



NUE 4-O-2019 (CM)
Procedimiento Sancionador de Oficio
contra Municipalidad de San Rafael Cedros
Resolución Definitiva

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las quince horas con seis minutos del veinticuatro de agosto de dos mil veinte.

Descripción del caso

I. Los días 26 de agosto de 2019 y 2 de septiembre del mismo año, la encargada de la Unidad de Evaluación del Desempeño, de este Instituto, remitió los memorandos identificados con las referencias IAIP.D3-21.021/2019 y IAIP.IAIP.D3-21.023/2019, respectivamente, a los que anexó: **i)** el reporte de infracciones identificadas en la Alcaldía Municipal de San Rafael Cedros; **ii)** ampliación de reporte de infracciones identificadas en la Alcaldía Municipal de San Rafael Cedros, **iii)** informe de Fiscalización sobre cumplimiento de obligaciones de transparencia: Alcaldía Municipal de San Rafael Cedros, año 2019, **iv)** informe de Fiscalización sobre cumplimiento de obligaciones de transparencia: Alcaldía Municipal de San Rafael Cedros, año 2018, **v)** informe de Fiscalización sobre cumplimiento de obligaciones de transparencia: Alcaldía Municipal de San Rafael Cedros, año 2017, **vi)** el registro fotográfico de los archivo institucional de San Rafael Cedros, año 2019. A través de dicha documentación informó los hallazgos advertidos en la visita realizada el día 29 de mayo de 2019, en el marco de la evaluación de Municipalidades 2019 con la finalidad de determinar el posible inicio del procedimiento administrativo sancionador de oficio en contra de **José Tomás Cornejo Mejía, Gilmar Arturo García Delgado, Saúl Eugenio Alvarado Velasco, Maydee Patricia Beltrán de Durán, Santos Vicente Cubías Huevo, René Molina Cornejo, Julio César Navarro García e Iliana Yaneth Molina de Rivas**, quienes son miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros, **Rosa Emilia Alas de Menjívar**, oficial de gestión documental y archivo y **Lorena Patricia Argueta**

quien al momento de la realización de la evaluación del desempeño, fungía como oficial de información de dicha municipalidad y **vii)** el acta de inspección de la referida evaluación.

En el reporte de infracciones y en su ampliación se identificó la posible comisión de las infracciones muy graves estipuladas en el artículo 76 letra “f” de la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP): *“Tener la información bajo su custodia de manera desactualizada, desordenada, en violación ostensible a las medidas archivísticas establecidas en esta ley y por el Instituto.”* por parte de los **miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros y Rosa Emilia Alas de Menjívar**, y la grave contenida en el artículo 76 literal a) *“actuar con negligencia en la sustanciación de las solicitudes de acceso a la información o en la difusión de la información a que están obligados conforme a esta ley”* por parte de los miembros del **Concejo Municipal de San Rafael Cedros** y de la ex oficial de información ad honorem de la municipalidad, **Lorena Patricia Argueta**.

En el mismo la Unidad de Evaluación del Desempeño, informó que en el tema de transparencia activa, verificó que la información no se ha actualizado desde 2016 y 2017, indicando que tienen dos años de retraso en la publicación actualizada de la información oficiosa, que en el año 2017 se procedió a una publicación regular de información oficiosa, no así durante los años 2018 y 2019, ya que la misma ha verificado que ha habido un incumplimiento absoluto durante dichos años, en lo que respecta al componente de gestión documental: se informó que hay documentos hacinados, cajas con documentos que no se encuentran clasificados y otros se encuentran dispersos por el suelo al lado de adornos navideños, materiales de construcción, entre otros. Además que, dichos documentos se encuentran en alto riesgo de deterioro o extravío, ya que no poseen las condiciones ambientales requeridas para la conservación de los mismos. Ante esto, en el informe de infracciones se identificaron como presuntos infractores a los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros, y en la referida ampliación del reporte de infracciones, a la oficial de gestión documental y archivo y a la oficial de información de la referida municipalidad.

Ahora bien, en el informe de fiscalización sobre el cumplimiento de obligaciones de transparencia de 2019, se expresó que la municipalidad no muestra avances en materia de publicación de información oficiosa, desde 2016, y que hay un incumplimiento reiterado en

el tema. Además de ello se indicó que desde 2016 no se ha procedido a actualización de la información oficiosa en el portal de transparencia, lo cual fue consecuente con la calificación obtenida en este componente –fue de 0.0-. En lo referido al componente de gestión documental se informa que la documentación se encuentra en una situación alarmante en alto riesgo de destrucción debido a que no se han empleado las medidas de conservación adecuadas. En el informe de fiscalización del año 2018, remitido de igual forma se expresa que la municipalidad presenta información desactualizada, para ese año, desde 2015, y que además el portal de transparencia municipal no contaba con todos los apartados exigidos por la LAIP, en el componente de gestión documental, automáticamente se calificó con 0 a la municipalidad, en tanto que no remitieron la documentación para ser evaluada. Finalmente el informe de fiscalización de fecha 2017, se indica que la municipalidad presenta información desactualizada e incompleta y en cuanto al componente de gestión documental se indicó que la Municipalidad no ha adoptado acciones para la organización, conservación y acceso de los archivos de la municipalidad y que los mismos a esa fecha se situaban en 3 bodegas que se encuentran en condiciones inadecuadas.

Previo análisis de la referida documentación, este Instituto resolvió iniciar de oficio el presente procedimiento administrativo sancionador en contra de: **José Tomás Cornejo Mejía, Gilmar Arturo García Delgado, Saúl Eugenio Alvarado Velasco, Maydee Patricia Beltrán de Durán, Santos Vicente Cubías Huezo, René Molina Cornejo, Julio César Navarro García e Iliana Yaneth Molina de Rivas**, quienes son miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros; **Rosa Emilia Alas de Menjívar**, oficial de gestión documental y archivo y **Lorena Patricia Argueta**, quien al momento de la evaluación del desempeño ostentó el cargo de oficial de información, se procedió a designar al Comisionado José Alirio Cornejo Najarro, para instruir el mismo y elaborar un proyecto de resolución, de conformidad con el artículo 87 de la Ley de Acceso a la Información Pública; sin embargo, la instrucción y proyecto de resolución fue propuesto por su suplente la licenciada Cesia Yosabeth Mena Reina.

II. El 19 de septiembre de 2019 los señores **José Tomás Cornejo Mejía, Gilmar Arturo García Delgado, Saúl Eugenio Alvarado Velasco, Maydee Patricia Beltrán de Durán, Santos Vicente Cubías Huezo, René Molina Cornejo, Julio César Navarro**

García e Iliana Yaneth Molina de Rivas, presentaron sus alegaciones a efecto de evacuar el traslado conferido en el auto de inicio del presente; en síntesis, los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros han manifestado que durante su gestión no han mantenido información de forma desactualizada o desorganizada y que han realizado gestiones a través de la oficial de información de esa Municipalidad a efectos de dar a conocer al personal que labora en las dependencias de la Alcaldía que presiden, la importancia sobre el cumplimiento de la LAIP en cuanto a la documentación que generen en las unidades correspondientes. Además todos ofrecieron prueba documental.

En esa misma fecha compareció con la misma finalidad la ex oficial de información de la municipalidad de San Rafael Cedros, señora **Lorena Patricia Argueta Rivas**, quien en síntesis expresó que ella estuvo en la disponibilidad de ejercer el cargo de oficial de información; sin embargo, tiene una sobrecarga laboral debido al momento de la evaluación del desempeño se encontraba desenvolviéndose en 3 cargos -incluido el de oficial de información- adicionalmente adujo que no ha recibido capacitaciones en la materia y que está en desacuerdo que se le exija responsabilidad de situaciones suscitadas en 2017 y 2018, debido a que no era ella quien ejercía el cargo.

Finalmente, en esa misma fecha también compareció evacuando el traslado conferido, la señora **Rosa Emilia Alas de Menjívar**, que en lo medular manifestó que ella desconocía la situación de la documentación que está resguardada en la Guardería Municipal, debido a que a la fecha de la inspección realizada en el marco de la evaluación del desempeño realizada por la unidad correspondiente ella había sido recién nombrada.

III. El día 9 de julio del presente se realizó el inicio de la audiencia oral de este caso, misma que fue continuada el día 15 de julio del mismo año. En la misma comparecieron las y los indiciados en el presente y la licenciada **Issa Margarita Castillo Flores**, actuando en calidad de representante de los mismos, acreditando su comparecencia con la documentación pertinente, en virtud de lo cual se les dio intervención en la misma. Previo a la instalación de la audiencia oral correspondiente se procedió a reasignar el expediente de esta causa a la comisionada suplente Cesia Yosabeth Mena Reina.

Durante la tramitación de la referida audiencia el Pleno de Comisionadas y Comisionado, confirió a los indiciados en el presente la oportunidad de aceptar los hechos atribuidos como infracción, con motivo de proporcionar los beneficios regulados en el artículo 156 de la Ley de Procedimientos Administrativos -LPA-. Sin embargo, la licenciada Castillo Flores manifestó no aceptar tal proposición.

En la misma, a efectos de delimitar el objeto probatorio el Pleno de Comisionadas y Comisionado, con base a los artículos 318 y 319 del Código Procesal Civil y Mercantil -CPCM- inadmitió la prueba consistente en; a) *una impresión de correo electrónico de fecha 12 de agosto de 2019 emitido por la UAIP de la Municipalidad de San Rafael Cedros* debido a que no fue incorporada con las formalidades del artículo trescientos veinticinco del CPCM y, b) *Constancia de participación de fecha 2 de julio de 2020 emitido por la Dora Alicia, Coordinadora Administrativa Financiera del Centro de formación Municipal de ISDEM,* debido a que no tiene relación con la infracción señalada de forma preliminar, de conformidad al artículo trescientos dieciocho del CPCM.

En la etapa de los alegatos, la representante de los indiciados realizó una línea de tiempo con base a las acciones que el Concejo Municipal de San Rafael Cedros realizó en materia de transparencia activa y gestión documental: en primer lugar manifestó que un mes posterior que empiezan su gestión se nombró a la oficial de información – 4 de junio de 2018, el día 6 de junio, -1 mes con 4 días posterior a su inicio de gestión- se pidió donación a la CSJ, a fin de mejorar el área de archivo, según manifestó, se pidió donación, debido a que ellos ya iniciaron con un presupuesto aprobado para la otra administración, que el 20 de octubre de 2018, se nombra un oficial de información interino, debido a que la oficial de información se retiró por maternidad, además indicó que en mayo de 2018, se iniciaron gestiones para mejorar la situación del archivo. Pero que debido a que entraron con presupuesto aprobado a la anterior administración se encontraron imposibilitados de adquirir por medio de compra el equipo adecuado, por eso es que se procedió a solicitar donación a la Corte Suprema de Justicia, y que el 21 de mayo de 2019 se nombra a la actual oficial de gestión documental, y procedió a concluir la referida línea indicando que el 24 de julio de 2019 se efectuó compra de inmobiliario para el área de archivo, que en octubre de 2019 se adquirió un nuevo equipo tecnológico y que el 18 de febrero del presente año se inició una

remodelación para el resguardo adecuado de la documentación que general la municipalidad. Además adujo que no existe culpa por parte de los indiciados señalados en el presente procedimiento, debido a que se están imputando hechos correspondientes a 2017 y 2018 y que desde que toman cargo ellos ejecutan acciones encaminadas a mejorar todo lo relativo a la información pública, finalmente manifestó que no ha existido daño ocasionado por la conducta atribuida a sus representados y además que sus representados únicamente pueden responder por las actuaciones correspondientes a su gestión.

Análisis del caso.

Una vez establecido lo anterior, el examen del caso seguirá el orden lógico siguiente: (I) Potestad sancionatoria del Estado y del principio de legalidad, como principios que rigen el ejercicio de dicha facultad por parte de este Instituto; (II) breves consideraciones sobre la infracción muy grave tipificada en el artículo 76 letra “F” del apartado de las infracciones muy graves de la LAIP; (III) breves consideraciones sobre la infracción grave tipificada en el artículo 76 letra “a” del apartado de las infracciones graves de la LAIP; (IV) análisis de los medios de prueba que obran en el presente procedimiento; (V) delimitación de la conducta de involucramiento de cada indiciado de acuerdo a los hechos acreditados; (VI) deber de los funcionarios de propiciar una buena administración desde que asumen su cargo; (VII) cuantificación del monto de la sanción a imponer de acuerdo al daño causado conforme al principio de lesividad, en el caso de haberse acreditado la comisión de la misma; y, (VIII) consideraciones sobre viabilidad de la solicitud de adopción de medidas alternativas a la imposición de una sanción, realizada por el apoderado de los concejales.

(I) La potestad sancionadora del Estado, conocida como *ius puniendi*, y concebida como la capacidad estatal de ejercer un control social coercitivo sobre actos ilícitos, se manifiesta en la aplicación de las leyes por los tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento jurídico. Esta materialización del *ius puniendi* en el campo administrativo se denomina potestad sancionadora de la Administración.

La principal justificación de la potestad sancionadora, ejercida por entes administrativos, atiende a razones pragmáticas, pues es necesaria la imposición de medidas represivas por parte de la administración pública para restablecer el orden jurídico que ha sido alterado por conductas que le contravienen de forma directa, y así desplegar su función principal consistente en gestionar los bienes, recursos y servicios estatales, mediante actividades encaminadas a la realización del bien común y del interés colectivo. (Sentencias del 29 de abril de 2013 tramitada bajo la referencia Inc. 18-2008 y del 7 de enero de 2019 tramitada bajo la Inc.21-2018) ya que es la estructura orgánica compuesta por diversas instituciones a la que se atribuye la función de gestionar los bienes, recursos y servicios estatales, mediante actividades encaminadas a la realización del bien común y del interés colectivo (sentencia de 29 de abril de 2013 tramitado bajo la referencia Inc. 18-2008). Para la consecución de tal finalidad, la administración puede ejercitar potestades determinadas, entre las que se encuentra la potestad para sancionar conductas contrarias al ordenamiento jurídico. (Resolución de la SCA emitida en fecha 7 de enero de 2009 tramitado bajo la referencia 21-2018).

Asimismo, la actividad de los administrados y administradas es controlada y seguida por la Administración Pública, por medio de técnicas permitidas, justificadas por la posibilidad de tutelar los intereses sociales, de ahí que pueda imponer sanciones administrativas, puniendo actitudes lesivas —acciones u omisiones— a la esfera jurídica de los administrados.

Es dable resaltar el efecto disuasivo que la sanción, al igual que la pena en el ámbito penal, trae aparejada para el infractor de una norma. En ese sentido, a través de la corrección de conductas al margen de la ley —que pueden ocasionar consecuencias perniciosas a los receptores de esta— se pretende reorientar actitudes que desde un inicio se perfilaba arbitrarias, a caminos iluminados por la legalidad, como el restablecimiento de la seguridad jurídica. (Resolución definitiva emitida por este Instituto el 23 de enero de 2019 ref. 13-D-2018)

Así, sobre la base del artículo 14 de la Constitución con relación al 58 letra “e” de la LAIP, este Instituto puede intervenir punitivamente en la esfera jurídica de los servidores públicos que provoquen una lesión o daño a los derechos que garantiza la mencionada ley,

considerados estos como derechos fundamentales de los administrados, siempre que tales comportamientos se encuentren tipificados en el referido cuerpo normativo como infracciones plausibles acreedoras de una sanción de carácter pecuniario.

Dentro de esta potestad administrativa sancionadora, se encuentran fijados fines y principios que deben regir la valoración de los hechos e interpretación de las normas. Entre estos principios se encuentran: el principio de legalidad, lesividad del bien jurídico, culpabilidad y la prohibición de doble juzgamiento, que en doctrina se han denominado como el programa penal de la Constitución.

(i) La jurisprudencia constitucional de nuestro país, que en esta ocasión hacemos nuestra, establece que el principio de legalidad en el ámbito sancionador, constituye una exigencia de seguridad jurídica que no sólo requiere el conocimiento previo de los delitos o infracciones y de las penas o sanciones, sino que también constituye una garantía política hacia el individuo de que no puede ser sometido a penas o sanciones que no hayan sido establecidas previamente, evitando así los abusos de poder. (Resolución emitida el 15 de julio de 2004 por la SC, en el proceso de amparo de referencia 117-2003).

Es así, que el mencionado principio trae aparejadas implicaciones para la interpretación y aplicación de la LAIP, en el sentido que establece condiciones para la imposición de sanciones por infracciones a la ley, tales como: i) que una ley describa la infracción y su punición; ii) que la ley sea anterior al hecho; iii) que la ley sea precisa en su lenguaje descriptivo con relación a la construcción de la infracción y precisa en el lenguaje normativo de las consecuencias que resulten de su cometimiento; y, iv) que se evite comprender supuestos que no se enmarquen dentro de su tenor.

II. En el artículo 76 de la LAIP el legislador prevé los tipos de infracciones que podrían ser cometidas por los funcionarios o servidores públicos, al quebrantar las disposiciones relativas al derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales, en el ejercicio de sus funciones; y, a la vez, categoriza dichas infracciones en leves, graves y muy graves. Esta clasificación ha sido determinada por el legislador atendiendo la graduación del daño provocado como consecuencia de la comisión de la conducta tipificada en la citada disposición legal.

En consonancia con lo anterior, la LAIP en el artículo 58 letra “e” confiere expresamente, a este Instituto, la potestad de “conocer y resolver del procedimiento administrativo sancionatorio y dictar sanciones administrativas”.

Ahora bien, el artículo 76, letra “f” de la LAIP, contempla como infracción muy grave el ***“Tener la información bajo su custodia de manera desactualizada, desordenada, en violación ostensible a las medidas archivísticas establecidas en esta ley y por el Instituto.”***

En ese sentido, es importante mencionar que la infracción de dicho tipo implica la presencia de cualquiera de las conductas negligentes descritas en la disposición aludida, por parte de los responsables del Sistema Institucional de Gestión Documental y Archivos (SIGDA) y de la Unidad de Gestión Documental y Archivo (UGDA). Al respecto resulta imperativo traer a colación que las citadas *medidas archivísticas*, para este caso, se refieren a los nueve lineamientos relacionados al tema de gestión documental y archivos emitidos por este Instituto, en ese sentido el tipo infractor descrito también implica la inobservancia de alguna de las disposiciones contenidas en los referidos lineamientos.

III. En el presente procedimiento también se ha señalado preliminarmente el cometimiento de la infracción dispuesta en el artículo 76 letra “a” de las infracciones graves de la LAIP, consistente en *“Actuar con negligencia en la sustanciación de las solicitudes de acceso a la información o en la difusión de la información a que están obligados conforme a esta ley.”*

Del referido tipo se extrae, que los sujetos activos de este tipo, *prima facie*, son los oficiales de información en el desempeño de las atribuciones conferidas en el artículo 50 de la LAIP, que devienen en el cometimiento de esta infracción por darle trámite de forma desprolija a la solicitudes de información que realice la ciudadanía a la institución en la que laboren o bien, por actuar de forma negligente en la publicación de información oficiosa que prescriben los artículos del 10 al 17 de la LAIP y los dos lineamientos para la publicación de información oficiosa, que brindan especificaciones sobre las características que debe de presentar la información que se pretenda difundir por las instituciones v.g. que el formato de la documentación que se publique sea procesable.

La relevancia de estas conductas, que pueden suscitarse de actuaciones específicas u omisiones, estriba en que a través de ellas se veta del conocimiento general la información generada por la instituciones públicas configurándose así una vulneración al derecho de acceso a la información pública de la ciudadanía, lo cual riñe con un estado democrático de derecho.

Ahora bien, el presente procedimiento de oficio se inició en contra de los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros, en su carácter personal, todos por el cometimiento de las infracciones del artículo 76 letra “f” del apartado de las infracciones muy graves de la LAIP y “a” del apartado de las infracciones graves.

También en contra de la oficial de gestión documental por el cometimiento de la infracción del artículo 76 letra “f” del apartado de las infracciones muy graves de la LAIP y contra la ex oficial de información de la Municipalidad en comento.

III. Circunstancias acreditadas de acuerdo a la prueba admitida y de conformidad a los hallazgos advertidos por este Instituto.

Los insumos probatorios que obran en este procedimiento administrativo sancionador, se constituyen como prueba documental y medios electrónicos, ambos reconocidos por el CPCM, que regula lo referido al ámbito probatorio en los procedimientos que tramita la Administración Pública, de acuerdo al artículo 106 de la LPA. En ese sentido, en relación a los instrumentos propuestos debe de tomarse en cuenta que a la fecha no se ha procedido a la impugnación de autenticidad de los mismos. En cuanto al medio electrónico remitido junto con los instrumentos documentales cabe mencionar que ha sido incorporado de la forma en que dictan los artículos 397 y 398 del CPCM, poniéndose a disposición de los indiciados de forma oportuna los discos compactos que se ha venido relacionando, en consecuencia la valoración de los elementos que se enuncian a continuación deberá realizarse bajo las reglas establecidas en la sección primera de del capítulo IV, del CPCM. Los mismos se enuncian a continuación:

a. La Unidad de Evaluación del Desempeño de este Instituto, remitió: **i)** el reporte de infracciones identificadas en San Rafael Cedros, año 2019, y **ii)** ampliación del reporte de

infracciones identificadas en San Rafael Cedros, año 2019 en los que se estableció que la referida Unidad verificó que la información no se ha actualizado desde 2016 y 2017, indicando que tienen dos años de retraso en la publicación actualizada de la información oficiosa, que en el año 2017 se procedió a una publicación regular de información oficiosa, no así durante los años 2018 y 2019, ya que la misma ha verificado que ha habido un incumplimiento absoluto durante dichos años. En lo que respecta al componente de gestión documental: se informó que hay documentos hacinados, cajas con documentos que no se encuentran clasificados y otros se encuentran dispersos por el suelo al lado de adornos navideños, materiales de construcción, entre otros. Y que dichos documentos se encuentran en alto riesgo de deterioro o extravío ya que no poseen las condiciones ambientales requeridas para la conservación de los documentos **iii)** informe de fiscalización sobre cumplimiento de obligaciones de transparencia: Municipalidad de San Rafael Cedros, año 2019, **iv)** informe de fiscalización sobre cumplimiento de obligaciones de transparencia: Municipalidad de San Rafael Cedros, año 2018, **v)** informe de fiscalización sobre cumplimiento de obligaciones de transparencia: Municipalidad de San Rafael Cedros, año 2017, **vi)** el registro fotográfico del archivo institucional de San Rafael Cedros, año 2019, en el que se expresa gráficamente lo aludido en el informe de fiscalización 2019, **vii)** disco compacto denominado “evidencias” y **viii)** el acta de la inspección realizada en la evaluación.

b. Por otro lado, los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros, al momento de rendir su escrito de defensa agregaron: **ix)** certificación de fecha 13 de mayo de 2019, del acuerdo número TRES, contenido en el acta número DIECIOCHO de la sesión ordinaria de las nueve horas y treinta minutos del 13 de mayo de 2019, a través del cual se procede a nombrar a **ROSA EMILIA ALAS DE MENJÍVAR** como encargada del archivo municipal a partir del 21 de mayo de 2019, **x)** certificación de fecha 4 de junio de 2018, del acuerdo número CUATRO contenido en el acta número CINCO de la sesión ordinaria de las nueve horas del día 4 de junio de 2018, a través del cual se procede a trasladar a LORENA PATRICIA ARGUETA RIVAS como oficial de información a partir de 21 de junio de 2018, **xi)** certificación de fecha 2 de octubre de 2018, del acuerdo número CUATRO contenidos en el acta número VEINTIUNO de la sesión ordinaria de las trece horas con treinta minutos, del día 1 de octubre de 2018, a través del cual se procede a trasladar por razones de maternidad

de la oficial de información y jefa de recursos humanos al señor JORGE DANIEL GARCÍA RIVERA al cargo de jefe interino de recursos humanos y oficial de información, **xii**) nota de fecha 6 de junio de 2018, a través de la cual el alcalde municipal de San Rafael Cedros solicita donación de equipo a señor Presidente de la CSJ, **xiii**) copia certificada por notario de fecha 19 de septiembre de 2019 de factura número 01628 emitida a nombre de TESORERÍA MUNICIPAL DE SAN RAFAEL CEDROS, CUSCATLÁN, **xiv**) nota dirigida al licenciado René Valiente Araujo Valiente, solicitando capacitación, de fecha 27 de marzo de 2019, **xv**) copia simple de nota de fecha 11 de abril de 2019, a través del cual el alcalde Municipal solicita apoyo a René Valiente Araujo Valiente, en calidad de jefe de la unidad de fiscalización, solicitando recomendación sobre descargo de documentación con acuse de recibido, además la representante de los indiciados remitió: **xvi**) álbum fotográfico denominado “archivos ante y ahora”, **xvii**) credenciales de los miembros del concejo municipal, **xviii**) audiovisual denominado “presentación de archivo”, **xix**) certificación de fecha 16 de marzo de 2020, del acuerdo número UNO, contenido en el acta número TRECE de la sesión ordinaria de las nueve horas y treinta minutos del 13 de mayo de 2019, a través del cual se procede a modificar el cargo que ostenta la señora ROSA EMILIA ALAS DE MENJÍVAR como encargada del archivo municipal a oficial de gestión documental, **xx**) certificación de fecha 16 de septiembre de 2019, del acuerdo número UNO, contenido en el acta número TREINTA Y CINCO de la sesión ordinaria de las nueve horas del 16 de septiembre de 2019, a través del cual se ordena a las jefaturas administrativas y operativas brindar la información solicitada por la oficial de información, **xxi**) certificación de fecha 8 de octubre de 2019, del acuerdo número TRES, contenido en el acta número TREINTA Y SIETE de la sesión ordinaria de las catorce horas del 8 de octubre de 2019, en la que se refleja la remoción de LORENA PATRICIA ARGUETA RIVAS como oficial de información y se nombra a la señora EVELYN URANIA NARAYANA ORANTES.

c. Por su parte, al momento de rendir su informe, la Ex oficial de Información de la Municipalidad de San Rafael Cedros, incorporó: la certificación de fecha 4 de junio de 2018, del acuerdo número **CUATRO**, que consta en el acta número **CINCO**, de la sesión sostenida el día 4 de junio de 2018, en el que se acuerda el traslado de la señora Lorena Patricia Argueta como jefa de recursos humanos, oficial de acceso a la información pública y como registradora de la ley de la carrera administrativa, prueba que fue previamente incorporada

por los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros bajo el nombre “*prueba x*”, certificación de fecha 2 de octubre de 2018, del acuerdo número **CUATRO**, que consta en el acta número **VEINTIUNO**, de la sesión sostenida el día 1 de octubre de 2018, a través del cual se acuerda el traslado del señor Jorge Daniel Rivera García para cubrir a la señora Lorena Argueta, durante el periodo de maternidad que la ley concede, que al igual que la prueba anterior, ya fue incorporada por los miembros del Concejo bajo el nombre *prueba xi* y **xxii**) certificado de incapacidad temporal a nombre de la señora Lorena Patricia Argueta Rivas.

d. La oficial de gestión documental, por su parte agregó: **xxiii**) certificación de fecha 13 de mayo de 2019, del acuerdo número TRES, contenido en el acta número DIECIOCHO de la sesión ordinaria del 13 de mayo de 2019, a través del cual se procede a nombrar a **Rosa Emilia Alas de Menjívar** como encargada del archivo municipal a partir del 21 de mayo de 2019 y **xxiv**) una serie de fotografías con las que pretende acreditar cómo se encontraba el archivo municipal al momento de realización de la inspección y cómo se encuentra actualmente.

c. Además, con base al principio de verdad material previamente aludido, también se ha incorporado a este procedimiento: **xxv**) el acta de la diligencia de inspección realizada el día 25 de octubre de 2019, así como **xxvi**) el álbum fotográfico de hallazgos encontrados en inspección realizada en Municipalidad de San Rafael Cedros y **xxvii**) el disco compacto en el que consta el registro de movimientos del portal de transparencia de la Municipalidad de San Rafael Cedros, remitido por la Unidad de Tecnología de este Instituto a petición del comisionado instructor del presente.

Ahora bien, estas comisionadas y comisionado aclaran que no se procedió a valorar la prueba **v**), debido a que dicho documento carece de utilidad para comprobar los hechos controvertidos, en tanto que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia no ostenta de capacidad para proceder a la enajenación de bienes que corresponden al Estado, en ese sentido se determina el rechazo de la misma, de conformidad al artículo 319 del CPCM. Tampoco se valoró la prueba **xiv**, consistente en una nota dirigida al licenciado René Francisco Araujo Valiente, solicitando capacitación, de fecha 27 de marzo de 2019, debido a que no se introdujo de manera adecuada en el sentido de que, no consta que la misma haya sido efectivamente enviada al señor Valiente Araujo de acuerdo al artículo 317 del CPCM.

Además se informa que de conformidad al derecho de protección de datos personales, se procederá al desglose del certificado de incapacidad descrito en el ítem xxii agregado al expediente administrativo de este procedimiento, es decir que el mismo no formará parte del expediente administrativo de esta causa.

Dicho lo anterior, y habiendo enunciado cada uno de los medios probatorios que obran en este procedimiento, este Instituto, para valorar cada insumo probatorio que consta en el presente, este Instituto se auxilia de los artículos 341 y 416 del CPCM, que establecen, de forma categórica el valor probatorio que merecen los medios que consten en el procedimiento. Siendo el caso de los documentos públicos y privados que constituyen prueba fehaciente de los hechos, siempre y cuando su contenido no haya sido controvertido. Se toma en cuenta, además que todos los demás -medios de prueba- ameritan que sean valorados como plena prueba, ahora bien con base a este último sistema es que se procedió a la valoración de los discos compactos denominados evidencia de la municipalidad de San Rafael Cedros, el que contiene el registro de movimientos en el Portal de Transparencia asignado a esa Municipalidad y el audiovisual agregado en la audiencia por parte de los indiciados, prueba a la que nos hemos referido oportunamente, en relación con el artículo 106 de la LPA.

3. Ahora bien, con base a los elementos de prueba presentados, valorados conforme el artículo 416 del CPCM, se tienen por establecidos los siguientes hechos:

(a) Que **José Tomás Cornejo Mejía, Gilmar Arturo García Delgado, Saúl Eugenio Alvarado Velasco, Maydee Patricia Beltrán de Durán, Santos Vicente Cubías Huevo, René Molina Cornejo, Julio César Navarro García e Iliana Yaneth Molina de Rivas**, son miembros propietarios del Concejo Municipal de San Rafael Cedros, tal como se acredita con la prueba **xvii)** que corresponde a las credenciales emitidas.

(b) Que **Lorena Patricia Argueta Rivas** fue nombrada como oficial de información *ad honorem*, jefe de recursos humanos y registradora de la ley de la carrera administrativa de la Municipalidad de San Rafael Cedros a partir de 21 de junio de 2018, tal como se comprueba con la certificación de fecha 4 de junio de 2018, del acuerdo número CUATRO contenido en el acta número CINCO de la sesión ordinaria de las nueve horas del día 4 de junio de 2018 (prueba x).

(c) Que el Concejo Municipal concedió a la señora Lorena Argueta licencia por maternidad y que durante ese periodo se nombró de forma interina al señor Jorge Daniel Rivera, tal como se comprueba con el certificado de incapacidad (*prueba xxii*) y certificación de fecha 2 de octubre de 2018, del acuerdo número CUATRO contenidos en el acta número VEINTIUNO de la sesión ordinaria de las trece horas con treinta minutos, del día 1 de octubre de 2018 (*prueba xi*).

(d) Que **Rosa Emilia Alas de Menjívar** fue nombrada como encargada de gestión documental a partir del día 21 de mayo de 2019, tal como se comprueba con la certificación de fecha 13 de mayo de 2019, del acuerdo número TRES, contenido en el acta número DIECIOCHO de la sesión ordinaria de las nueve horas y treinta minutos del 13 de mayo de 2019 (*prueba ix*).

(e) Que al momento de la inspección realizada en el marco de evaluación del desempeño -29 de mayo de 2019- el depósito documental número 2 ubicado en la Alcaldía de San Rafael Cedros, se encontró documentación tirada en el piso del mismo y otra ubicada en el cajas de cartón -en estado de deterioro- que están de forma desorganizada y ubicadas de forma apilada sobre el suelo junto con objetos ajenos como adornos navideños y materiales de construcción, tal como se comprueba con el reporte de infracciones identificadas en la Municipalidad de San Rafael Cedros, su respectiva ampliación, el acta correspondiente a la inspección realizada en el marco de la evaluación realizada por la unidad correspondiente y el registro fotográfico correspondiente (*pruebas i, ii, vi y viii*).

(f) Que la Municipalidad de San Rafael Cedros tuvo documentación en estado de deterioro, suciedad y plagas de arácnidos producto de la falta de medidas ambientales, sanitarias y organizativas así como de la concesión de un espacio físico para su adecuado resguardo, tal como se comprueba con informe de fiscalización sobre cumplimiento de obligaciones de transparencia: Municipalidad de San Rafael Cedros, año 2019 (*prueba iii*) y el registro fotográfico denominado *prueba vi*, y tal como consta en el acta de inspección ordenada por comisionado instructor (*prueba xxv*)

(g) Además, respecto de la documentación descrita en la letra anterior advirtió que no existían mecanismos de consulta a la misma debido a la desorganización existente, tal

como se comprueba con el reporte de infracciones identificadas en la Municipalidad de San Rafael Cedros, su respectiva ampliación, el acta correspondiente a la inspección realizada en el marco de la evaluación realizada por la unidad correspondiente y el registro fotográfico *correspondiente (pruebas i, ii, vi y viii)*

(h) En cuanto al portal dispuesto por la Municipalidad de San Rafael Cedros para la publicación de información oficiosa, se ha advertido que al 27 de mayo de 2019 el apartado correspondiente al marco normativo, no se actualizaba desde 2016 y 2017; que a la referida fecha también se habían publicado dos ordenanzas municipales en formato no procesable, que lo referido al presupuesto municipal no se ha actualizado desde 2016, la sección referida a los procedimientos de selección del personal no se actualizan desde 2017, al igual que lo referido a la información de los asesores de la Municipalidad de San Rafael Cedros, al Plan Operativo Anual, los servicios que presta la Municipalidad, los viajes realizados por servidores públicos, la información referida a la Unidad de Acceso a la Información Pública de la Municipalidad, la información de los permisos, autorizaciones y concesiones, las actas de concejo, el índice de información reservada, guía de organización de archivos, costos de reproducción, resoluciones de la UAIP y planes municipales; la información de las remuneraciones además de estar desactualizada a 2017, está incompleta en tanto que la plantilla donde se reflejan las mismas no incluye la categoría salarial de los servidores públicos: en los apartados referidos a la memoria de labores, recursos públicos destinados a privados, ofertantes y contratistas, participación ciudadana, estadísticas, actos públicos, planes municipales, se ha publicado una serie de artículos de la LAIP; lo referido al inventario de bienes muebles, obras realizadas por la municipalidad, subsidios e incentivos fiscales y adquisiciones y contrataciones a la fecha de la revisión del portal de la Municipalidad se encontraba desactualizado a 2016, tal como consta en el disco compacto de evidencias de la Municipalidad de San Rafael Cedros (*prueba vii*) y el informe de fiscalización correspondiente al año 2019 (*prueba iii*) y se refuerza con los informes de fiscalización de los años 2018 y 2017.

(i) Que la Municipalidad de San Rafael Cedros hizo uso de la herramienta del Portal de Transparencia estándar para la publicación de información oficiosa desde el 20 de septiembre de 2019, a través del usuario correspondiente a la actual oficial de información

de la Municipalidad referida, tal como consta con el reporte de movimientos del Portal de Transparencia remitido por la Unidad de Tecnologías de este Instituto.

(j) Que el 8 de octubre de 2019 el Concejo Municipal de San Rafael Cedros, nombró a Evelyn Urania Narayana Orantes como oficial de información a tiempo completo. (*prueba xxi*)

(k) Que el 16 de marzo de 2020, se hizo la modificación nominal del cargo que ostenta la señora Rosa Emilia Alas de Menjívar, de encargada de archivo a oficial de gestión documental, tal como se comprueba con la certificación de fecha 16 de marzo de 2020, del acuerdo número UNO, contenido en el acta número TRECE de la sesión ordinaria de las nueve horas y treinta minutos del 13 de mayo de 2019. (*prueba xix*)

(m) Que a la fecha de la realización de la audiencia oral correspondiente a este procedimiento, la municipalidad había dotado de un espacio físico, insumos para el adecuado resguardo de la documentación generada por la Municipalidad, además se había procedido a la organización de la documentación generada, tal como se comprueba con el audiovisual denominado “presentación de archivo” (*prueba xviii*) y el álbum de fotografías denominado “archivo antes y ahora” (*prueba xvi*) y las fotografías remitidas por la oficial de gestión documental de San Rafael Cedros.

IV. Ahora bien, en atención a la denominada “*vertiente material del principio de legalidad o principio de tipicidad*”, corresponde determinar con base a los hechos probados señalados anteriormente, si los indiciados cometieron las infracciones clasificada como muy grave contenida en el artículo 76 letra “f” de la LAIP, consistente en: “*Tener la información bajo su custodia de manera desactualizada, desordenada, en violación ostensible a las medidas archivísticas establecidas en esta ley y por el Instituto.*” Y la grave contenida en el artículo 76 letra “a” de la LAIP, consistente en “*actuar con negligencia en la sustanciación de las solicitudes de acceso a la información o en la difusión de la información a que están obligados conforme a esta ley*”.

Por cuestiones de orden, debido a que existe una pluralidad de indiciarios, se procede a realizar en análisis de responsabilidad correspondiente respecto de cada uno de forma separada.

A) Miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros.

Previo a efectuar el análisis de todos los elementos vertidos y emitir las conclusiones respectivas, es relevante tener en cuenta la naturaleza jurídica del órgano en comento, para delimitar el ámbito de responsabilidad de los miembros que le conforman respecto a la infracción atribuida.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 202 de la Constitución de la República, los municipios están regidos por Concejos, es decir que son la autoridad máxima en los mismos, en ese sentido es dable colegir que a dicho órgano, a través de sus miembros corresponde la administración de las municipalidades, lo cual, entre otras cosas, supone la debida protección del patrimonio documental institucional y la realización de la administración municipal con transparencia (artículo 30 núm. 14 y 31 núm. 4 del Código Municipal), por ende, es necesario que el mismo adopte una conducta protagónica en la implementación de las acciones pertinentes para su consecución, en atención a la especialidad que ello amerite.

Dicho lo anterior, y previo de haber analizado los elementos probatorios vertidos, este Instituto concluye que se ha comprobado que los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros tienen información de forma desordenada, en violación ostensible a las medidas archivísticas relacionadas a la gestión documental y archivo por la contravención a los lineamientos emitidos por este Instituto y que, además, procedió al nombramiento de una oficial de información de forma irregular, en tanto que la misma fue nombrada de forma *ad honorem*, y ostentando dos cargos adicionales a los de oficial de información, entre los que figuran: jefa de recursos humanos y registradora de la ley de la carrera administrativa.

La primera de las conductas atribuidas del tipo descrito en el artículo 76 letra f de la LAIP –tener bajo su custodia información de forma desordenada-, se ha establecido en virtud de lo advertido por la Unidad de Evaluación en el marco de la evaluación realizada y puesto en conocimiento del pleno del Instituto, esto es: que existía documentación en total estado de desorganización, alguna ubicada en cajas, otra tiradas sobre el piso del depósito documental número dos y otra apilada sobre en condiciones de suciedad por falta de aplicación de medidas de limpieza, potenciando así el daño de la misma. Además, junto con

la documentación se advirtió la presencia de objetos ajenos como materiales de construcción y objetos navideños, esta última circunstancia se mantuvo incluso al momento de la inspección ordenada por el comisionado instructor del presente -6 meses posteriores a la evaluación- lo cual ha sido plenamente establecido a través del reporte de infracciones remitidos por la Unidad de Evaluación del Desempeño y su ampliación, el informe fotográfico realizada en la misma, del acta de inspección y su respectivo informe fotográfico de fecha 25 de octubre de 2019 y el acta de la inspección realizada en el trámite del presente procedimiento sancionador. Tales circunstancias contraviene el deber de transparencia previsto en el artículo 6 letra “h” de la LAIP y lo referido a las características que deben de tener los archivos, advertido en el artículo 44 de la LAIP, unido a ello, las condiciones del depósito documental número 2 advertido durante la evaluación realizada por la Unidad de Evaluación del Desempeño, carecía de aptitud, servicios de limpieza y orden e insumos para el almacenamiento de documentación sin que ella fuera potencialmente afectados.

Ahora bien, tal como se mencionó oportunamente, el tipo señalado como infringido también se configura, ante la inobservancia de las medidas archivísticas establecidas por la LAIP y por este Instituto, que son las determinadas por los 9 lineamientos emitidos en materia de gestión documental y archivo, las cuales también han sido incumplidas en atención a lo que se expresa en párrafos posteriores.

A las autoridades máximas de los entes obligados, que para el caso concreto se hace referencia a los Concejos Municipales, se le ha encomendado el nombramiento del servidor público a quien se le atribuye la competencia de la organización, catalogación, conservación y administración de los documentos de la entidad e implementación del SIGDA; al respecto se manifiesta que el nombramiento del Oficial de Gestión Documental y Archivo de la Municipalidad de San Rafael Cedros se realizó por parte de los actuales miembros del Concejo hasta el 13 de mayo de 2019, tal como consta en la certificación de fecha 13 de mayo de 2019, del acuerdo número TRES, contenido en el acta número DIECIOCHO de la sesión ordinaria de las nueve horas y treinta minutos del 13 de mayo de 2019; es decir, que el archivo respectivo careció de un responsable de desarrollar las facultades descritas, durante un periodo de tiempo prolongado (se nombró oficial GDA hasta mayo de 2019, un año después de que empezó la gestión de los miembros del Concejo Municipal), lo cual indiscutiblemente

incidió en la desorganización y falta de aplicación de medidas para la conservación de la documentación que genera la municipalidad, ya que los miembros del Concejo no realizaron aplicación de medidas ante la falta de un oficial de gestión documental, vulnerando categóricamente lo establecido en los artículos 43 de la LAIP y 2 del lineamiento número 2 para los perfiles de los funcionarios de la Unidad de Gestión Documental y Archivo.

También debe de tenerse cuenta que los Concejos Municipales tiene un carácter aprovisionador de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 del lineamiento 1 para la creación del Sistema Institucional de Gestión Documental y Archivos, por ende, también la situación de falta de recursos es reprochable a los miembros de dicho órgano, ya que no emitieron acuerdos o realizaron gestiones a fin de dotar de insumos para el adecuado resguardo de la documentación producida por la Municipalidad de San Rafael Cedros antes de la evaluación que dio origen al presente y al trámite del presente, unido a ello se constató que el depósito número 2 no contaba con mobiliario para la ubicación y organización de la documentación generada, ni tampoco los insumos para generar un ambiente que propicie la conservación de la documentación que se genere.

Sobre este punto también se toma en cuenta que, a la fecha de la realización de la audiencia correspondiente, se reportó a través del audiovisual y los registros fotográficos remitido por los indiciados, que se ha dotado de los insumos necesarios para la implementación y funcionamiento del SIGDA, así como la adopción de las medidas de limpieza respectivas.

Además de ello, de acuerdo a todos los hechos establecidos se advierte una vulneración al artículo 3 del lineamiento 7 para la conservación de documentos; debido a la inexistencia de aplicación de medidas destinadas a garantizar la conservación adecuada de los documentos, pues en el depósito documental número dos existió una cantidad considerable de documentación en estado de desorganización próxima a deteriorarse, además en la inspección ordenada por el comisionado instructor de la causa se advirtió documentación histórica el riesgo de deterioro, lo cual también se advirtió en las inspecciones realizada por la Unidad de evaluación del Instituto según obra en el informe de fiscalización sobre cumplimiento de obligaciones de transparencia, el registro fotográfico que documenta los hallazgos advertidos en la evaluación.

Ahora bien, este Instituto también considera que los miembros del Concejo de San Rafael Cedros tienen responsabilidad en materia de acceso a la información pública, concretamente lo que respecta a difusión de información oficiosa debido a que, ellos tienen la obligación de realizar el nombramiento del servidor que debe desarrollar tal función; sin embargo, se ha advertido que el nombramiento realizado se hizo al margen de lo establecido por la LAIP en su artículo 48, en tanto que se realizó un nombramiento *ad honorem* a pesar de que la Municipalidad de San Rafael Cedros cuenta con un presupuesto ordinario superior a dos millones de dólares, de acuerdo a lo informado en su portal de transparencia, además de ello la servidora nombrada desempeñaba dos cargos adicionales, es decir que lógicamente la sobrecarga laboral provocó que la misma incurriera en la infracción señalada; sin embargo, en virtud de que el nombramiento formal existente no se ha traducido en la realización material y efectiva de las funciones correspondientes al cargo, es necesario analizar las responsabilidades derivadas de tal situación. En tal sentido, debe partirse de la irregularidad del nombramiento, pues las funciones fueron delegadas en una persona que no reúne las condiciones establecidas en la LAIP, en adición, la persona designada también desempeñaba otras funciones de forma paralela, por tanto su atención al cargo de oficial de información se vio mermada, por condiciones atribuibles al Concejo Municipal, en tanto, la responsabilidad sobre los actos y omisiones señaladas en el presente procedimiento, no puede hacerse reposar sobre la oficial de información, sino que la causa generadora de la afectación al derecho de acceso a la información, corresponde a la máxima autoridad del ente obligado. En ese sentido, la negligencia en la difusión de información, en su mayoría por la desactualización de la misma -establecido de las evidencias contenidas en el disco compacto de evidencias remitidas por la unidad de evaluación del desempeño- es responsabilidad de los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros, debido a que la omisión del cumplimiento de los requisitos legales en el nombramiento del oficial de información y su omisión en el deber de supervisión derivaron en el incumplimiento de obligaciones de transparencia relativas a la publicación de la información oficiosa.

De lo expuesto *supra*, se colige que el legislador ha otorgado a las máximas autoridades de las instituciones públicas, que para el caso se hace referencia al Concejo Municipal, un margen amplio de actuación respecto de la dirección del acervo documental de la Municipalidad, tal como se advierte del examen de los 9 lineamientos relativos a la

gestión documental institucional, lo cual implica una actitud vigilante y activa por parte de los miembros del mismo, la cual no se obtuvo, tal como se ha descrito. Además en materia de publicación oficiosa, entre otros aspectos, están obligados al nombramiento del oficial de información que llevará a cabo tal función en atención a los artículos 48 y 50 de LAIP, y los dos lineamientos referidos a publicación de información oficiosa.

Sobre este último punto, es dable auxiliarse de los pronunciamientos emitidos en reiteradas ocasiones por este Instituto, en los cuales ha establecido que ante la falta de nombramiento de un oficial de información -o ante un nombramiento irregular como el caso de mérito- corresponde al órgano encargado hacer el nombramiento correspondiente, realizar las funciones que le corresponden al mismo, así ha sido establecido: “*Este Instituto sostiene que en tanto el titular o funcionario competente de un ente obligado no cumpla con el mandato de designar al Oficial de Información queda personalmente obligado a realizar las funciones asignadas a dicho funcionario y es también civilmente responsable por dicha omisión antijurídica*” (1-O-2013, de fecha 17 de julio de 2013).

Dicho lo anterior se establece que a los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros, por ser la máxima autoridad de la Municipalidad, de acuerdo a la disposición constitucional dictada, y de acuerdo al panorama planteado, les correspondía desarrollar las funciones del artículo 50 de la LAIP, entre ellas, “*Recabar y difundir la información oficiosa y propiciar que las entidades responsables las actualicen periódicamente*” en atención a los artículos 10 y 17 de LAIP, y a los dos lineamientos que rigen la publicación de información oficiosa, o cuando menos mantener una posición vigilante de cómo desarrollaba las funciones del cargo la oficial de información *ad honorem* designada de forma irregular a efecto de evitar vulneraciones al derecho de acceso a la información pública de la ciudadanía, debido a que ellos conocían de primera mano la sobrecarga laboral de la oficial nombrada a la fecha de la evaluación del desempeño; sin embargo, la Municipalidad se desligó de forma absoluta del tema de publicación de información oficiosa, a pesar de que formalmente era su competencia darle cumplimiento a dicho componente en virtud del nombramiento realizado al margen de la ley, situación que devino en el cometimiento de la infracción grave advertida en la letra “a” de las infracciones graves estipuladas en el artículo 76 de la LAIP.

En consecuencia, debe de tenerse por establecido y probado fehacientemente que las acciones y omisiones que se le han atribuido a los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros respecto el tema de gestión documental de la Municipalidad y publicación oficiosa constituyen consecuencias en extremo perniciosas para el patrimonio documental de la institución, y el derecho de acceso a la información pública, y que las mismas son producto del evidente incumplimiento de las obligaciones legales que tienen los funcionarios que conforman el concejo del municipio de San Rafael Cedros respecto a la administración en comento.

En ese sentido se determina que los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros cometieron la infracción muy grave contenida en el artículo 76 letra “f” de la LAIP, y la grave contenida en el artículo 76 letra “a” de las infracciones graves de la LAIP, transgresión que implica, además, la vulneración a disposiciones contenidas en los 9 lineamientos de gestión documental y archivo y los 2 referidos al tema de publicación de información oficiosa.

B) Oficial de gestión documental y archivo

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1 lineamiento 1, los encargados de archivo son los responsables de dirigir el sistema institucional de archivo, es decir que ellos son concebidos como los garantes directos del mismo y de todas las circunstancias que a él respecten.

Ahora bien, de acuerdo a los elementos vertidos se advierte que a la fecha de la evaluación del desempeño que dio lugar al presente procedimiento administrativo sancionador, la señora Rosa Emilia Alas de Menjívar, tenía 5 días de desempeñarse en el cargo, es decir que con base al principio de culpabilidad no es posible atribuírsele responsabilidad al respecto, ya que ello vendría en una imputación objetiva, lo cual no es congruente con el principio de culpabilidad y la jurisprudencia emitida por la jurisprudencia contenciosa administrativa. (Sentencia de las ocho horas con quince minutos emitida por la Cámara de lo Contencioso Administrativo en el proceso de referencia 00003-18-ST-COPC-CAM).

Por esa razón se procede a absolver a la referida servidora pública.

C) Oficial de información

Ha quedado plenamente acreditado que los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros, al empezar su gestión procedieron al nombramiento de la oficial de información, misma que, en un primer momento, era quien debía darle cumplimiento a las funciones descritas en el artículo 50 de la LAIP, entre ellas difundir la información oficiosa generada por la Municipalidad, descrita en los artículos del 10 y 17 de LAIP, en los términos indicados en los dos lineamientos referidos a la publicación de información oficiosa. Sin embargo se advierte que la misma además de haber sido nombrada de forma irregular tal como se adujo previamente, la misma presentaba una sobrecarga laboral, ya que se encontraba desempeñando tres cargos, de acuerdo a la certificación de fecha 4 de junio de 2018, del acuerdo número CUATRO contenido en el acta número CINCO de la sesión ordinaria de las nueve horas del día 4 de junio de 2018, situación que era conocida de primera mano por los miembros del Concejo de San Rafael Cedros y que definitivamente incidió en materia de información oficiosa.

En ese sentido, este Instituto, no avala que los entes obligados procedan a cumplir parcialmente con la LAIP, tal como se realizó con el nombramiento de la señora Lorena Argueta, debido a que los mismos se encuentran plenamente sometidos al principio de legalidad y están conminados a realizar lo que la ley les mandata, no existe un ámbito de discrecionalidad al respecto.

En ese sentido, se advierte que imputar responsabilidad a la oficial de información designada respecto a la negligencia en la publicación de información oficiosa sería consentir la actuación de nombramiento irregular atribuida a los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros y la falta de vigilancia de los mismos de las atribuciones que formalmente le corresponden de acuerdo a los pronunciamientos emitidos por este Instituto, aún cuando los mismos, conocían la sobrecarga laboral de la señora Lorena Argueta, al desempeñar 3 cargos en la citada municipalidad y que de forma lógica afectaría la forma en que la misma los ejercía.

Es por eso que se procede a absolver a la señora Lorena Patricia Argueta Rivas.

V. Los funcionarios públicos, desde que asumen su cargo como tal, se encuentran plenamente sometidos al ordenamiento jurídico, siendo este el que les establece su marco de actuaciones.

Es de tomar en cuenta que, lógicamente como administradores de la cosa pública los mismos se encuentran sometidos, además, a ciertos aspectos que garantizan la efectividad de sus funciones y adecuada prestación de servicios públicos, para el caso concreto es importante invocar *la buena administración* en su carácter tripartito, esto es como: principio, obligación –para los funcionarios- y derecho –para los ciudadanos según el art. 16, número 1 de la LPA- , tal como lo establece la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública

En sintonía con lo anterior, se hace referencia a que el derecho a la buena administración de los ciudadanos y las ciudadanas tienen como fundamento el respeto a ciertos principios, entre ellos se encuentran los de *transparencia* y *acceso a la información de interés general*, que de forma insoslayable implica la existencia de archivos adecuados y *el del servicio objetivo a los ciudadanos* que tiene como implicación que todas las actuaciones administrativas y de sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública garanticen el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los/as ciudadanos/as, que habrá de promover y facilitar permanentemente, y que consecuentemente implica que los asuntos de interés general deben de ser resueltos, entre otras cosas, en un plazo razonable. Para esto último es importante que los servidores públicos realicen procesos de identificación de los aspectos que ameritan modificaciones o mejoras en aras de garantizar el citado derecho a los ciudadanos.

Aunado a lo anterior, debe de establecerse que la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública promueve la adopción de principios, prácticas y orientaciones que propician una adecuada gestión pública, que implican, entre otras cosas, posicionar en un rol activo a los titulares o personas con poder de decisión en la Administración Pública, con el fin de que los mismos orienten sus esfuerzos a la búsqueda continua la mejora del servicio público a través de procesos de identificación con base al principio de evaluación permanente

y mejora continua de la administración. Este referente internacional, concretamente, ha establecido que es necesario que las instituciones orienten su labor a la gestión por procesos, lo que significa, que se proceda en primer lugar a la identificación de los requerimientos, necesidades y expectativas, de los diferentes destinatarios de las prestaciones y servicios públicos, así como de otros posibles grupos de interés y a la identificación de todos los procesos necesarios para la adecuada y calificada prestación del servicio público.

En síntesis, de lo anterior se advierte que los/as funcionarios/as públicos, en este caso, los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros, al tomar posesión se encontraban en la obligación de proceder al reconocimiento de las falencias institucionales que impedían satisfacer el derecho a la buena administración, en todas sus manifestaciones, con fin de proceder a solventarlos y propiciar así la calidad en su gestión pública y evitar posibles transgresiones a derechos ciudadanos; sin embargo del análisis probatorio se advierte que la mayoría de las medidas empleadas se realizaron durante el trámite del presente procedimiento administrativo sancionador.

VI. Una vez determinada la existencia de una conducta típica y consecuentemente una infracción, corresponde entonces, en este apartado analizar la gravedad del daño ocasionado como manifestación del principio de lesividad para determinar la multa a imponer en una cuantía basada en criterios objetivos ante la conducta infractora. Para imponer una sanción debe atenderse a la gravedad del perjuicio ocasionado al bien jurídico protegido o su concreta puesta en peligro, para el caso en concreto el derecho de acceso a la información pública.

El artículo 78 de la LAIP establece un conjunto de criterios a considerar en el establecimiento de la cuantía de la sanción por imponer en correlación con las infracciones a la ley, en cuanto al componente de gestión documental, se manifiesta que algunos de los documentos encontrados corresponden al año 1990, es decir que forman parte del patrimonio histórico de la municipalidad y los mismos se apreciaron en estado de deterioro por la presencia de polvo y plaga de arácnidos, lo que refuerza este elemento -artículo 78 letra “d” LAIP.

Sobre este componente, es importante tener en cuenta que al realizar el análisis correspondiente se ha determinado que lo que ha acaecido es la probabilidad de perjuicios que pudiera causar las condiciones en las que se encontró la documentación generada por la Municipalidad de San Rafael Cedros, ya que no se ha advertido una destrucción documental concreta, es decir que el impacto pernicioso del cometimiento de la infracción señalada en este procedimiento, actualmente se verifica únicamente de forma potencial.

Ahora bien, en cuanto a la negligencia en la difusión de información oficiosa se advierte que sí ha existido un daño o lesión al derecho de acceso a la información pública, en su manifestación de transparencia activa. Este Instituto considera que la Municipalidad vedó el derecho de los ciudadanos de conocer de primera mano, sin que medie solicitud, de acuerdo al artículo 10 de la LAIP, la información catalogada como oficiosa, generada por la Municipalidad, por un tiempo prolongado. Lo que resulta aún más grave es que a la fecha de revisión del portal de la Municipalidad, por la unidad correspondiente, se advirtió que ni siquiera lo relativo a la Unidad de Acceso a la Información de la Municipalidad de San Rafael Cedros se había actualizado -este apartado se encontraba desactualizado a 2016-, pudiendo dicha situación provocar que la ciudadanía dirija sus solicitudes de información a medios obsoletos y propiciar una vulneración al derecho de acceso a la información.

Con lo anterior se determina que con el establecimiento del cometimiento de las infracciones señaladas, corresponde graduar la cuantía de la sanción que como consecuencia de la misma debe imponerse, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 78 de la LAIP, el artículo 3 número 2 de la LPA y tomando en cuenta las siguientes consideraciones.

En este orden de ideas, debe considerarse que los principios del derecho penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, tal es el caso del principio de culpabilidad; este se refiere a que junto a la existencia de una infracción, el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración precisa la existencia de un sujeto o sujetos a los que se les atribuye la comisión de determinada conducta infractora de la ley, previa constatación de su responsabilidad en un procedimiento administrativo sancionador. Es decir que la imputación administrativa, al igual que la penal, debe realizarse individualizando al responsable de las acciones u omisiones socialmente reprimidas; y, como

consecuencia, para la determinación de la sanción a imponer deberá tomarse en cuenta el grado de culpabilidad correspondiente a los responsables.

Retomando lo establecido en el apartado IV de esta resolución, los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros, se constituyen como la máxima autoridad de dicho municipio, por lo tanto, de acuerdo a la Constitución, Código Municipal, la LAIP y los lineamientos que rigen la materia, los mismos son acreedores de una serie de responsabilidades encaminadas a la satisfacción de los intereses del Municipio, tales como: la realización de la gestión municipal propiciando la transparencia, la protección del acervo documental que genere la municipalidad (artículo 30 núm. 14 y 31 núm. 4 del Código Municipal) la provisión de recursos para que las unidades administrativas correspondientes a la municipalidad funcionen de forma óptima (artículo 12 del lineamiento 1 para la creación del Sistema Institucional de Gestión Documental y Archivos), el nombramiento del encargado de archivo u oficial de gestión documental y archivo (art. 43 de la LAIP), el nombramiento del oficial de información (art.48 de la LAIP) entre otros previamente enunciados.

De lo expuesto supra y con base al análisis de los insumos probatorios con los que cuenta este Instituto respecto del presente procedimiento, se colige que los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros, han actuado de forma negligente y en desapego al conglomerado normativo que rige su función en materia de acceso a la información pública, concretamente en lo que respecta al componente de gestión documental y archivo, y transparencia activa, ya que la mayoría de las acciones significativas realizadas en favor de la documentación que genera la municipalidad se han realizado posterior al inicio del presente procedimiento, v.g. el nombramiento de la oficial de información con plaza única de fecha 8 de octubre de 2019, la asignación de recursos para el adecuado resguardo y conservación de la documentación generada por la Municipalidad.

En síntesis, se logra identificar que los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros categóricamente han eludido sus obligaciones como administradores de la cosa pública y de las derivadas de la LAIP y sus lineamientos en el tema de gestión documental, y publicación de información oficiosa y mediante la instrucción realizada por esta institución se ha acreditado que la misma ha tenido una conducta pasiva al respecto; y

que ha empezado a adoptar medidas significativas en beneficio del acervo documental hasta después del control ejercido por este Instituto, de manera que se ha obviado darle el debido cumplimiento a las cargas legales impuestas a las que se encuentran obligados en atención al puesto que ostentan de forma oportuna y de acuerdo a lo expuesto en el apartado número V de esta resolución.

De lo anterior se colige que la puesta en peligro de todo el acervo documental que genera la Municipalidad de San Rafael Cedros se debe a la displicencia incurrida por los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros frente al archivo institucional, el patrimonio documental y la transparencia activa potenciando y concretando así afectaciones graves al derecho de acceso a la información pública. Es por todo ello y con base a los análisis realizados de forma previa que estas comisionadas y comisionado consideran que la infracción atribuida en este procedimiento a los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros ha sido cometida a título de culpa, en atención al artículo 139 número 5 de la LPA.

Aunado a lo anterior, la potestad sancionadora de la administración se encuentra dividida en dos vertientes: a) la objetiva: que hace referencia a la constatación y existencia de los hechos que constituyen una infracción; y, por otro lado, b) la subjetiva: compuesta por dos elementos uno activo, determinado por la titularidad de la competencia administrativa que habilita la potestad sancionadora y uno pasivo integrado por una persona responsable de la vulneración o inobservancia de la norma sancionadora.

En consonancia con lo anterior, debe considerarse también el principio de voluntariedad de la acción, en cuanto el presupuesto o factor esencial definidor de toda conducta sancionable es también condicionante de la existencia de una infracción administrativa, la potestad sancionadora de la administración goza de la misma naturaleza que la potestad penal, por lo que las directrices de la infracción administrativa tienden también a conseguir la individualización de la responsabilidad. Es decir, que en las infracciones a las que le son aplicables sanciones administrativas cada cual es responsable de su propia acción u omisión consciente o voluntariamente.

Aclarado lo anterior, es preciso referirnos al principio de proporcionalidad de la sanción, —criterio constitucional informador de la actividad sancionadora de este Instituto— que permite la aplicación de sanciones administrativas de manera gradual, basándose en el desvalor de la conducta infractora, así como en el resultado y en la responsabilidad del autor.

Para determinar el *quantum* de la consecuencia jurídica a atribuir a la acción cometida por los infractores estas comisionadas y comisionado han considerado que los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros hasta antes del inicio de este procedimiento administrativo sancionador incumplieron de forma absoluta las cargas que su función les imponen en materia de gestión documental y transparencia activa, tales como mantener en condiciones de organización y salubridad la documentación que esa Municipalidad genera, el proceder al nombramiento de un encargado de archivo municipal, la creación de la Unidad de Gestión Documental y la concesión de un espacio físico para su funcionamiento, así como la provisión de los insumos necesarios para el adecuado resguardo de la documentación generada por la Municipalidad y el nombramiento de un oficial de información de cumpla con las atribuciones del artículo 50, entre ellas la difusión de información oficiosa, entre otras, y que tal situación definitivamente posicionó en un inminente peligro de pérdida una cuantiosa cantidad de documentación generada por la Municipalidad y el derecho de acceso a la información pública, situación que indiscutiblemente podría crear afectaciones perniciosas en la esfera jurídica de los ciudadanos sometidos a dicha jurisdicción, por otra parte también se considera que esa Municipalidad tuvo documentación que constituye parte del patrimonio histórico documental -información que data de 1990- en condiciones de desorganización, hacinamiento e insalubridad, lo cual se constituye como un potencial obstáculo para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Ahora bien este Instituto manifiesta que valora las acciones que ese Concejo Municipal ha desarrollado con posterioridad a la evaluación realizada por la unidad correspondiente y en el *interin* del presente, tales como el nombramiento de la oficial de información a tiempo completo que surtió efectos a partir del día 8 de octubre de 2019, la adecuación del espacio físico para el funcionamiento de la Unidad de Gestión Documental y Archivo, la provisión y gestión del mobiliario para resguardo de documentación y del equipo para la conservación de la documentación que se genera, considerando la mismas como

atenuantes en la determinación de la cuantía a imponer dentro del parámetro del artículo 77 letra “a” de la LAIP.

En ese sentido, es importante tomar en cuenta que se ha evidenciado que ha existido negligencia por parte de los miembros del Concejo Municipal de San Rafael Cedros y que, la misma ha devenido en una transgresión al ordenamiento legal que regula sus obligaciones, potenciando una afectación al derecho de acceso a la información pública y una transgresión al deber la transparencia, por la puesta en riesgo por desorganización y el deterioro al acervo documental verificado, el derecho de acceso a la información pública y demás hechos relacionados.

Establecido lo anterior, se procede a imponer a las y los funcionarios **JOSÉ TOMÁS CORNEJO MEJÍA, GILMAR ARTURO GARCÍA DELGADO, SAÚL EUGENIO ALVARADO VELASCO, MAYDEE PATRICIA BELTRÁN DE DURÁN, SANTOS VICENTE CUBÍAS HUEZO, RENÉ MOLINA CORNEJO, JULIO CÉSAR NAVARRO GARCÍA E ILIANA YANETH MOLINA DE RIVAS, MIEMBROS DEL CONCEJO MUNICIPAL DE SAN RAFAEL CEDROS**, la multa de **VEINTE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES PARA EL SECTOR COMERCIO Y SERVICIOS** vigente a la fecha de la comisión de la infracción muy grave prevista en el artículo 76 letra “f” de la LAIP, y la multa de **DIEZ SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES PARA EL SECTOR COMERCIO Y SERVICIOS** vigente a la fecha de la comisión de la infracción grave prevista en el artículo 76 letra “a” de la LAIP.

Decisión del caso

Por lo tanto, de conformidad con las razones antes expuestas y disposiciones legales citadas, y con base en los artículos 6 y 18 de la Cn., 52 inciso 3º, 58 letra “e”, 76 letra “f” de las infracciones muy graves, 77 letra “a”, 78 letras “c” y “d”, 96 y 102 de la LAIP; y, 153, 154, de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), a nombre de la República de El Salvador, este Instituto **resuelve:**

a) **Declarar** que la señora **Rosa Emilia Alas de Menjívar**, no incurrió en la **infracción contenida en el Art. 76 letra “f”** de la Ley de Acceso a la Información Pública

“LAIP”, consistente en: *tener la información bajo su custodia de manera desactualizada, desordenada, en violación ostensible a las medidas archivísticas establecidas en esta ley y por el Instituto*, descrita en la letra “f” de las infracciones muy graves a la LAIP.

b) **Declarar** que la señora **Lorena Patricia Argueta Rivas**, no incurrió en la infracción contenida en el Art. 76 letra “a” de la Ley de Acceso a la Información Pública “LAIP”, consistente en: *actuar con negligencia en la sustanciación de las solicitudes de acceso a la información o en la difusión de la información a que están obligados conforme a esta ley*, descrita en la letra “a” de las infracciones muy graves a la LAIP.

c) **Absolver** a la señora **Rosa Emilia Alas de Menjívar** de las imputaciones atribuidas por este Instituto, por las razones antes mencionadas.

d) **Absolver** a la señora **Lorena Patricia Argueta Rivas** de las imputaciones atribuidas por este Instituto, por las razones *supra* mencionadas.

e) **Declarar** que **José Tomás Cornejo Mejía, Gilmar Arturo García Delgado, Saúl Eugenio Alvarado Velasco, Maydee Patricia Beltrán De Durán, Santos Vicente Cubías Huevo, René Molina Cornejo, Julio César Navarro García e Iliana Yaneth Molina de Rivas**, incurrieron en la infracción contenida en el art. 76 de la Ley de Acceso a la Información Pública “LAIP”, consistente en: *“tener la información bajo su custodia de manera desactualizada, desordenada, en violación ostensible a las medidas archivísticas establecidas en esta ley y por el Instituto”* descrita en la letra “f” de las infracciones muy graves a la LAIP.

f) **Declarar** que **José Tomás Cornejo Mejía, Gilmar Arturo García Delgado, Saúl Eugenio Alvarado Velasco, Maydee Patricia Beltrán De Durán, Santos Vicente Cubías Huevo, René Molina Cornejo, Julio César Navarro García e Iliana Yaneth Molina de Rivas**, incurrieron en la infracción contenida en el art. 76 de la Ley de Acceso a la Información Pública “LAIP”, consistente en: *“Actuar con negligencia en la sustanciación de las solicitudes de acceso a la información o en la difusión de la información a que están obligados conforme a esta ley”*, descrita en la letra “a” de las infracciones graves a la LAIP.

g) Condenar a José Tomás Cornejo Mejía, Gilmar Arturo García Delgado, Saúl Eugenio Alvarado Velasco, Maydee Patricia Beltrán De Durán, Santos Vicente Cubías Huevo, René Molina Cornejo, Julio César Navarro García e Iliana Yaneth Molina de Rivas, cada uno al pago de una multa de veinte salarios mínimos mensuales para el sector comercio y servicios vigentes al momento en que se cometió la infracción, equivalente a **seis mil ochenta y tres dólares de los Estados Unidos de América con cuarenta centavos** (US \$6,083.40), por el cometimiento de la infracción contenida en el artículo 76 letra “f” de las infracciones muy graves, la cual deberá hacerse efectiva en el Fondo General de la Nación dentro de los **diez días hábiles** siguientes a la notificación de esta resolución, debiendo remitir a este Instituto, dentro de las **veinticuatro horas** posteriores al vencimiento del plazo anterior, el recibo de pago entregado por la colecturía central del Ministerio de Hacienda; caso contrario, se certificará a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa de conformidad al artículo 96 inciso final de la LAIP.

h) Condenar a José Tomás Cornejo Mejía, Gilmar Arturo García Delgado, Saúl Eugenio Alvarado Velasco, Maydee Patricia Beltrán De Durán, Santos Vicente Cubías Huevo, René Molina Cornejo, Julio César Navarro García e Iliana Yaneth Molina de Rivas, cada uno al pago de una multa de diez salarios mínimos mensuales para el sector comercio y servicios vigentes al momento en que se cometió la infracción, equivalente a **tres mil cuarenta y un dólares de los Estados Unidos de América con setenta centavos** (US \$3,041.40), por el cometimiento de la infracción contenida en el artículo 76 letra “a” de las infracciones graves, la cual deberá hacerse efectiva en el Fondo General de la Nación dentro de los **diez días hábiles** siguientes a la notificación de esta resolución, debiendo remitir a este Instituto, dentro de las **veinticuatro horas** posteriores al vencimiento del plazo anterior, el recibo de pago entregado por la colecturía central del Ministerio de Hacienda; caso contrario, se certificará a la Fiscalía General de la República para su ejecución forzosa de conformidad al artículo 96 inciso final de la LAIP.

i) Hacer saber a los infractores que contra este acto administrativo cabe el recurso de reconsideración; sin embargo, pueden directamente acudir a la jurisdicción Contencioso Administrativa si así se considerase necesario.

