



NUE 37-D-2018 (MM)

**Bernal Piche contra miembros del Comité Ejecutivo de la Federación
Salvadoreña de Fútbol**

Resolución de Revocatoria

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las doce horas con treinta y seis minutos del seis de diciembre de dos mil diecinueve.

1. El 17 de diciembre de 2018, **Oscar Antonio Giralt Ayala** presentó, en representación de todos los denunciados involucrados en este procedimiento, **Hugo Atilio Carrillos Castillo, Juan Pablo Herrera Rivas, Emerson Ulises Ávalos, Ernesto Allwood Lagos, Osmio Américo Rodríguez Salguero, Walter Mauricio Reyes Canales y Mauricio Rolando Arias Bonilla**, recurso de revocatoria en contra de la resolución definitiva emitida por este Instituto a las quince horas del veintiuno noviembre del mismo año. Posteriormente, el 4 de febrero del corriente año, una vez admitido el referido recurso, el denunciante **David Alfredo Bernal Piche**, presentó escrito o contestando el traslado con sus argumentos sobre el recurso incoado.

En tal sentido, los denunciados, a través de su recurso, pretenden que se revoque la resolución definitiva del presente procedimiento, en lo medular, por los siguientes argumentos:

i) Consideran que este Instituto carecía de la habilitación legal para emitir la resolución de mérito, básicamente porque el Art. 77 de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP) establece que las infracciones detalladas en este cuerpo normativo se aplicarán a los funcionarios públicos con capacidad de decidir, en concordancia con la definición de funcionario público contenida en el Reglamento de la LAIP; por lo que no puede atribuirse esa responsabilidad a un ente privado ni a los miembros que lo componen.

ii) Consideran que la conducta sancionada es distinto al supuesto de hecho tipificado en la disposición legal aludida, esencialmente debido a que estiman que la orden emanada del Instituto se dirigió inicialmente al Instituto Nacional de los Deportes

(INDES) y no al ente que conforman los denunciados, a la vez que alegan que las dietas que reciben provienen - de fondos privados, y de acuerdo con los convenios suscritos con el INDES, esta no debe considerarse una remuneración o salario, por lo que no comparten el contenido de la resolución definitiva del procedimiento referencia NUE 70-A-2018 (RC).

iii) Finalmente, alegan una supuesta vulneración a garantías procesales, pues consideran que en la resolución de mérito se omitió realizar ponderaciones sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la multa a imponer.

Por su parte, el denunciante en su escrito de contestación del traslado manifiesta, en lo medular, que le Comité Ejecutivo de la Federación Salvadoreña de Fútbol (CE FESFUT), de acuerdo con lo establecido en el Art. 7 de la LAIP se trata de un ente obligado al cumplimiento de este cuerpo normativo, y a la rendición de cuentas. Asimismo, el denunciante manifestó que en el recurso de revocatoria no pueden alegarse cuestiones de fondo que ya fueron controvertidas, y que, por disposición legal, las solicitudes de acceso a la información y el cumplimiento de otras obligaciones establecidas en la LAIP por parte de sujetos obligados de naturaleza particular, debe realizarse por medio de la institución pública con la que más se relacionan, por lo que la orden emitida por este Instituto cuenta con validez aunque se involucre al INDES. Finalmente, alega que tanto su solicitud de información como los subsiguientes procedimientos llevados ante el Instituto no se refieren al salario de los miembros del CE FESFUT, sino a la información pública que generan o resguardan.

II. Este Instituto considera oportuno resolver el presente recurso bajo el siguiente *iter lógico*: A) Consideraciones sobre la calificación jurídica de los hechos atribuidos a los denunciados; B) Consideraciones sobre las supuestas violaciones a las garantías procesales de los denunciados; y C) Determinación de la capacidad de este Instituto para sancionar personas particulares que conforman entes obligados a la LAIP de naturaleza privada.

A) En su escrito los denunciados manifiestan que consideran que la conducta cometida por ellos es diferente a la tipificada en la infracción administrativa que se les atribuye; básicamente, porque estiman que la orden emitida por este Instituto en el procedimiento referencia NUE 70-A-2018 (RC) fue dirigida al INDES y no al CE

FESFUT, por lo que no se consideran incluidos en el mandato emitido por el Instituto.

Al respecto, es necesario aclarar que la LAIP establece un mecanismo para el cumplimiento del procedimiento de acceso a la información en los casos en que la información pública se encuentra en poder de entes de naturaleza privada, obligados al cumplimiento de dicho cuerpo normativo, de acuerdo con los términos expuestos en el Art. 7 de la LAIP. En tal sentido, en virtud de lo establecido en el Art. 67 de la LAIP, la información pública en poder de entes o personas particulares deberá realizarse a través de la institución pública con la que más se relacionan, particularmente por medio del oficial de información de dicha institución.

En tal sentido, la orden emitida por el Instituto, en el procedimiento de apelación antes citado, fue dirigida al oficial de información del INDES, en cumplimiento a lo establecido en el Art. 67 de la LAIP; sin embargo, tanto en el contenido de la resolución se desarrolla, con claridad, la obligación de la FESFUT respecto de la entrega de la información requerida, y las obligaciones que le atañen como ente sometido al cumplimiento de la LAIP. Asimismo, debe resaltarse que, de acuerdo con el auto de las diez horas con veinticinco minutos del 8 de agosto de 2018, que consta asentado en folio 27 del expediente de referencia NUE 70-A- 2018 (RC), la FESFUT fue requerida por el Instituto para que rindiera informe y participara del procedimiento, además que dicho ente fue debidamente notificado de la resolución definitiva de dicho caso.

Por lo tanto, considerando que es un hecho aceptado por las partes que la información requerida es producida por la FESFUT, el contenido de la orden emitida por el Instituto conlleva necesariamente la entrega de la información por parte de dicho ente privado. Es decir, que el cumplimiento de la orden emitida por el Instituto ineludiblemente implica una acción por parte de la FESFUT, la que fue desarrollada y establecida en el cuerpo de la resolución antes citada. Asimismo, en virtud de la prohibición de la imposición de consecuencias jurídicas por responsabilidad objetiva, corresponde asignar la responsabilidad sobre la infracción cometida a quien materialmente ha producido el daño con su actuar voluntario o negligente; por lo que, este Instituto, no puede obviar la negativa a proporcionar la información incurrida por la FESFUT, aunque dicho ente intente desviar su responsabilidad al INDES.

Por otra parte, en su recurso la parte denunciada argumenta que sus dietas no son pagadas con fondos públicos, sino que provienen de un origen privado. Al respecto debe aclararse que la resolución definitiva del recurso de apelación referencia NUE 70-A-2018 (RC), fue emitida 17 de agosto de 2018 y notificada a todas las partes el 20 de agosto del mismo año, sin que se interpusiera recurso o acción judicial alguna en su contra, por lo que dicha resolución ha causado estado. En tal sentido, los argumentos vertidos en esta línea no pueden ser valorados, pues ha vencido el plazo de ley para argüir sobre el fondo del asunto, por lo que la resolución es exigible en todos sus efectos.

B) En otra línea argumental, los requirentes afirman que en la resolución de mérito ni siquiera se realizó "al más mínimo nivel alguna valoración sobre la cuantificación de la multa". Sin embargo, en el acto que se pretende impugnar se destinó un apartado completo a la valoración del daño causado, la necesidad de la imposición de la sanción y su proporcional aplicación. En tal sentido, este Instituto realizó valoraciones sobre la voluntariedad manifestada por los denunciados en el bloqueo al derecho de acceso a la información del denunciante, materializada en la negativa expresa a proporcionar lo requerido.

En tal sentido, el Instituto también valoró la proporcionalidad de la multa a imponer considerando el daño causado al derecho de los particulares y el incumplimiento de las obligaciones de parte del CE FESFUT, y finalmente, determinó la necesidad de imponer la multa en cuanto a su función preventiva.

De tal forma, la resolución de mérito fue debidamente fundamentada y motivada, por lo que la mera inconformidad del requirente manifestada en ese apartado de su recurso, no resulta suficiente para revocar la decisión adoptada por el Instituto.

C) Por otra parte, en lo relativo a la capacidad que tiene este Instituto para imponer sanciones a personas particulares, es necesario realizar algunas valoraciones respecto del principio de legalidad establecido en el Art. 15 de la Constitución, aplicable a los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Al respecto, como lo retoman

Garberí y Buitrón¹, a este tipo de procedimientos también le aplican las manifestaciones del principio de legalidad, y particularmente su vertiente conocida como *lex certa*, cuyo contenido limita al aplicador de la norma a ceñirse con estricto apego a las disposiciones establecidas por el legislador, en los términos expresamente dispuestos, para garantizar los derechos de los justiciables. Como consecuencia, solo serán aplicables las sanciones cuyo alcance y elementos constitutivos sean expresados de forma clara y determinada por una ley en sentido formal, y las consecuencias jurídicas derivadas de esta norma solo serán aplicables en el sentido y forma previsto expresamente en el cuerpo normativo.

De igual forma, el principio de tipicidad, como manifestación del principio de legalidad², también conlleva para el aplicador de la norma la obligación de sujeción estricta a los tipos punitivos establecidos en la ley, de tal forma que no puede ni imponer sanciones frente a actos que no han sido tipificados por el legislador, ni imponer sanciones no incluidas en la norma; aún en aquellos casos en los que la conducta cometida sea similar a la conducta típica, no podrá procederse a la determinación de responsabilidad si no se han completado todos los elementos típicos que describen a la infracción determinada.

Por otra parte, es necesario analizar el alcance de la facultad sancionadora concedida a este Instituto, principalmente en lo relativo a los sujetos a los que puede imponérsele una sanción frente al cometimiento de las infracciones establecidas en la LAIP. En tal sentido, hay que considerar que de acuerdo con el esquema planteado por la LAIP, las conductas típicas se encuentran descritas en el Art. 76, mientras que la consecuencia jurídica a aplicar se encuentra en el Art. 77, el cual establece una limitante respecto de los sujetos activos de los tipos descritos en la disposición anterior, pues determina que las sanciones serán impuestas al funcionario público en cuyo cargo se encuentre la atribución de tomar decisiones.

En tal sentido, la capacidad sancionadora del Instituto fue limitada por el legislador hacia los funcionarios públicos, dejando de lado a los sujetos particulares obligados al cumplimiento de la IAIP. De tal forma, aunque se reconocen las obligaciones

¹ GARBERÍ, José y BUITRÓN, Guadalupe. El procedimiento administrativo sancionador. Tirant lo Blanch 5ª edición, Valencia, 2008. Tomo 1 pág. 57

² Ídem pág. 98

de estos entes, el legislador omitió excluirlos del alcance del procedimiento administrativo sancionador conducido por el Instituto. A pesar de ello debe delimitarse que, aún ante tal falencia normativa en materia sancionatoria de la LAIP, dichos entes privados tienen la plena obligación de cumplir con las obligaciones derivadas por las órdenes administrativas emitidas por este Instituto.

Concatenado a lo anterior, es menester analizar el estatuto con el que ejercen sus funciones los miembros del CE FESFUT para determinar si se adecúa los requerimientos del Art. 77 de la LAIP. En tan sentido, conviene considerar la definición de funcionario público proveída en el Art. 2 del Reglamento de la LAIP, de acuerdo con la cual, la referida investidura requiere la concurrencia de los siguientes elementos: (i) debe tratarse de una persona natural; (ii) debe prestarse un servicio en una administración del Estado; y (iii) debe tener dentro de las atribuciones de su cargo la facultad para tomar decisiones.

Por su parte, los miembros del CE FESFUT ejercen sus funciones en el marco de las atribuciones y condiciones establecidas en la Ley General de Deportes (LGD), y de acuerdo con dicho cuerpo normativo se tratan de entidades de utilidad pública, con personalidad jurídica y sin fines de lucro, lo que se manifiesta en la obligación de fiscalización de fondos que se les impone. Sin embargo, el Art. 44 de la LGD establece un mandato general que abarca tanto a las federaciones como a sus administradores, en cuanto no pueden considerarse miembros, órganos o funcionarios de la administración pública.

En tal sentido, aunque se reconoce el interés público de las funciones de las federaciones deportivas, y la importancia que estas revisten para la población en general; por ministerio de ley, el estatuto en el que sus autoridades ejercen sus funciones no puede equipararse con el de funcionario público, y como consecuencia, no pueden entenderse incluidos en el alcance de la facultad sancionadora de este Instituto.

Por lo tanto, en lo relativo al presente caso se confirma la obligación legal de dar debido cumplimiento a la orden emitida por el Instituto; sin embargo, se advierte que el actuar cometido por los denunciados, pese a ser claramente antijurídico, no reúne en su totalidad los elementos típicos establecidos en la LAIP para el cometimiento de la infracción aludida, en tanto el Art. 77 de dicho cuerpo normativo, exige como elemento subjetivo del tipo administrativo que en el sujeto activo concorra la calidad de funcionario

público.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Instituto con anterioridad, en cuanto a rechazar procedimientos administrativos sancionadores dirigidos en contra de particulares³. Sin embargo, es importante aclarar que existe una diferenciación entre el ejercicio de la facultad sancionadora del Instituto, y el cumplimiento de las obligaciones de transparencia de este tipo de instituciones; si bien sus autoridades no pueden ser sujetos de las sanciones administrativas establecidas en la LAIP, la obligación de proporcionar información a los particulares permanece vigente.

En virtud de lo antes expuesto, atendiendo a los principios constitucionales de legalidad y tipicidad, es procedente revocar la resolución impugnada.

III) Una vez dispuesto lo anterior, es necesario considerar los efectos de las acciones adoptadas por los denunciados del presente procedimiento. Al respecto, debe tomarse en cuenta que la resolución definitiva correspondiente al caso con referencia NUE 70-A-2018 (RC), fue notificada a las partes, incluida la FESFUT, el 20 de agosto de 2018, sin que a la fecha se haya dado cumplimiento a lo proveído.

Debe resaltarse, que la negativa manifiesta de los denunciados a proporcionar la información consistente en copias en formato PDF de las actas del CE FESFUT comprendidas entre 2014 y 2018 y copias en formato PDF de los contratos de derechos televisivos, de comercialización o de cualquier otro rubro que involucren a la selección mayor de fútbol, firmados entre la FESFUT y las empresas Media World e Imagina US, entre 2014 y 2018; constituye un incumplimiento tanto a obligaciones de transparencia derivadas de la LAIP, como a la resolución definitiva emitida por este Instituto. Asimismo, el actuar de los denunciados constituye un bloqueo al derecho de acceso a la información del ciudadano denunciante y consecuentemente, atendiendo a la dimensión comunitaria de este derecho, también conlleva una afectación a la colectividad.

En tal sentido, corresponde a este Instituto la realización de las acciones ejecutivas correspondientes, de conformidad con lo establecido en los Art. 96 de la LAIP y 32 letra

³ Auto de Improcedencia de Revocatoria, procedimiento referencia NUE 5-DDP-2018 de las trece horas con treinta y nueve minutos del diez de agosto de dos mil dieciocho.

"b" de la Ley de Procedimientos Administrativos, con el fin de asegurar el debido cumplimiento de la resolución definitiva del procedimiento de apelación. Ante ello, como efecto de esta decisión, debe iniciarse el procedimiento de ejecución forzosa de entrega de la información por parte de la CE FESFUT.

De igual forma, se advierte que las acciones antes descritas podrían considerarse constitutivas del delito de desobediencia de particulares, tipificado y sancionado en el Art. 338 del Código Penal, por lo que en virtud de lo dispuesto en el Art. 80 de la LAIP, corresponde librar oficio a la Fiscalía General de la República y remitir certificación del expediente correspondiente, para que determine la existencia o no de responsabilidad penal en este caso.

IV) Por lo tanto, de conformidad a las disposiciones antes mencionadas, y los Arts. 6 y 18 de la Constitución, Arts. 95, 96 y 102 de la LAIP; Arts. 20, 217, 503,505 del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), este Instituto resuelve:

a) Revocar la resolución definitiva del presente procedimiento administrativo sancionador emitida a las quince horas del 21 de noviembre de 2018, por la razón antes manifestada.

b) Ordenar a la Unidad de Cumplimiento de este Instituto, que inicie el procedimiento de ejecución forzosa establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil para la ejecución de las obligaciones administrativas derivadas de la resolución definitiva del procedimiento de apelación con referencia NUE 70-A-2018 (RC), emitida a las diez horas con diez minutos del 17 de agosto de 2018.

e) Librar oficio a la Fiscalía General de la República, y certificar copia del expediente de apelación referencia NUE 70-A-2018 (RC), para que se determine existencia o no responsabilidad penal derivada de las acciones de los miembros del Comité Ejecutivo de la Federación Salvadoreña de Fútbol.

Notifíquese.-

VOTOS DISIDENTES DE LAS COMISIONADAS CLAUDIA LIDUVINA ESCOBAR Y OLGA NOEMY CHACÓN HERNÁNDEZ

Compartimos los criterios vertidos en la resolución de revocatoria en contra de la resolución definitiva emitida por este Instituto a las quince horas del veintiuno de noviembre de 2018, en lo que atañe a la determinación que no existen los vicios planteados por el apoderado licenciado Oscar Antonio Giralt Ayala, representante de los señores **Hugo Atilio Carrillos Castillo, Juan Pablo Herrera Rivas, Emerson Ulises Ávalos, Ernesto Allwood Lagos, Osmín Américo Rodríguez Salguero, Walter Mauricio Reyes Canales y Mauricio Rolando Arias Bonilla**, plasmados en dicha resolución en el romano 11, literales A y B; asimismo, lo contenido en el romano 111; pero disentimos en lo concerniente a la capacidad de este Instituto para sancionar personas particulares que son entes obligados a la LAIP de naturaleza privada.

Las razones de nuestro disentimiento se expresan a continuación:

I. Es necesario aclarar que, de acuerdo a lo establecido en el Art. 2 de la LAIP y a tenor del principio de máxima publicidad consagrado en el Art. 4 letra "a" del mismo cuerpo normativo, debe considerarse pública toda información generada, administrada o en poder de las instituciones públicas, siempre y cuando no aplique ninguna de las excepciones legalmente establecidas, entendiéndose por estas las relativas a la información reservada y la Confidencial -Art. 19 y 24 de la LAIP respectivamente-; en tal sentido, la calidad de reservada o confidencial de la información, depende enteramente de su contenido, y no del medio en que ésta sea producida, propiciando el control democrático de las actuaciones c7 gubernamentales a través del pleno ejercicio del derecho al acceso a la información.

Lo anterior, en razón de la orden emitida por este Instituto en la resolución objeto de impugnación (NUE 70-A-2018), de entregar la información que solicitó el denunciante **David Alfredo Bernal Piche**, la cual no fue y no ha sido cumplida por los miembros del Comité Ejecutivo de la **FESFUT**, esa omisión del ente en comento, a nuestro criterio,

configura un actuar antijurídico del tipo de la infracción establecida en el Art. 76 letra "c" de las infracciones muy graves, ante ello, el IAIP en el ejercicio de las facultades conferidas por la ley, previa apelación y resolución, podrá ordenar la entrega de información que anteriormente haya sido denegada por cualquier ente obligado.

II.- Es evidente que esta Institución desde su creación está facultada a imponer sanciones en el caso de la negativa de todo tipo de entes obligados a entregar información, por orden de este mismo, ya que forma de parte de las atribuciones brindadas por la Ley en armonía con el principio de legalidad dispuesto en el Art. 86 de la Constitución de la República.

En ese sentido, la **FESFUT** es un ente obligado a la LAIP, de conformidad con su Art. 7 inciso 2º, debido a que en el periodo de la solicitud de información objeto de controversia, recibía fondos públicos, sin delimitar en debida forma su uso. Es por ello, que está obligada al cumplimiento irrestricto de la mencionada ley y también a las responsabilidades que conlleva su incumplimiento.

Es así que, aunque el Art. 77 de la LAIP, establece que por la comisión de las conductas tipificadas en el Art. 76, se impondrán multas al funcionario público con facultad para tomar decisiones dentro de las atribuciones de su cargo, pues consideramos que el Art. 7 de la misma ley, complementa de manera residual a los destinatarios de esas multas, pues en el se establece claramente que son entes obligados a la LAIP, entidades de la naturaleza de la FESFUT, y no con ello se lesiona el principio de legalidad. Sobre ello, la jurisprudencia constitucional en la improcedencia dictada de fecha 7 de enero de 2019, en el proceso de inconstitucionalidad de referencia 21-2018, ha establecido que dicho principio opera de manera estricta en materia penal, pero debe ser más flexible en el ámbito de las sanciones administrativas, pues considera que la jurisprudencia de la Sala Contencioso Administrativa que sostiene la tesis de que las disposiciones inaplicadas en el control difuso en ese caso, son incompatibles con la Constitución, porque constituyen cláusulas sancionadoras residuales. Sin embargo, consideramos que dicha autoridad judicial pasó por alto que las fórmulas legales de tipificación aparente y residual constituyen una especie de "norma de cierre o de clausura" de lo punible en sede administrativa, dirigidas a evitar la impunidad de conductas no enumeradas expresamente

en los tipos de infracción de la ley, pero que el órgano aplicador pudiera considerar merecedoras de una sanción administrativa, aunque sea leve. Se trata pues, según la Sala de una expresión para incluir todo lo que no había sido comprendido en las categorías de infracción, sin tener que tipificarlo realmente.

En ese sentido, desconocer lo anterior, es aceptar que existen zonas exentas del control administrativo del Instituto, pues con ello, se permite que este tipo de entes obligados a la LAIP, quedarían impunes por la vulneración al derecho constitucional de acceso a la información pública de la población, al no poder ejercer en ellos, los efectos disuasivos de la sanción, creando un nicho a la corrupción, restándole fuerza de obligatoriedad a las resoluciones de este Instituto, que ordenan la entrega inmediata de información. Además, el dejarlos fuera de la sanciones abre un mal precedente para que toda sociedad de economía mixta y las personas naturales o jurídicas que por cualquier vía reciban fondos públicos, se escuden en esta resolución para no entregar la información, con la agravante de que no podrán ser sancionadas. Con esta resolución, ambas comisionadas consideramos que el IAIP está retrocediendo en ser el ente garante del derecho de acceso de información pública al permitir que sectores queden exentos de responsabilidad cuando niegan información ante requerimientos ciudadanos, que buscan promover procesos de fiscalización, control y rendición de cuentas con el fin de que los administradores de las finanzas públicas justifiquen de manera clara y precisa sus acciones, decisiones y actuaciones en el uso de los fondos públicos que provienen del pago de los impuestos de todas y todos los salvadoreños, reduciendo de esta manera los esfuerzos en prevenir y combatir la corrupción que tanto daño hace a la sociedad. Por tanto, consideramos que la resolución objeto de impugnación debía confirmarse, y por ende; obligar a los miembros de la Junta Directiva de la FESFUT, a pagar el monto de la multa impuesta, con el agravante que aún siguen sin brindar la información al ciudadano, lesionando su derecho de acceso a la información.

-----O.CHACON-----C.L.E----- PRONUNCIADO POR LAS
COMISIONADAS QUE LO SUSCRIBEN"*****"RUBRICADAS*****"