

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las once horas del ocho de noviembre de dos mil trece.

El presente procedimiento de acceso a la información ha sido promovido ante este Instituto en virtud del recurso de apelación interpuesto por el ciudadano **ROGELIO ALBERTO GALLARDO SOLÍS**, comerciante y del domicilio de Aguilares, departamento de San Salvador, contra la resolución emitida el 14 de agosto del corriente año por el “Asesor Jurídico” de la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE CONCHAGUA**, departamento de La Unión, en adelante “la Alcaldía” o “la Municipalidad”, ente obligado representado por el servidor público **JESÚS ABELINO MEDINA FLORES**, en su calidad de Alcalde Municipal.

Dentro del procedimiento administrativo se inició el incidente sancionatorio por la presunta falta de nombramiento de Oficial de Información de la Alcaldía, infracción considerada como muy grave de acuerdo con el artículo 76 inciso 2º letra d. de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP).

Han intervenido en esta instancia el apelante, por medio de su apoderado Francisco Antonio León Tejada y el ente obligado a través de su apoderado Rigoberto Hernández Guido.

ANTECEDENTES DE HECHO:

I. La resolución apelada *denegó el acceso a la información* solicitada relativa al listado de licencias para la venta de bebidas alcohólicas otorgadas en el municipio en 2013, con su respectivo nombre comercial, dirección y razón social, bajo la justificación que el art. 10 numeral 18 de la LAIP “no menciona que [se puede] informar sobre las licencias concedidas” y que los arts. 125-A, 125-B y 125-C del Código Municipal establecen que la información puede otorgarse “a aquellas personas que viven en [el] municipio”.

II. Admitida la apelación e iniciado el incidente sancionatorio se designó al comisionado **JOSÉ ADOLFO AYALA AGUILAR** para la instrucción del procedimiento y

la elaboración del proyecto de la resolución definitiva. Asimismo, se ordenó al titular del ente obligado que rindiera el informe de ley.

III. En su informe el titular del ente obligado justificó las actuaciones del Concejo Municipal expresando que el licenciado Rigoberto Hernández Guido, desde enero de este año, fue nombrado para que desempeñara el cargo ad honórem de Oficial de Información y para demostrarlo presentó una certificación del acuerdo municipal número diez, acta tres, de fecha 24 de enero de 2013.

IV. La audiencia oral fue celebrada a las diez horas con cuarenta y cinco minutos del 25 de octubre del corriente año. En la misma se hizo entrega de la información solicitada, por lo que –en ese estado del procedimiento- se dictó *sobreseimiento* de conformidad con el art. 98 letra d. de la LAIP, por extinción del objeto de la impugnación. El comisionado designado presentó el proyecto de resolución definitiva sobre el incidente sancionatorio, el cual -luego de ser discutido- fue rechazado por unanimidad del Pleno y se encomendó al comisionado **JAIME MAURICIO CAMPOS PÉREZ** elaborar el proyecto de resolución definitiva.

V. ANÁLISIS DE LA PRUEBA Y FUNDAMENTO DE DERECHO:

Previo a todo conviene señalar que las resoluciones expedidas por este Instituto deben ser fundamentadas en los hechos probados y las razones legales procedentes, así como las pruebas aportadas en el proceso 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 tomadas, como la indicación del valor que el Instituto le otorga a los medios de prueba conforme a tales 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.

El punto medular consiste en determinar si existe o no la presunta infracción muy grave por el incumplimiento de nombrar al Oficial de Información de la Alcaldía.

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 Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP) que es la unidad administrativa de los entes obligados que recibe y da trámite a las peticiones de información, según el art. 6 letra j. de la LAIP.

El art. 30 número 2 del Código Municipal señala 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 se entiende que el Concejo es la autoridad máxima del municipio que cuenta con amplias facultades para tomar decisiones dentro del mismo para designar a los jefes o encargados de las distintas unidades administrativas.

De lo anterior se colige que corresponde a los miembros que lo integran cumplir con el mandato legal de nombrar al Oficial de Información, independientemente que el Alcalde ejerza la representación legal del municipio y sea el titular del gobierno y de la administración municipales, conforme al art. 47 del mencionado Código. Ello se ratifica con el art. 48 número 7 de dicho cuerpo legal 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.

Zanjada esta primera cuestión respecto a los servidores públicos responsables debe examinarse si, de acuerdo con los hechos relevantes obtenidos en este procedimiento, ha quedado demostrado o no el incumplimiento de nombrar al Oficial de Información en las condiciones que prevé la LAIP.

A fs. 14 del expediente consta una certificación del acuerdo municipal número diez, acta tres, de fecha 24 de enero de 2013, mediante el cual se acordó la creación de la UAIP y se nombró como Oficial de Información ad honórem al licenciado Rigoberto Hernández Guido, “nombrado actualmente como Asesor Municipal”.

VI. Los arts. 48 y 104 de la LAIP, y 5 de su Reglamento (RELAIP) establecen un mandato expreso para el titular del ente obligado de nombrar al Oficial de Información, quien

es el servidor público encargado de dirigir la UAIP, pilar en el andamiaje que sostiene el derecho fundamental de acceso a la información en nuestro país. La inobservancia objetiva a ese mandato constituye una infracción muy grave, según el art. 76 inc. 2º letra d. de la LAIP, pues impide la aplicación de la ley y neutraliza el mecanismo previsto a favor de los particulares que solicitan información en poder de los entes obligados.

De acuerdo con 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, también llamado 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).

En el caso de la designación del Oficial de Información este es un nombramiento “condicionado” pues exige el cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 49 de la LAIP y de las circunstancias del art. 104 de la misma ley que prevé que los titulares de los entes obligados deben designarlo *“a más tardar ciento ochenta días después de la entrada en vigor de este ordenamiento, y de inmediato serán juramentados, se instalarán e iniciarán funciones”*. Itálica suplida.

La observancia de lo anterior es una garantía al derecho de acceso a la información pues el Oficial de Información es el enlace o vínculo entre el ente obligado y el particular (art. 69 de la LAIP) cuyo nombramiento, si no cumple con las condiciones materiales y formales para que pueda ejercer las funciones propias del cargo (art. 50 de la LAIP) justifica la existencia de un procedimiento administrativo sancionatorio contra los servidores públicos responsables, ya que resultaría evidente que su designación meramente formal solo serviría para atender a la letra de la ley y no a su espíritu.

Es por eso que si bien es cierto existe prueba documental respecto al cumplimiento *formal* del nombramiento del Oficial de Información por parte del ente obligado, a partir de enero del corriente año, dicha designación no es congruente con las condiciones señaladas

en los arts. 49 y 104 de la LAIP, particularmente en cuanto al tiempo e inicio del ejercicio de sus funciones.

En efecto, aunque la LAIP haya adoptado un plan de implementación escalonado con el fin de otorgar a los entes obligados (y entre estos, a los gobiernos municipales) el tiempo necesario para aplicar las disposiciones administrativas e institucionales al fijar un plazo de ciento ochenta días después de la vigencia de la ley (8 de mayo de 2011) para que sus titulares designaran al Oficial de Información, la experiencia internacional ha demostrado que un período de implementación –de hecho– superior a los dos años es perjudicial para la eficacia del proceso de acceso a la información pública, según consta en la Guía de Implementación y Comentarios de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En la audiencia oral el propio licenciado Rigoberto Hernández Guido, actuando como *apoderado* de la municipalidad, admitió que se trató de un “error” haber firmado la nota de respuesta al ciudadano como “asesor jurídico” y no como Oficial de Información, así como “que no existe un espacio físico para (...) la Unidad de Acceso a la Información (...) y que las funciones de asesor jurídico y de Oficial de Información solo las realiza por la mañana debido a que en la tarde acude a su oficina ubicada en [el municipio] de La Unión”.

De ningún modo se justifica que habiendo transcurrido más de dos años desde la vigencia de la Ley el ente obligado no haya cumplido con aspectos mínimos que garanticen el derecho de acceso a la información a la población, tales como tener un “espacio físico” para la UAIP o que el Oficial de Información permanezca en el horario de trabajo en la misma.

En realidad poco o nada debe importar al derecho administrativo sancionador la sola circunstancia de haberse designado “formalmente” al Oficial de Información, si de los antecedentes de la causa existen suficientes elementos que, objetivamente considerados, conducen a determinar que –materialmente– no existe una persona que cumpla con las funciones propias del cargo, ya sea porque no cuenta con un espacio físico para realizar sus labores o, lo que es peor, porque solo se encuentra “por la mañana”, mientras distribuye su

tiempo atendiendo otras actividades profesionales como “asesor municipal” o en el ejercicio liberal como abogado de la República.

El Oficial de Información no es un servidor público “temporal”, ni las condiciones materiales por muy precarias que sean en una institución son una excusa para no tener una UAIP. Al respecto, el art. 48 inciso final de la LAIP dispone que las municipalidades con un presupuesto anual ordinario menor a dos millones de dólares, podrán tener UAIP unipersonales integradas por el Oficial de Información, cuya designación podrá recaer en el Secretario Municipal o en cualquier de los miembros del Concejo Municipal.

Como sea que fuere, el nombramiento del Oficial de Información debe ir seguido inmediatamente del inicio de las funciones inherentes al cargo, por lo que la eficiencia de las instituciones públicas que es uno de los fines de la LAIP, según el art. 3 inc. 1º letra f., debe predicarse con el ejemplo que los Oficiales de Información cumplan con horarios de trabajo y tengan un espacio para realizar su servicio público.

VII. El principio de verdad real que rige al derecho administrativo sancionador consiste en establecer de forma certera la realidad histórica de los hechos investigados, determinando las verdaderas razones sobre las cuales se dieron tales hechos, es decir, el escenario fáctico que propició la actuación desplegada. La verificación de esta verdad real, y no de cualquier otra, debe ser la base sobre la cual se imponga la sanción administrativa correspondiente.

En ese sentido debe valorarse el reconocimiento de hechos efectuado en la audiencia oral por el licenciado Rigoberto Hernández Guido, según las reglas de la sana crítica, otorgándosele preeminencia sobre la prueba documental de su nombramiento que, por cierto, revela que su designación como Oficial de Información no fue producto de un concurso transparente y abierto para acceder al cargo (art. 49 de la LAIP) ni fue realizado dentro del período que establece la Ley, ni él se encuentra instalado en la UAIP, ni ha iniciado funciones como tal (art. 104).

Efectivamente, el ente obligado no demostró que el licenciado Rigoberto Hernández Guido haya participado en concurso transparente y abierto para acceder al cargo de Oficial

de Información; mas bien su nombramiento ha sido “discrecional” por parte del Concejo Municipal, es decir, que existió completa libertad para su designación; tampoco se probó que el mencionado profesional haya iniciado sus funciones inmediatamente después de haber sido juramentado, ni que haya sido instalado en el puesto porque ni siquiera cuenta con un “espacio físico” y, además, continúa ejerciendo labores como “asesor municipal” (de hecho, él compareció a la audiencia en su calidad de apoderado) y -tal como lo admitió- ejerce actividades profesionales en su oficina particular durante la tarde.

Con tales antecedentes y los hechos probados en este procedimiento se concluye que existen suficientes elementos que, objetivamente considerados, conducen a tener por establecida la infracción muy grave regulada en el art. 76 inc. 2º letra d. de la LAIP relativa al incumplimiento por el Concejo Municipal de la Alcaldía de Conchagua de nombrar al Oficial de Información en las condiciones de los arts. 49 y 104 de la LAIP y 5 del RELAIP. Por lo tanto, una vez comprobada su existencia, procede la imposición de la multa correspondiente según el principio de proporcionalidad y los módulos para la fijación de su monto señalados en el art. 78 de la LAIP.

Al respecto, si bien es cierto que la extensión del período de tiempo que corresponde a la falta del nombramiento de Oficial de Información ha sido excesivo, constituye una atenuante a favor del ente obligado el hecho de que no existan otras denuncias ciudadanas sobre la misma situación y que, en el caso concreto, durante la audiencia oral, a través del licenciado Rigoberto Hernández Guido se entregara la información solicitada por el particular. Esta actuación revela una conducta colaboradora en el acceso a la información y ha impedido que se causen perjuicios al peticionario. En razón de ello procede imponérsele al Concejo Municipal de Conchagua la multa más baja de veinte salarios mínimos mensuales para el sector comercio y servicios, de conformidad con el art. 77 inc. 1º letra a. de la LAIP.

Por tanto, de conformidad con las razones expuestas y disposiciones legales citadas y Arts. 58 letra e, 76 inc. 2º letra d, 77 inc. 1º letra a, 78, 90, 94,96 y 98 de la LAIP; 78, 79 y 80 del RELAIP, a nombre de la República, este Instituto **FALLA:**

a) Condénese al Concejo Municipal de la Alcaldía de Conchagua, departamento de la Unión, representada legalmente por el servidor público JESÚS ABELINO MEDINA

