

La presente resolución en su versión original **contiene datos personales y elementos de carácter confidencial**. En ese contexto es oportuno proteger la esfera privada de sus titulares. En tal sentido, conforme a lo establecido en el artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública, se extiende la segunda versión pública en aplicación del criterio de la 21-20-RA-SCA del 16/11/2020.

90-D-20

TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL: San Salvador, a las once horas con cuarenta y cinco minutos del día nueve de abril de dos mil veintiuno.

El día doce de noviembre de dos mil veinte, el señor [REDACTED] Apoderado Especial de la sociedad GASPRO EL SALVADOR, S.A. DE C.V., interpuso denuncia contra los señores [REDACTED], Director y Jefa de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional del Hospital Nacional General de Neumología y Medicina Familiar "Dr. José Antonio Saldaña", respectivamente, con la documentación que adjunta (fs. 1 al 23); en la cual se señalan, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el Hospital Nacional Saldaña, a través del proceso de libre gestión No. 136/2020, denominado "Oxígeno Líquido", escogió a distintas empresas para ser parte de dicho proceso, entre ellas a la sociedad GASPRO EL SALVADOR, S.A. DE C.V., para poder evaluar la mejor oferta del referido suministro.

2) El día veinte de agosto de dos mil veinte, el referido nosocomio realizó la solicitud de oferta para la compra de dos mil quinientos galones de oxígeno líquido para el tratamiento de pacientes con COVID-19, en dicha oferta se establecieron los siguientes requisitos para la adjudicación: a) el ofertante debía aceptar sin reserva alguna la aplicación de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública -LACAP-; b) el Hospital Nacional Saldaña sin ninguna responsabilidad se reservaría el derecho de disminuir las cantidades, acorde con la calidad emergente existente, sin tener variación en el precio ofertado; c) se tomaría en cuenta aquella oferta que garantizara la calidad y eficiencia en el producto; d) la UACI se reservaría el derecho de hacer aclaraciones o consultas que contribuyeran al proceso de evaluación; y, e) los ofertantes podían hacer uso del derecho de petición y respuesta.

3) El día veintiuno de agosto de dos mil veinte, la sociedad GASPRO EL SALVADOR, S.A. DE C.V., presentó en sobre cerrado la oferta respectiva, referente al proceso de libre gestión N° 136/2020, de conformidad a lo establecido en la LACAP.

4) El día dos de septiembre de dos mil veinte, la sociedad GASPRO EL SALVADOR, S.A. DE C.V., haciendo uso de su derecho de petición y respuesta, solicitó a la señora María Magdalena Cruz Ramos que le informara sobre la tramitación de dicho proceso, ya que no tenían conocimiento de la adjudicación del mismo.

5) El día tres de septiembre de dos mil veinte, el apoderado de la sociedad antes relacionada manifiesta que les remitieron una nueva solicitud de oferta de otro proceso de libre gestión bajo la referencia No. 21/2020, en el cual el mencionado nosocomio hacía una nueva solicitud para suministro de oxígeno medicinal líquido con red de distribución y tanque criogénico en comodato, era el mismo suministro solicitado en el proceso de libre gestión No. 136/2020, pero por la cantidad de cinco mil galones; es decir, abrió otro proceso de libre gestión similar al anterior, pero sin haberlo declarado desierto, lo cual genera una inseguridad jurídica para los ofertantes.

6) Por lo anterior, la sociedad GASPRO EL SALVADOR, S.A. DE C.V., inició procesos de forma administrativa con la finalidad de entender lo sucedido y pidió de forma reiterada respuestas por parte de la administración del Hospital Nacional Saldaña, pues se desconocía en qué momento el referido nosocomio notificó que el proceso de libre gestión No. 136/2020 fue declarado desierto para poder iniciar el otro proceso de libre gestión No. 21/2020.

7) El denunciante manifiesta que la LACAP establece que todo acto deberá ser notificado a las partes, situación que en el proceso de libre gestión No. 136/2020 no ocurrió, por lo que de esa forma se han violentado derechos constitucionales, como la seguridad jurídica, pues no hay certeza, ni claridad de la actuación de la administración sobre la forma de tramitar los procesos de licitación o libre gestión como es el caso.

Al respecto, este Tribunal hace las siguientes consideraciones:

I. El artículo 81 letra b) del Reglamento de la Ley de Ética Gubernamental –RELEG– establece como causal de improcedencia de la denuncia o aviso que el hecho denunciado “*no constituya transgresión a las prohibiciones o deberes éticos*” regulados en los arts. 5, 6 y 7 de la Ley de Ética Gubernamental –LEG–.

Por lo que, toda conducta u omisión constitutiva de infracción administrativa debe estar descrita con claridad en una norma, por ende, la facultad sancionadora de esta institución se restringe únicamente a los hechos contrarios a los deberes y prohibiciones éticos regulados por la LEG, ya que la potestad sancionadora de la Administración Pública, es un poder que deriva del ordenamiento jurídico, encontrándose en la ley respectiva la delimitación de su ámbito de competencia.

El principio de *legalidad*, “[...] impone el actuar riguroso de la Administración conforme lo que estipule la ley en cuanto a la creación del catálogo predeterminado, claro y preciso de las infracciones penales y administrativas. Del mismo devienen dos principios que han adquirido una clara autonomía en esta sede, el de *reserva legal* y de *tipicidad*” (Sentencia del 29-IV-2013, Inc. 18-2008, Sala de lo Constitucional). La reserva legal obliga a los regímenes administrativos sancionatorios a que las limitaciones a derechos fundamentales deban realizarse únicamente mediante una ley formal –emanada de la Asamblea Legislativa–; lo que conlleva inevitablemente al respeto de la tipicidad, mediante la cual se configura la conducta regulada en la infracción administrativa, así como la sanción que corresponde a esta. La definición inequívoca de la materia de deber y prohibición es lo que permite a este Tribunal encajar los hechos planteados a una infracción determinada.

II. Para construir la línea argumentativa de la decisión que se adoptará por este ente, deben exponerse razonamientos relativos a la tipicidad de los hechos denunciados y la competencia del Tribunal para conocer de los mismos:

En el caso particular, el apoderado especial de la sociedad GASPRO EL SALVADOR, S.A. DE C.V., manifiesta que su representada participó en el proceso de libre gestión N° 136/2020 del Hospital Nacional Saldaña, para el suministro de dos mil quinientos galones de oxígeno líquido

para el tratamiento de pacientes con COVID-19, pero el referido nosocomio nunca le notificó que dicho proceso fue declarado desierto, enviándole una nueva solicitud de oferta de otro proceso libre gestión similar al anterior; lo cual, considera que es una transgresión al principio de seguridad jurídica y al derecho a un debido proceso que poseen los ofertantes.

Al respecto, es preciso acotar que *“el principio de tipicidad como derivación del principio de legalidad en materia punitiva, impone el límite a la Administración que únicamente pueda sancionar a una persona cuando exista previamente un tipo administrativo que describa de manera certera una conducta considerada ilegal”* (Resolución pronunciada el 26-VI-2018 por el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo en el proceso referencia 00011-18-ST-COPA-2CO).

En ese sentido resulta pertinente aclararle al denunciante que este Tribunal se encuentra inhibido de conocer reclamaciones por violaciones a derechos fundamentales que se susciten en otras instancias, a fin de ejercer control constitucional; pues, esta autoridad administrativa únicamente puede sancionar por actuaciones que contraríen las conductas tipificadas en los artículos 5, 6 y 7 de la LEG. Consecuentemente, este Tribunal no puede extralimitarse de las atribuciones que se encuentran delimitadas por la LEG; por lo que, todo actuar fuera de ellas, podría invadir el ámbito de competencia exclusivo de otras autoridades.

Y es que, la tipificación de conductas y establecimiento de sanciones es creada por el legislador y no por la autoridad administrativa, pues esta última lo que realiza es su aplicación, como manifestación del respeto a la legalidad y a la seguridad jurídica.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que, las conductas descritas en la denuncia no constituyen ninguna infracción a los deberes y prohibiciones éticas reguladas en los arts. 5, 6 y 7 de la LEG, es que este Tribunal de conformidad al artículo 81 letra b) del Reglamento de la LEG, procederá a declarar la improcedencia de la denuncia presentada.

En ese contexto, se aclara al denunciante que, no obstante, la imposibilidad por parte de este Tribunal de controlar las actuaciones denunciadas, no significa una desprotección de los bienes jurídicos que pudieran verse comprometidos sino únicamente que deberán ser otras instancias las que, dentro de sus competencias, evalúen y determinen las responsabilidades que correspondan, pudiendo el denunciante, si así lo estima pertinente, avocarse a las mismas a fin de denunciar lo ocurrido.

De manera que, este Tribunal se encuentra impedido de conocer respecto de los hechos objeto de denuncia antes señalados.

Por tanto, y con base en los artículos 1, 5 y 6 de la LEG y 81 letra b) de su Reglamento, este Tribunal **RESUELVE:**

a) *Declárase improcedente* la denuncia presentada por el señor [REDACTED] Apoderado Especial de la sociedad GASPRO EL SALVADOR, S.A. DE C.V., por los motivos expresados en el considerando II de la presente resolución.

b) *Tiéndense* por señalados como medio técnico para oír notificaciones las direcciones electrónicas que constan al folio ocho del expediente del presente procedimiento y por comisionadas a las personas designadas para los mismos efectos.

Notifíquese.

PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN

Co10/AP