

La presente resolución en su versión original contiene datos personales y elementos de carácter confidencial. En este contexto, es oportuno proteger la esfera privada de sus titulares. En tal sentido, conforme a lo establecido al artículo 30 de la Ley de Acceso a la información Pública, se extiende la siguiente versión pública.

180-A-20

TRIBUNAL DE ÉTICA GUBERNAMENTAL: San Salvador, a las ocho horas con veinte minutos del día dieciocho de marzo de dos mil veintidós.

Mediante resolución de fecha dieciséis de febrero del año que transcurre (f. 58), se concedió al investigado el plazo de diez días hábiles para que presentara las alegaciones que estimara pertinentes, sin embargo no hizo uso de ese derecho, a pesar de haber sido notificado en legal forma, según acta y reporte de envío de correo adjunto (fs. 59 al 61).

Considerandos:

I. Relación de los hechos

Objeto del caso

El presente procedimiento se tramita contra el señor Carlos Efraín Montesino Herrera, Director del Hospital Nacional de Nueva Guadalupe, departamento de San Miguel (HNNG), a quien se atribuye la posible transgresión a la prohibición ética de "*Nombrar, contratar, promover o ascender en la entidad pública que preside o donde ejerce autoridad, a su cónyuge, conviviente, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (...)*", regulada en el artículo 6 letra h) de la Ley de Ética Gubernamental, en lo sucesivo LEG, por cuanto durante el período comprendido entre enero de dos mil veinte y enero de dos mil veintiuno habría intervenido en la contratación en las modalidades de "Compra de Servicios Profesionales" y "Contrato por Servicios Personales", de la señora _____, en calidad de Colaboradora Jurídica del nosocomio aludido, a quienes les uniría un vínculo de parentesco por afinidad en segundo grado, por ser cuñados.

Desarrollo del procedimiento

1. Por resolución de fs. 2 y 3, se ordenó la investigación preliminar del caso y se requirió informe sobre los hechos objeto de aviso.

2. En la resolución de fs. 54 y 55, se decretó la apertura del procedimiento administrativo sancionador contra el señor Carlos Efraín Montesino Herrera, y se le concedió el plazo de cinco días hábiles para que ejerciera su derecho de defensa.

3. Mediante escrito de f. 57 el investigado, reconoció su responsabilidad en la transgresión atribuida.

4. En la resolución de f. 58 se concedió al investigado el plazo de diez días hábiles para que presentara las alegaciones que estimara pertinentes respecto de la prueba que obra en el expediente, sin embargo no hizo uso de ese derecho.

II. Fundamento jurídico.

Transgresión atribuida

La conducta atribuida al señor Carlos Efraín Montesino Herrera, consistente en intervenir en contrataciones de su cuñada como Colaboradora Jurídica en la institución en la que ejercía autoridad, se calificó como una posible transgresión a la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h) de la LEG, la cual sanciona la explotación de una posición de autoridad para conseguir empleo y otros favores a familiares, cónyuges, convivientes o socios, lo cual constituye un tipo de corrupción conocido como nepotismo, que se caracteriza por realizar concesiones o contratar empleados con base

en el favoritismo que proviene de las relaciones familiares, afectivas, por la cercanía y lealtad al gobernante o funcionario en cuestión.

Dicha norma ética persigue evitar condiciones de desigualdad originadas por privilegios o favoritismos que generan la exclusión de otros grupos y por ende el funcionamiento deficiente en el desempeño de la función pública; y es que, la estructura orgánica del Estado no responde a intereses particulares, ya que el elemento que garantiza la situación del servidor público es, en puridad, garantía de la realización del interés público.

Precisamente, se espera que todo servidor público actúe conforme a los principios de supremacía del interés público, imparcialidad y lealtad, contenidos en el artículo 4 letras a), d) e i) de la Ley; para lo cual están llamados a evitar relaciones laborales, contractuales, convencionales o de cualquier otra naturaleza que generen para ellos responsabilidades de carácter privado que los pongan en situación de anteponer su interés personal o el de sus parientes sobre el interés público y las finalidades de la institución pública en la que se desempeñan.

El correcto, imparcial y leal comportamiento de los servidores públicos ayuda a que se preserve la confianza en su integridad y en la gestión pública. De ahí, la necesidad de prohibir este tipo de conductas.

En ese mismo sentido se pronunció este Tribunal en la resolución de las ocho horas con treinta minutos del día veinte de agosto de dos mil veintiuno, en el procedimiento referencia 116-A-18.

III. Prueba recabada en el procedimiento

En este caso la prueba que será objeto de valoración, por ser lícita, pertinente, idónea, necesaria y útil, es la siguiente:

Prueba documental recabada por el Tribunal:

1. Certificación de partida de matrimonio expedida por la Jefa del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de San Miguel, departamento del mismo nombre, correspondiente a los señores Carlos Efraín Montesino Herrera y (f. 33).

2. Certificaciones de partidas de nacimiento expedidas por las Jefas de los Registros del Estado Familiar de Nueva Guadalupe, departamento de San Miguel, y Jucuapa, departamento de Usulután, correspondientes a las señoras y (fs. 38 al 40).

3. Copias certificadas por notario de contrato por servicios personales N.º 18/2021 de fecha veinte de enero de dos mil veintiuno, y contratos de compra de servicios profesionales números 36/2020, 134/2020 y 160/2020, de fechas uno y tres de enero y tres de agosto de dos mil veinte, todos suscritos por el señor Carlos Efraín Montesino Herrera, en calidad de Director del HNNG, y la señora (fs. 42 al 49).

IV. Valoración de la prueba y decisión del caso.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 inciso 5º de la LEG, las pruebas vertidas en el procedimiento se valorarán según el sistema de la sana crítica, el cual se asienta en el principio de razonabilidad y obliga a que las máximas de experiencia consten en la motivación de la resolución definitiva; a fin de evidenciar cómo se ha alcanzado certeza de lo afirmado por las partes.

El artículo 87 del Reglamento de la LEG establece que en el procedimiento administrativo sancionador rige el principio de libertad probatoria, siendo admisibles todos los medios de prueba, que cumplen los requisitos de licitud, pertinencia, idoneidad, necesidad y utilidad; habiéndose realizado el juicio de admisibilidad y procedencia correspondiente.

Aunado a ello, el artículo 106 incisos 1º, 2º y 3º de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), establece reglas generales en cuanto a los medios probatorios, así: “[l]os hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán probarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho y será aplicable, en lo que procediere, el Código Procesal Civil y Mercantil.----Se practicarán en el procedimiento todas las pruebas pertinentes y útiles para determinar la verdad de los hechos, aunque no hayan sido propuestas por los interesados y aun en contra de la voluntad de éstos. ----Las pruebas serán valoradas en forma libre, de conformidad con las reglas de la sana crítica; sin embargo, para el caso de la prueba documental, se estará al valor tasado de la misma en el derecho procesal común”. Y el inciso 6º de la disposición legal citada prescribe que “[l]os documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquellos, harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”.

Así, en el presente caso, la prueba vertida es documental, la cual se configura dentro de los documentos públicos administrativos, que son los “válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas; esto es los producidos por un órgano administrativo de acuerdo a las formalidades exigidas en cada caso” (Barrero, C., *La Prueba en el Procedimiento Administrativo*, 3ª Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 336).

Lo anterior, en concordancia con los artículos 106 de la LPA y 331 del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), éste último refiere que serán instrumentos públicos “los expedidos por notario, que da fe, y por autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función pública”; cuyo valor probatorio, de conformidad al artículo 341 del CPCM, constituye “prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten; de la fecha y personas que intervienen en el mismo, así como del fedatario o funcionario que lo expide”. En este sentido, es preciso acotar que la prueba documental vertida en el procedimiento, consta de informes y certificaciones emitidas por servidores de instituciones públicas.

Por tanto, a partir de la prueba recabada en este procedimiento se ha establecido con certeza que:

1. Del vínculo de parentesco entre los señores Carlos Efraín Montesino Herrera y

Desde el día veintisiete de diciembre de dos mil diecinueve dichos señores tienen una relación de parentesco de cuñados, y por tanto, un vínculo de segundo grado de afinidad, que se conforma de la siguiente manera: a) las señoras _____ y _____ son hijas de la señora _____ y, por tanto, hermanas; b) los señores _____ y Carlos Efraín Montesino Herrera son cónyuges desde la fecha relacionada; c) los señores _____ y Carlos Efraín Montesino Herrera, como _____, respectivamente, son cuñados.

Lo anterior, según consta en certificaciones de partidas de nacimiento de las señoras _____ y _____, así como de la partida de matrimonio de esta última y del señor Carlos Efraín Montesino Herrera, expedidas por las Jefas de los Registros del Estado Familiar de San Miguel y Nueva Guadalupe, departamento de San Miguel, y Jucuapa, departamento de Usulután, (fs. 33, 38 y 40).

2. De la calidad de servidor público del investigado entre enero de dos mil veinte y enero de dos mil veintiuno, período investigado:

Según información publicada del HNNG, el señor Carlos Efraín Montesino Herrera se desempeña como Director de ese Hospital desde julio de dos mil diecinueve a la fecha, lo cual puede verificarse en los enlaces siguientes: <https://www.salud.gob.sv/directorio/#DH> y <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/h-nueva-guadalupe/officials/11287>. Además, dichos datos constan en las copias certificadas de los acuerdos números 284, 624 y 1295 emitidos por la ex Ministra de Salud, en los que se establece la asignación de funciones y los nombramientos de forma interina y en propiedad del señor Montesino Herrera, en el cargo relacionado, los cuales se encuentran agregados de fs. 13 al 15 del expediente del procedimiento administrativo sancionador 8-A-20, actualmente fenecido.

3. Respecto a las contrataciones de la señora _____ como Colaboradora Jurídica en el HNNG, por parte del señor Carlos Efraín Montesino Herrera, en su calidad de Director del aludido hospital, durante el período indagado:

El señor Carlos Efraín Montesino Herrera, en su calidad de Director del HNNG, contrató en la modalidad de “Compra de Servicios Profesionales” a la señora _____, para que esta última prestara servicios de Colaboradora Jurídica en el aludido Hospital, durante los periodos comprendidos del uno de enero al treinta y uno de marzo, del uno de abril al treinta y uno de julio y del uno de agosto al treinta y uno de diciembre, todos de dos mil veinte, como se verifica en copias certificadas por notario de contratos de compra de servicios profesionales N.º 36/2020 de fecha tres de enero de dos mil veinte, N.º 134/2020 de fecha uno de enero de dos mil veinte y N.º 160/2020 de fecha tres de agosto de dos mil veinte (fs. 44 al 49).

Además, contrató a la referida señora en la modalidad de “Servicios Personales” para que prestara servicios en la plaza de Colaborador Jurídico en el aludido Hospital, durante el año dos mil veintiuno, según consta en copia certificada por notario de contrato por servicios personales N.º 18/2021 de fecha veinte de enero de dos mil veintiuno (fs. 42 y 43).

Como ya se indicó con anterioridad, el investigado y la señora _____ son cuñados, por lo cual, desde una perspectiva ética, el primero se encontraba inhibido de realizar las aludidas contrataciones.

Por su parte, el investigado manifiesta “Que reconociendo de Forma expresa y por escrito mi Responsabilidad en la Trascendencia a la Prohibición ética descrita en el Artículo 6 letra h) de LEG, y esperando que lo anterior sirva para atenuar la sanción a imponer y tomando en cuenta el Principio de Economía Procesal” (sic) [f. 57].

Así, en el presente caso, al hacer una valoración integral de los elementos de prueba recabados en el procedimiento, se constata que los días uno y tres de enero, tres de agosto de dos mil

veinte, y tres de enero de dos mil veintiuno, el investigado contrató a su cuñada en cuatro ocasiones, para prestar servicios como Colaboradora Jurídica en el HNNG, donde él ejercía autoridad, por ser el Director del aludido centro de salud.

Con dichas conductas, el investigado antepuso su interés personal –beneficiar a su cuñada– y el de ésta –ser contratada en el HNNG– sobre el interés público y, concretamente, sobre las finalidades de la institución gubernamental para la cual laboraba, el referido Hospital, lo cual resulta antagónico al desempeño ético de la función pública y constituyen transgresiones a la prohibición ética de regulada en el artículo 6 letra h) de la LEG, de modo que deberá determinarse la responsabilidad correspondiente.

V. Sanción aplicable.

El Artículo 42 de la LEG prescribe: *“Una vez comprobado el incumplimiento de los deberes éticos o la violación de las prohibiciones éticas previstas en esta Ley, el Tribunal sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal u otra a que diere lugar, impondrá la multa respectiva, cuya cuantía no será inferior a un salario mínimo mensual hasta un máximo de cuarenta salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio.*

El Tribunal deberá imponer una sanción por cada infracción comprobada”.

El artículo 97 del Reglamento de la LEG prescribe también estos aspectos y agrega que para la fijación del monto de la multa se tomará en cuenta los criterios establecidos en el artículo 44 de la LEG y el monto del salario mínimo mensual para el sector comercio vigente en el momento en que se cometió la infracción.

Para determinar la sanción a imponer al señor Carlos Efraín Montesino Herrera es necesario tener en cuenta que incurrió en las conductas constitutivas de transgresión a la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h) de la LEG, en enero y agosto de dos mil veinte y en enero de dos mil veintiuno, es decir, de manera continuada.

Las infracciones continuadas son una pluralidad de ilícitos homogéneos entre sí, infringiendo el mismo o semejantes preceptos administrativos, que por una ficción legal se tratan como una sola infracción legal, a pesar que cada ilícito en forma separada, podría ser una infracción independiente (sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 21-VII-2017, en el proceso referencia 510-2014).

Al referirse a este tipo de infracciones, cabe mencionar la denominada *unidad típica de la acción u omisión infractora, categoría jurídica del Derecho Administrativo Sancionador que exige la concurrencia de un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica infractora (NIETO, ALEJANDRO, “DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR”, Editorial TECNOS, Tercera Edición Ampliada, Madrid, 2002. Págs. 449-450) [citado en sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 5-VII-2017, en el proceso referencia 338-2010].*

En ese sentido, se estima que la transgresión continuada al artículo 6 letra h) de la LEG por parte del investigado, establecida en este procedimiento, goza de unidad típica de la acción infractora, pues se advierte un único acto de voluntad por parte de él, que cumplió con los elementos constitutivos de la descripción típica de la prohibición regulada en el citado artículo, es decir, un solo

acto de voluntad encaminado a contratar su cuñada como Colaboradora Jurídica en la institución en la que ejercía autoridad, no obstante esa acción se manifestó los días uno y tres de enero, tres de agosto de dos mil veinte, y tres de enero de dos mil veintiuno.

Dado que las transgresiones continuadas cometidas por el investigado deben tratarse como una sola, corresponde aplicarles una sola sanción de multa, cuya cuantía, como se indicó al inicio de este apartado, se determina en atención al salario mínimo mensual urbano para el sector comercio, vigente al momento en que se cometieron las conductas antiéticas.

Según el Decreto Ejecutivo N.º 6 de fecha veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete, y publicado en el Diario Oficial N.º 240, Tomo 417, de fecha veintidós del referido mes y año, el monto del salario mínimo mensual urbano para el sector comercio vigente al momento en que tuvieron lugar las conductas constitutivas de transgresión a la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h) de la LEG, de parte del señor Carlos Efraín Montesino Herrera, es decir en enero y agosto de dos mil veinte y en enero de dos mil veintiuno, equivalía a trescientos cuatro dólares de los Estados Unidos de América (EE.UU) con diecisiete centavos (US\$304.17).

Por tanto, para la determinación de la multa a imponer al investigado resulta aplicable el monto relacionado.

De conformidad con el artículo 44 de la LEG, para fijar el monto de la multa el Tribunal considerará uno o más de los siguientes aspectos: *i) la gravedad y circunstancias del hecho cometido; ii) el beneficio o ganancias obtenidas por el infractor, su cónyuge, conviviente, parientes o socio, como consecuencia del acto u omisión constitutivos de infracción; iii) el daño ocasionado a la Administración Pública o a terceros perjudicados; y iv) la capacidad de pago, y la renta potencial del sancionado al momento de la infracción.* Estos son, pues, los criterios de dosimetría que deben valorarse para que la sanción impuesta sea proporcional.

En este caso, los parámetros o criterios objetivos para cuantificar la multa que se le impondrá al señor Carlos Efraín Montesino Herrera, son los siguientes:

i) Respecto a la gravedad y circunstancias de los hechos cometidos:

En el caso de mérito, la gravedad de las conductas antiéticas cometidas por el señor Carlos Efraín Montesino Herrera deviene de la naturaleza y jerarquía del cargo que dicho señor desempeñaba cuando incurrió en ellas –Director del HNNG–, pues su posición en un nivel superior, dentro de la cadena de mando de la organización, demandaba un comportamiento laboral coherente con la magnitud de sus responsabilidades y las decisiones que debía adoptar –particularmente, respecto a las contrataciones de personal– y, en consecuencia, demandaba también mayor rigor en el cumplimiento de la LEG, de manera que se constituyese incluso en un referente de conducta ética para el resto del personal de la citada dependencia.

ii) El beneficio o ganancias obtenidas por la cuñada del infractor, como consecuencia de los actos constitutivos de transgresión.

El beneficio obtenido por la cuñada del infractor, a partir de las conductas antiéticas establecidas en este procedimiento, consistió en que en los años dos mil veinte y dos mil veintiuno desempeñó un empleo remunerado con fondos públicos, por el cual percibió remuneraciones mensuales de seiscientos dólares de los EE.UU. (US\$600.00), durante el período comprendido entre

los meses de enero y marzo de dos mil veinte; de seiscientos setenta y cinco dólares de los EE.UU. (US\$675.00), durante el período comprendido entre los meses de abril y diciembre de dos mil veinte; y de seiscientos veinticinco dólares de los EE.UU. con setenta y dos centavos (US\$625.72), durante el año dos mil veintiuno, según se verifica en copias certificadas por notario de contratos de compra de servicios profesionales números 36/2020, 134/2020 y 160/2020, de fechas uno y tres de enero y tres de agosto de dos mil veinte, y de contrato por servicios personales N.º 18/2021 de fecha veinte de enero de dos mil veintiuno, todos suscritos por el señor Carlos Efraín Montesino Herrera en calidad de Director del HNNG, y la señora (fs. 42 al 49).

iii) La renta potencial del sancionado al momento de las transgresiones.

Entre enero de dos mil veinte y enero de dos mil veintiuno, cuando acaecieron los hechos constitutivos de transgresión a la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h) de la LEG, de parte del señor Carlos Efraín Montesino Herrera, este percibió un salario mensual de dos mil trescientos dólares de los EE.UU. (US\$2,300.00), como se verifica en el portal de transparencia del HNNG, disponible en el enlace <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/h-nueva-guadalupe/remunerations?page=1>.

Por otro lado, el investigado ha reconocido de forma expresa y por escrito su responsabilidad en la comisión de las transgresiones que se le atribuyen y, conforme a lo dispuesto en el artículo 156 de la LPA, ello es considerado por este Tribunal como una circunstancia atenuante para la determinación de la sanción.

En consecuencia, en atención a la gravedad de la conducta del señor Carlos Efraín Montesino Herrera, el beneficio obtenido por su cuñada a partir de la misma, la renta potencial del infractor y a que éste aceptó su responsabilidad por los hechos y transgresiones atribuidos, es pertinente imponerle a este último una multa de dos salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio, de trescientos cuatro dólares de los EE.UU. con diecisiete centavos (US\$304.17), por la transgresión a la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h) de la LEG, lo cual hace un total de seiscientos ocho dólares de los EE.UU. con treinta y cuatro centavos (US\$608.34), cuantía que resulta proporcional a las transgresiones cometidas según los parámetros antes desarrollados.

Por tanto, con base en los artículos 1 y 14 de la Constitución; 1 y 5 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, 1 y 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; 4 letras a), d) e, i), 6 letra h), 20 letra a), 37, 42, 43 y 44 de la Ley de Ética Gubernamental; 95 y 97 del Reglamento de dicha Ley, este Tribunal **RESUELVE**:

a) Sanciónase al señor Carlos Efraín Montesino Herrera, Director del Hospital Nacional de Nueva Guadalupe, departamento de San Miguel, con una multa de seiscientos ocho dólares de los Estados Unidos de América con treinta y cuatro centavos (US\$608.34), por haber transgredido la prohibición ética regulada en el artículo 6 letra h) de la Ley de Ética Gubernamental, en razón que contrató a su cuñada, la señora , para prestar servicios como Colaboradora Jurídica en el aludido Hospital, donde él ejercía autoridad, durante los períodos indicados en el apartado N.º 3 del considerando IV de esta resolución.

b) Se hace saber al investigado que, de conformidad a los artículos 39 de la Ley de Ética Gubernamental, 96 del Reglamento de dicha Ley, 104, 132 y 133 de la Ley de Procedimientos

Administrativos, para la presente resolución se encuentra habilitada la interposición del Recurso de Reconsideración, el cual es optativo para el agotamiento de la vía administrativa; y de disponer su utilización, deberá presentarse dentro del plazo de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente a la notificación respectiva.

Notifíquese.

PRONUNCIADO POR LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL QUE LO SUSCRIBEN

4