalmente al ente obligado y para el caso específico de los entes obligados que cuenten con una estructura orgánica conformada por una junta directiva, por un consejo o cualquier otro tipo de órgano colegiado, será dicho presidente o “titular” a quien corresponde rendir el informe de ley, comparecer en el procedimiento y cumplir con todas las resoluciones dictadas por este Instituto, aun cuando la “máxima autoridad” o de “gobierno” del ente obligado –según su propia estructura orgánica- esté conformada por un órgano colegiado (Autos: 28-A-2013, del 4/9/2013; 1-O-2013, del 10/9/2013).

Sin embargo, a los efectos de individualizar la responsabilidad personal por la presunta comisión de una infracción a la Ley en un **procedimiento administrativo sancionatorio**, el o los servidor(es) público(s) indiciado(s) será(n) aquel(los) a quien (es) - por su cargo o función- se le(s) impute la misma, pudiendo ser esta responsabilidad **individual o compartida** con otros servidores públicos que hayan sido partícipes de la toma de decisión que implique una infracción a la Ley. Tal es el caso de la falta de Oficial de Información cuya designación o nombramiento, aunque formalmente corresponde hacerlo al “titular” de la entidad respectiva, según el art. 48 inc. 2º de la LAIP, el art. 30 número 2 del Código Municipal establece que una de las facultades del Concejo es *nombrar a los Jefes de las distintas dependencias* de la Administración Municipal de una terna propuesta por el Alcalde, por lo que la infracción que consiste en la falta de nombramiento del encargado de la UAIP resulta imputable a todos los miembros del Concejo Municipal.

De ahí que, por mandato expreso de la ley, corresponde al Concejo Municipal cumplir con la obligación de nombrar al Oficial de Información, en su carácter de “máxima autoridad” y no solo al “titular” del municipio, por ser aquel ente colegiado el que toma la decisión dentro de la institución para designar a los jefes o encargados de las distintas unidades administrativas. Por lo tanto, corresponde a los miembros que lo integran la obligación de cumplir con el mandato de designar al Oficial de Información de la entidad, con independencia de que el Alcalde represente legalmente al municipio y sea el titular del gobierno y de la administración municipal de conformidad con el art. 47 del mencionado Código.

Lo anterior es congruente con el art. 48 número 7 del Código Municipal que establece como atribuciones del Alcalde, entre otras, la de nombrar y remover a los funcionarios y empleados “cuyo nombramiento no estuviere reservado al Concejo”, siguiendo los procedimientos de ley, situación que corrobora que la designación del Oficial de Información es una materia reservada al Concejo y no del Alcalde Municipal.

b) Zanjada esta primera cuestión respecto a la autoridad denunciada debe estimarse si, de acuerdo con los hechos relevantes obtenidos en este procedimiento, ha quedado demostrada o no la falta de nombramiento del Oficial de Información por parte del ente obligado.

El Oficial de Información es el servidor público encargado de dirigir la UAIP, que es la unidad administrativa de los entes obligados que recibe y da trámite a las peticiones de

información de los particulares (art. 6 letra j) y constituye un pilar de la estructura institucional que garantiza el derecho de acceso a la información, por lo que el incumplimiento por parte de los funcionarios competentes de nombrarlo se considera una infracción muy grave, de conformidad con el art. 76 inc. 1º letra d. de la LAIP.

A folios 77 del expediente consta el documento público que consiste en la certificación del Acuerdo número siete, contenido en el acta número diecinueve de la sesión ordinaria del Concejo Municipal de San Francisco Chinameca, celebrada el 5 de mayo de 2012, mediante el cual se acordó la creación de la UAIP a partir del ocho de ese mismo mes y año, y se nombró al señor Joel Abraham Rojas Cruz, Tercer Regidor Suplente como *“Oficial de Información, quien aparte de sus funciones y responsabilidades usuales, tendrá que asumir a partir de su notificación con las funciones establecidas en el Art. 50 de la Ley de Acceso a la Información Pública”* . Itálica suplida.

Lo anterior fue confirmado por la declaración de este último quien manifestó que ejerce el cargo de Oficial de Información a partir del 8 de mayo de 2012 y dijo haber recibido capacitaciones por parte de COMURES.

De acuerdo a la doctrina, el nombramiento consiste en la designación directa, por parte de la autoridad administrativa, de la persona que actuará como funcionario o empleado en el ejercicio de un cargo. Este puede responder a tres modalidades: a) discrecional, b) condicionado y c) estricto o reservado. Un nombramiento es “condicionado” cuando la designación debe sujetarse a ciertas formalidades, como lo serían las condiciones que debe llenar el candidato, la del concurso, la elección dentro de una terna, etc. (cfr. MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, tomo III-B, Buenos Aires, LexisNexis, 1998, pág. 90). Tal es el caso de la designación del Oficial de Información, quien debe cumplir con los requisitos señalados en el art. 49 de la LAIP.

Sin embargo, el art. 48 inc. 4º de la LAIP establece que: “Las municipalidades con un presupuesto anual ordinario menor a dos millones de dólares, podrán tener Unidades de Acceso a la Información unipersonales integradas por el Oficial de Información, cuya designación podrá recaer en el Secretario Municipal o en cualquiera de los miembros del Concejo Municipal” y el art. 49 inc. final de la LAIP dispone que, en estos casos, no se exige el cumplimiento de todos los requisitos.

En la declaración testimonial del señor Joel Abraham Rojas Cruz este sostuvo que “el presupuesto municipal es de sesenta y cinco mil dólares”, sin especificar ni presentar prueba documental de ello; pese a lo anterior, este Instituto tiene como cierto el hecho que el presupuesto de dicha municipalidad no sobrepasa los dos millones de dólares, luego de confrontar los datos que constan en la “tabla de asignación de transferencia del FODES correspondientes al 2013” (US \$767,294.69) consultado en: http://www.isdem.gob.sv/index.php?option=com_k2&view=item&id=401:distribuci%C3%B3n-fodes-2011.

Por lo tanto estimamos que existen suficientes elementos que, objetivamente considerados, conducen a determinar que los funcionarios respectivos del ente obligado cumplieron con la obligación legal de nombrar al Oficial de Información, de conformidad con los arts. 48, 49 y 104 de la LAIP, por lo que queda desvirtuada la presunta infracción atribuida al Concejo Municipal de San Francisco Chinameca, departamento de La Paz.

Lo anterior no impide que este Instituto sugiera a la municipalidad que coloque distintivos que identifique a la UAIP en dicha sede y que su encargado auxilie a los particulares en la elaboración de solicitudes, a fin de garantizar el derecho de acceso a la información.

VI. Establecida la existencia del Oficial de Información, este Instituto procederá a determinar si el Alcalde Municipal cometió o no la infracción muy grave de no proporcionar la información cuya entrega fue ordenada por este Instituto, conforme al art. 76 inc. 2º letra c. de la LAIP.

Al respecto, cabe señalar que mediante resolución motivada de las diez horas del 31 de mayo del corriente año este Instituto ordenó al Alcalde Municipal indiciado que, en el plazo de tres días hábiles, entregara a los ciudadanos JOSÉ LUIS ALVARADO AGUILAR y GILBERTO MORÁN MARTÍNEZ la información pública solicitada. Contra dicha resolución los apoderados del Alcalde presentaron un recurso de revocatoria, el cual se declaró sin lugar y se les notificó el 26 de junio de este año, quedando firme la resolución de entrega de la información.

También es importante destacar que, en su momento, este Instituto resolvió que si bien es cierto el Alcalde no es el funcionario encargado de dar trámite a la solicitud de información, tampoco es menos que la administración municipal, a través suyo, queda

dispensada de su obligación legal de cumplir con la Ley, particularmente en auxiliar a los particulares en la elaboración de solicitudes, lo que incluye la asesoría sobre la autoridad facultada por la ley para responder (Oficial de Información) hasta el punto de que la propia autoridad (Alcalde) hiciera la correspondiente remisión a aquél. En el caso ocurrente la petición de información presentada por los ciudadanos el 29 de abril de este año, se dirigió a dicho Alcalde, con copia a la “Oficina de Información y Respuesta”, expresándose en dicha solicitud que: “se nos haga llegar las copias en papel o de forma digital (anexamos CD) o vía correo electrónico (mcp.chinameca@gmail.com)”, indicándose números telefónicos de contacto.

Tal como se prueba con el informe del comisionado instructor la UAIP del ente obligado se encuentra en un “espacio muy reducido” y “no cuenta con distintivo alguno que haga referencia a la misma”, de manera que –a falta de auxilio a los ciudadanos- estos presentaron su solicitud a la Secretaria Municipal, quedando obligado el titular a remitirla al Oficial de Información, cuya existencia desconocían los particulares.

En ese sentido, el Instituto ha resuelto que en tanto el titular o funcionario(s) competente(s) de un ente obligado no cumpla(n) con el mandato de designar al Oficial de Información -situación que quedó desvanecida hasta esta resolución- se encuentra personalmente obligado a realizar las funciones asignadas a dicho funcionario y es también civilmente responsable por dicha omisión antijurídica, no pudiéndose delegar la función del Oficial de Información en otra persona o dependencia, dada la importancia que tiene el derecho de acceso a la información pública para propiciar la transparencia de la gestión pública y promover la participación ciudadana en el control y fiscalización al ejercicio de la función pública (Fallo: 1-O-2013, del 17/7/2013).

A fs. 128 del expediente corre agregada constancia del encargado de la Unidad de Acceso a la Información de la municipalidad obligada, en la que se corroboró que: “(...) el día veintinueve de abril del año dos mil trece se presentaron a esta oficina miembros integrantes del Movimiento Comunitario (...) con una solicitud (...) en donde *me solicitaban información (...) pero se llegó a la fecha establecida para la entrega de documentación quienes no regresaron a recogerla (...)*”. Durante su declaración en audiencia oral, el mismo Oficial de Información dijo que: “(...) se presentaron otras personas que no están en la audiencia (...) quienes no regresaron por la información, a pesar

que se les dijo que iba estar lista *el quince de mayo (...)*”. Lo anterior también fue ratificado por el testigo Ricardo Martínez Cruz. Itálica suplida

A juicio de este Instituto, aunque se haya pretendido demostrar que los ciudadanos no se presentaron a retirar la información solicitada, la cual -se dijo- iba a estar disponible el 15 de mayo del corriente año, en el expediente no consta evidencia de ello, sino –por el contrario- el 10 de junio de este año, cuando los apoderados del Alcalde presentaron recurso de revocatoria contra la resolución que ordenó la entrega de la información, en ningún momento justificaron que la misma se encontraba disponible; ocupándose, en su lugar, de hacer señalamientos contra los solicitantes expresando, entre otras cosas, que: “(...) han estado difamando la actividad del consejo (sic) municipal, lo cual comprobamos con documentos que anexamos al presente recurso (...) por lo tanto (...) *no se la [le] ha dado el curso legal a la misma, no obstante que la Ley establece la obligatoriedad, pero siempre y cuando sea para fines que sean en beneficio no para difamación (...)*”. Itálica suplida

Lo anterior claramente implica un reconocimiento por parte del titular del ente obligado respecto al hecho de *no haber emitido una respuesta en el plazo establecido en la ley*, situación que precisamente fue la que motivó que los ciudadanos presentaran su solicitud para los “efectos de la falta de respuesta”, de acuerdo con el art. 75 de la LAIP. En tal sentido habiéndose ordenado en este procedimiento al titular del ente obligado la entrega de la información, la conducta infractora de este debe valorarse tomando en cuenta la imposibilidad de ir en contra sus propios actos.

De ahí que estimamos que conforme a los antecedentes de la causa y los hechos probados en la misma se configuran los elementos necesarios para establecer la infracción contenida en el art. 76 inc. 2º letra c. de la LAIP, relativa a “no proporcionar la información cuya entrega haya sido ordenada por el Instituto” atribuible al Alcalde Municipal de San Francisco Chinameca, lo que produjo la imposibilidad jurídica y material de que los ciudadanos tuvieran acceso a la información.

Por lo tanto, una vez comprobada la existencia de la infracción procede la imposición de la multa correspondiente de acuerdo con el principio de proporcionalidad y los módulos para la fijación de su monto señalados en el art. 78 de la LAIP.

Para ello debe examinarse la contradicción del ente obligado de haber señalado, por una parte, que *la información solicitada estaba disponible* a partir del 15 de mayo de este

año y por otra, que *no se le dio el “curso legal” a la solicitud*, lo cual denota la existencia de intencionalidad de no entregar la información ordenada por este Instituto; la extensión del período durante el que se vino cometiendo la infracción, es decir, tres meses desde que la resolución que ordenó la entrega de la información quedó firme, con el consiguiente perjuicio causado a los particulares, quienes se movilizaron en diferentes ocasiones para obtener la información; y la conducta procesal de poca colaboración observada por el ente obligado durante la sustanciación del procedimiento, hasta la celebración de la audiencia oral, donde finalmente se mostró una conducta apegada al espíritu de la Ley, ya que se ofreció como “prueba” la información solicitada por los denunciantes, lo cual disminuye la graduación de la cuantía de la multa a imponer.

Con base en los argumentos expuestos este Instituto procederá a imponer al Alcalde Municipal indiciado una multa equivalente a veinticinco salarios mínimos mensuales vigentes (al momento de la infracción) para el sector comercio y servicios, como sanción a la infracción de no proporcionar la información en el plazo de tres días hábiles y cuya entrega se ordenó mediante la resolución de las diez horas del 31 de mayo del corriente año, quedando firme el 26 de junio de este mismo año.

Se hace constar que la resolución se emite hasta esta fecha en razón de no contar este Instituto con los recursos suficientes para atender con prontitud la demanda ciudadana.

Por lo tanto, de conformidad con las razones antes expuestas y disposiciones legales citadas, y arts. 52 inc. 3°, 58 letra e, 71, 75 Inc. 2°, 76 inc. 2° letra c, 77 inc. 1° letra a, 94, 96 letra e. y 102 LAIP; 78, 79 y 80 del RELAIP y 217 del Código Procesal Civil y Mercantil, a nombre de la República, este Instituto **FALLA:**

a) ***Absuélvase*** al Concejo Municipal de San Francisco Chinameca, representada legalmente por el servidor público ELIEZER MARTÍNEZ CORTEZ, en su calidad de Alcalde Municipal, por el presunto incumplimiento de nombrar Oficial de Información de dicha entidad.

b) ***Condénese*** al servidor público ELIEZER MARTÍNEZ CORTEZ, Alcalde Municipal, por no proporcionar la información cuya entrega fue ordenada por este Instituto, de conformidad con el art. 76 inc. 2° letra c. de la LAIP.

c) ***Impóngase*** al servidor público ELIEZER MARTÍNEZ CORTEZ una multa correspondiente a veinticinco salarios mínimos mensuales para el sector comercio y

