

**621-2016**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:** San Salvador, a las quince horas treinta y dos minutos del veintisiete de julio de dos mil veintidós.

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido por el Sr. Nayib Armando Bukele Ortiz, en su carácter personal, cuando fungió como Alcalde Municipal de San Salvador; contra el Tribunal de Ética Gubernamental, por la supuesta ilegalidad de los siguientes actos administrativos:

1) Resolución de las 15:50 horas del 26 de agosto de 2016, mediante la cual se sancionó al demandante con una multa de 10 salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio, equivalentes a \$2,517.00 dólares de los Estados Unidos de América, por la infracción a la prohibición ética de «*Nombrar, contratar, (...) 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 o socio, excepto los casos permitidos por la ley*», regulada en el art. 6 letra h) de la Ley de Ética Gubernamental, por haber delegado desde el 1 de mayo de 2015 a su hermano Yamil Alejandro Bukele Pérez como representante legal de la junta directiva del Instituto Municipal de Deportes y Recreación [IMDER].

2) Resolución de las 14:00 horas del 20 de septiembre de 2016, que desestimó el recurso de reconsideración interpuesto por el demandante y declaró firme la decisión anterior.

Han intervenido en el proceso: el demandante, en la forma indicada; el Tribunal de Ética Gubernamental [en adelante TEG], como autoridad demandada, por medio de sus apoderadas generales judiciales, Lcdas. Concepción Marina Rosa González y Eva Marcela Escobar Pérez, esta última en sustitución de la primera; y el Fiscal General de la República, por medio del agente auxiliar, Lcdo. Manuel Antonio González Portillo.

Leídos los autos, y CONSIDERANDO:

I. De la demanda presentada se colige que el Sr. Nayib Armando Bukele Ortiz fungió como Alcalde de la Municipalidad de San Salvador en el período que inició el 1° de mayo de 2015 y que culminó el 30 de abril de 2018. Que, en tal calidad, se le atribuyó haber delegado al Sr. Yamil Alejandro Bukele Pérez como representante legal del IMDER, situación que, según el TEG, transgredió el deber ético previsto en el art. 6 letra h) de la Ley de Ética Gubernamental [en adelante LEG].

El TEG tramitó el instructivo sancionatorio en contra del demandante y, finalmente, pronunció el primer acto impugnado que lo sancionó con una multa de 10 salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio, equivalentes a \$2,517.00 dólares de los Estados Unidos de América. Posteriormente, el sancionado interpuso el recurso de reconsideración, ante la misma autoridad, lo que motivó el segundo acto impugnado, que desestimó el referido medio impugnativo y declaró firme la primera decisión.

El demandante estima que la autoridad demandada, con la emisión de los actos descritos en el preámbulo de esta sentencia, vulneró los derechos de seguridad jurídica, en su manifestación con el principio de legalidad, y el de defensa, como expresión de los principios de contradicción y publicidad del procedimiento, en los términos que posteriormente se manifestarán.

II. En la resolución de las 14:46 horas del 31 de mayo de 2016 (fs. 59 y 60) se admitió la demanda y se tuvo por parte al Sr. Nayib Armando Bukele Ortez, como demandante. Se suspendió provisionalmente la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados, en el sentido que, mientras durara el trámite del proceso, la autoridad demandada se iba a abstener de realizar cualquier acción tendiente a efectuar el cumplimiento de la sanción impuesta y de incorporar los datos del referido señor en el Registro Público de Personas Sancionadas. Se requirió del TEG un informe sobre la existencia de los actos atribuidos, de conformidad con el art. 20 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa [en adelante LJCA] –ya derogada–, [emitida el 14 de noviembre de 1978, publicada en el Diario Oficial N° 236, tomo N° 261, del 19 de diciembre de 1978, ordenamiento de aplicación al presente caso en virtud del art. 124 LJCA vigente]. Y se solicitó a la autoridad demandada la remisión del expediente administrativo relacionado con el presente caso.

El TEG presentó su informe (f. 63) y señaló que efectivamente pronunció los actos. Remitió el expediente administrativo requerido.

En el auto de las 12:08 horas del 24 de julio de 2017 (f. 68) se tuvo por parte al TEG, como autoridad demandada, y por rendido el informe de 48 horas. Se solicitó de este el informe al que hace referencia el art. 24 LJCA. Se ordenó hacer del conocimiento del Fiscal General de la República la existencia de este proceso, de conformidad con el art. 13 LJCA. Se confirmó la medida cautelar adoptada y se tuvo por recibido el expediente administrativo.

El Lcdo. Manuel Antonio González Portillo solicitó intervención (f. 73) como delegado y

agente auxiliar del Fiscal General de la República. Agregó la credencial con la que acreditó su personería (f. 75).

El TEG presentó el informe justificativo de legalidad (fs. 79-83), cuyo contenido se relacionará en el momento que se desarrollen los motivos de ilegalidad esgrimidos por el demandante.

III. En la resolución de las 8:13 horas del 27 de noviembre de 2017 (f. 85) se concedió intervención al Lcdo. González Portillo, como delegado y representante del Fiscal General de la República; se tuvo por rendido el informe justificativo de legalidad y se abrió a prueba el proceso por el término de ley, de conformidad con el art. 26 LJCA.

El TEG presentó prueba mediante los escritos del 16 de febrero 2018 (fs. 89-97) y del 7 de marzo de 2018 (f. 102). El demandante presentó un escrito el 27 de febrero de 2018 (fs. 99 y 100) y ofreció la prueba agregada con la demanda.

En el auto de las 10:52 horas del 11 de julio de 2018 (fs. 104 y 105) se admitió la prueba documental incorporada por las partes y se corrieron los traslados que ordena el art. 28 LJCA.

a) El demandante, de manera general, expresó los argumentos esgrimidos en la demanda.

b) El TEG reiteró básicamente lo expuesto en el informe justificativo de legalidad.

c) El Lcdo. Manuel Antonio González Portillo, agente auxiliar del Fiscal General de la República, señaló que el actuar de la autoridad demandada es legal por estar apegado a derecho y, por ende, no se han violentado los derechos y principios constitucionales invocados por el actor.

IV. Una vez efectuado el anterior relato de los principales pasajes del proceso, esta sala efectuará el examen de los motivos de ilegalidad atribuidos a los actos impugnados, en estricto apego al principio de congruencia procesal previsto en el art. 218 Código Procesal Civil y Mercantil [CPCM]. En ese sentido, tal como se dijo al final del romano I, la presente controversia consiste en determinar si la autoridad demandada vulneró los derechos de seguridad jurídica, en su manifestación con el principio de legalidad, y el de defensa, como expresión de los principios de contradicción y publicidad del procedimiento. Para tal efecto, se aclara que, debido a la precisión de los alegatos planteados por el pretensor, se hará el examen según el orden invocado por este y se agotarán los motivos esgrimidos en su totalidad siempre y cuando se concluya en cada uno que no existe la vulneración señalada, en caso contrario, se hará la estimación correspondiente y ya no se continuará el análisis de los siguientes puntos por ser inoficioso.

1) En primer lugar, el demandante considera que se conculcó el derecho de seguridad

jurídica, en su manifestación con el principio de legalidad. Alega que la autoridad demandada transgredió el principio últimamente citado, regulado en el art. 86 de la Constitución, así como el contenido del art. 6 letra h) LEG, en el sentido que esta, cuando hizo el encaje de la conducta imputada al tipo infractor, no podía atribuirse más potestades que las conferida en la ley. La disposición legal en comento reza que: «*Son prohibiciones éticas para las personas sujetas a esta ley: h) 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 o socio, excepto los casos permitidos por la ley (...)*»

El peticionario alega que, en el transcurso del procedimiento sancionador, el TEG insistió en asimilar de manera analógica la figura de la «*delegación administrativa*» con la del «*nombramiento*» no obstante haber sido explicadas las diferencias existentes entre una y otra, tal como quedó establecido en el acuerdo municipal N° 13, adoptado en la sesión ordinaria del 1 de mayo de 2015, que fue suscrito en el ejercicio de la potestad conferida en el art. 16 de los estatutos del IMDER. En ese contexto, sostiene que el art. 6 letra h) LEG estatuye las infracciones que pueden cometer los empleados y funcionarios públicos, disposición que hace referencia a verbos rectores específicos, como son: «*Nombrar, contratar, promover o ascender*», sin que, en el *sub judice*, se haya incurrido en alguna de estas actividades porque, como se ha señalado, en el acuerdo emitido se utilizó la figura de la *delegación*, la cual tiene una connotación jurídica propia y apartada de lo que regula en el tipo infractor. De ahí que, reitera, el tribunal demandado, al momento de ejercitar el encaje de los hechos suscitados en el tipo infractor previsto en la ley, aplicó de manera analógica la figura de la delegación y, consecuentemente, la asimiló con los verbos indicados en el citado art. 6 letra h) LEG, pasando por alto que la conducta es atípica y, sin lugar a dudas, dicha actuación administrativa transgredió el derecho de seguridad jurídica.

En síntesis, esgrime el actor, lo que se hizo fue ejercer una facultad preceptuada en los estatutos correspondientes que, incluso, fueron aprobados antes de que asumiera el cargo, y sin obviar que están en armonía con el Código Municipal y la LEG porque no existe prohibición o principio ético alguno que se haya quebrantado a raíz de que la «*delegación*» no está perfilada como conducta típica. Manifiesta que la tipicidad es un principio que se deriva de la legalidad e implica la descripción de forma clara, precisa e inequívoca de la conducta objeto de prohibición en todos los elementos configurativos. Por tanto, concluye que no es aceptable la interpretación

analógica aplicada por la autoridad demandada, sentando un precedente arbitrario e ilegal respecto de los demás sujetos comprendidos en el régimen de la ética pública; se abre la posibilidad de que se sancionen conductas de manera antojadiza, dependiendo del caso concreto, inventando tipos infractores que no se encuentran descritos en la ley, lo cual es contrario al estado de derecho.

2) Por su parte, en este punto, el TEG argumentó que el procedimiento administrativo tramitado en contra del demandante se debió a la potestad conferida en el ordenamiento jurídico secundario. Relata que el demandante, cuando ejerció como alcalde de San Salvador, participó en la decisión tomada por el concejo de este municipio en la que se delegó a su hermano, Yamil Alejandro Bukele Pérez, como representante legal de la junta directiva del IMDER, en su carácter *ad honorem*, así consta en el acuerdo N° 12, del acta N° 1, emitido en la sesión ordinaria celebrada el 1° de mayo de 2015. Dicha conducta se adecúa a la prohibición del art. 6 letra h) LEG, que acoge como causa de infracción el hecho de aprovecharse de una posición de autoridad para procurar el ingreso de familiares o socios al servicio público, lo que constituye un tipo de corrupción denominada «*nepotismo*» por la razón de que se interponen los intereses particulares sobre los públicos.

Ahora, sobre la figura de la delegación, sostiene el TEG que, según el decreto municipal de creación y sus respectivos estatutos, el IMDER es una entidad descentralizada de la municipalidad, con personalidad jurídica, sin fines de lucro, cuyo objeto es el fomento del deporte y la recreación para los habitantes del municipio de San Salvador y que la dirección está confiada a una junta directiva que preside el alcalde o un delegado de éste. Recalca que debe tenerse presente que la delegación tiene que estar prevista en una disposición del mismo rango que aquella que ha otorgado la competencia delegada. Esta figura no implica alterar la estructura administrativa sino tan solo su dinámica; comporta el desprendimiento de un deber funcional, siempre que reúna las condiciones siguientes: i) estar prevista en la ley; ii) que el delegante esté autorizado para transmitir sus facultades; iii) que el delegado pueda recibir tales funciones; y iv) que la materia pueda ser delegada. Al momento en que uno de los intervinientes no presta sus servicios a la Administración Pública se desnaturaliza la función del servicio que se presta a la población, ya que implicaría aceptar que las competencias de un funcionario sean ejercidas por particulares, pertenecientes al círculo de confianza personal y producto de vínculos familiares o comerciales.

En ese contexto, continúa afirmando el TEG, la prohibición ética delimita que todo «*nombramiento, contratación, delegación, sustitución, avocación, suplencia*», o cualquier otra figura, en virtud del cual la autoridad traslade competencias a otro, cualquiera que sea la connotación, no solo debe estar prevista la facultad para que el destinatario desempeñe el cargo sino que además su elección o nombramiento no puede responder a condiciones originadas por favoritismos provenientes de relaciones familiares o comerciales. Particularmente, debido a la delegación efectuada, el Sr. Yamil Alejandro Bukele Pérez ocupó un cargo dentro de la administración municipal, cuyo ejercicio ha significado adquirir obligaciones y derechos a nombre de IMDER por la suscripción de contratos y convenios, así como la participación en la toma de decisiones de naturaleza financiera y administrativa, de tal suerte que el carácter de delegado tiene las mismas responsabilidades que habría tenido el «*nombrado o contratado*» en el cargo.

En ese sentido, sostiene el tribunal demandado, los criterios para confiar el ejercicio de funciones públicas, bajo la figura de la delegación, nombramiento o contratación, aun cuando el desempeño no conlleve remuneración alguna, deben estar orientados a la satisfacción del interés público, no del particular que puede verse sesgado por los vínculos familiares y por la falta de agotamiento de un procedimiento de selección transparente, equitativo y público que abra la posibilidad a otros aspirantes, incluso mejor calificados, de prestar un servicio municipal. En conclusión, el encaje que se hizo de la conducta atribuida al demandante al tipo infractor del art. 6 letra h) LEG no constituye una asimilación o reforma interpretativa de la disposición legal, sino que es el resultado del ejercicio de verificación de la existencia de un nombramiento transgresor denominado «*delegación*», así como de la concurrencia de los demás elementos del tipo; por tanto, no se conculcó el principio de legalidad reconocido en el art. 86 inc. 3° de la Constitución.

3) Las partes en este apartado han circunscrito la controversia en la aplicación del art. 6 letra h) LEG porque, según el demandante, la conducta sancionada es atípica, y, por el contrario, el TEG ha explicado que sí realizó el encaje adecuado en el correspondiente tipo infractor estatuido en la norma. Tal como se ha esbozado en párrafos precedentes, el precepto legal citado arguye que: «*Son prohibiciones éticas para las personas sujetas a esta Ley: h) 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 o socio, excepto los casos permitidos por la ley*».

Como el ámbito de este debate su núcleo está enfocado en el principio de tipicidad, es importante hacer relación a la sentencia de las 11:27 horas del 12 de julio de 2013, en el proceso ref. 286-2007, en cuyos postulados esta sala estableció que: «a) *Principio de tipicidad. En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador la ley debe definir exhaustivamente las conductas objeto de infracciones administrativas, las sanciones o medidas de seguridad a imponer o, al menos, establecer una regulación esencial acerca de los elementos que determinan cuáles son las conductas administrativamente punibles y qué sanciones se pueden aplicar, por considerarse que estas, en la mayoría de los casos, son supuestos de limitación o restricción de derechos fundamentales. En este contexto, el principio de tipicidad comporta la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos —lex previa— que permitan predecir con el suficiente grado de certeza —lex certa— aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la (...) responsabilidad y a la eventual sanción.* b) *Tipo infractor administrativo. El tipo infractor administrativo constituye la construcción lógica de la situación hipotética conminada en abstracto con la imposición de una sanción, la cual contiene un grado de precisión y claridad que permite establecer los marcos o límites de tal construcción. Lo anterior permite afirmar que el tipo sancionador compone una configuración descriptiva de un conjunto de elementos objetivos y subjetivos en torno a la conducta exteriorizada por los sujetos de derecho, cuya realización apareja una consecuencia jurídica, también delimitada.* c) *Elementos del tipo infractor administrativo. El tipo —administrativo sancionador— se encuentra conformado, de un lado, por la descripción de la conducta típica, es decir, la parte objetiva, y del otro, por la parte subjetiva conformada por el dolo o la culpa. Se puede concluir que la conducta típica es el resultado de la conjunción de la parte objetiva sumada a la parte subjetiva del tipo. La parte objetiva del tipo es el aspecto externo de la conducta, se trata del hecho descrito en la norma y cuya trasgresión acarrea la consecuencia jurídica sancionatoria. Por otro lado, la parte subjetiva del tipo es el aspecto interno de la conducta y se encuentra integrada, como se afirmó, por el dolo o la culpa.* d) *Juicio de tipicidad, conducta típica y títulos de imputación. El denominado juicio de tipicidad alude a la adecuación de la conducta observada por el supuesto infractor de la norma jurídica, con los elementos descriptivos de un determinado tipo infractor. Al momento de realizar tal adecuación normativa, las autoridades administrativas sancionadoras se encuentran estrictamente sujetas a los tipos punitivos, de forma que no pueden*

*ejercitar la potestad sancionadora respecto de comportamientos que no se hallen contemplados en las normas que los tipifican, y, tampoco, imponer sanciones que no sean las normativamente típicas, incluso, aunque aquellos comportamientos o estas sanciones puedan parecerse en alguna medida a los que dichas normas punitivas sí contemplan. Al realizarse un juicio de tipicidad íntegro, se configura la llamada conducta típica, categoría jurídica que se refiere al comportamiento dotado de una identidad entre sus componentes fácticos con los descritos en abstracto por la norma jurídica sancionadora, es decir, la homogeneidad del hecho real con los elementos normativos que fundamentan el contenido material del injusto –en su sentido de prohibición–».*

En síntesis, se ha explicado que el principio de tipicidad exige a la Administración Pública la realización de un ejercicio adecuado sobre la conducta atribuida al presunto infractor vinculando los elementos fácticos a los supuestos delimitados en la ley constitutivos de infracción. No se puede soslayar que en esta actividad existe una limitante importante a la potestad sancionadora estipulada en la ley, ya que no está permitida la posibilidad de aplicar de manera analógica aquellos comportamientos que el legislador no decidió categorizarlos expresamente como transgresión.

En ese orden de ideas, corresponde ahora examinar el encaje aplicado por la autoridad demandada de los hechos atribuidos al demandante en el tipo infractor sancionado en la ley. Ambas partes coinciden en que el actor, cuando fungió como Alcalde de San Salvador, delegó en el Sr. Yamil Alejandro Bukele Pérez la representación legal del IMDER, aunque el TEG considera que hubo un fraude debido a que a dicho señor no era empleado de la municipalidad cuando asumió el cargo.

La autoridad demandada remitió el expediente administrativo relacionado con el presente caso, el cual consta de 5 piezas, y en el f. 12 está agregada una copia certificada del acto municipal que dio pie a la sanción cuestionada. De la lectura del mismo, se advierte que se decidió configurar subjetivamente la junta directiva del IMDER, presidiendo la misma el demandante por ser, en esa época, el Alcalde Municipal de San Salvador; no obstante, en el número 3), se acordó lo siguiente: *«El señor Alcalde Municipal NAYIB ARMANDO BUKELE ORTEZ delega la representación legal de la Junta Directiva del Instituto Municipal de Deportes y Recreación al señor YAMIL ALEJANDRO BUKELE PÉREZ, de conformidad con el Art. 16 de los Estatutos vigentes del IMDER; quien no percibirá salario, dieta ni emolumento alguno,*



*siendo sus servicios ad honorem*». A partir de los transcrito se coligen dos situaciones: 1) que se conformó la junta directiva del IMDER y recayó la presidencia en el Alcalde de la Municipalidad de San Salvador; y 2) que este funcionario delegó la representación legal de la junta directiva en el Sr. Yamil Alejandro Bukele Pérez.

Es importante señalar que en el acuerdo de delegación efectuado por el demandante, quedó establecido en que sería *ad honorem*; es decir, sin el cobro de salario, dieta ni emolumento por el servicio que prestaría el Sr. Bukele Pérez dentro del IMDER, institución que, según el art. 4 numero 4) del Código Municipal, fue creada para apoyar el servicio público de educación, cultura, deporte, recreación, ciencia y el arte, pero que dichas acciones *no son parte del funcionamiento principal de la municipalidad de San Salvador*.

Ahora bien, en el art. 6 letra h) LEG se delimitan los verbos rectores que describen aquellas conductas transgresoras a los deberes éticos que constriñen a los servidores públicos y que, una vez comprobadas, se torna lesionado el ordenamiento jurídico sectorial. Concretamente, estos verbos son: «*Nombrar, contratar, promover o ascender*»; acciones que, sin lugar a dudas, ameritan la imposición de una sanción por parte de la autoridad demandada.

En el presente caso, se debe remarcar que, según los estatutos del IMDER, vigentes en el momento de suceder los hechos por los que fue sancionado el demandante, estipulaban que el presidente de la junta directiva era el alcalde de San Salvador, y a él corresponde dirigir las políticas del instituto que, dicho sea de paso, goza de autonomía administrativa y patrimonial. Sucedió que el demandante, en su calidad de Alcalde Municipal de San Salvador de esa época, delegó en el Sr. Yamil Alejandro Bukele Pérez la representación legal de la junta directiva del IMDER, sin que esta figura se encuentre expresamente prohibida por el art. 6 letra h) LEG, no siendo, por ende, constitutiva de infracción administrativa. En conclusión, esta sala es del criterio que el acto de delegación ejecutado no está contemplado en el precepto legal aplicado, siendo inaceptable la interpretación extensiva que hizo el TEG, puesto que –como señala el actor– el principio de seguridad jurídica garantiza la certeza que debe tener el destinatario de un mandato prohibitivo, para el caso «*Nombrar, contratar, promover o ascender*» a un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, y no, como se perfiló, el *delegar* una determinada función.

Desde esa perspectiva, la actuación impugnada quebrantó el principio de tipicidad y, precisamente, por ser la conducta atribuida al demandante atípica, lo que en derecho corresponde es la declaratoria de ilegalidad. Lógicamente, tal como se manifestó al final del primer párrafo del

romano IV de estos considerandos, es inoficioso continuar examinando los demás vicios alegados, puesto que en nada modificaría la decisión abordada.

#### V. Medida para restablecer el derecho violado.

Una vez que se ha estimado la pretensión de ilegalidad, corresponde pronunciarse sobre la medida para el restablecimiento del derecho vulnerado. Y es que esta medida no es automática, sino que está en plena consonancia con el principio de congruencia procesal que prevé el art. 218 CPCM en relación con el art. 32 inc. final LJCA, que estatuye: «*Cuando en la sentencia se declare la ilegalidad total o parcial del acto impugnado, se dictarán, en su caso, las providencias pertinentes para el pleno restablecimiento del derecho violado*» (negritas suplidas).

En el *sub judice*, se debe tener presente que, en el auto de las 14:46 horas del 31 de mayo de 2016, así como su posterior confirmación mediante la resolución de las 12:08 horas del 24 de julio de 2017, se suspendió la ejecución de los efectos de los actos impugnados, mientras durara la tramitación del proceso, en el sentido que la autoridad demandada debía abstenerse de: «(i) realizar cualquier acción tendiente a efectuar el cumplimiento de la sanción impuesta y (ii) incorporar los datos del señor Nayib Armando Bukele Ortez al Registro Público de Personas Sancionadas». En esa línea, la actuación controvertida no desplegó sus efectos y, a raíz de su anulación y destierro del mundo jurídico, se enerva cualquier daño que sea susceptible de producir en la esfera jurídica del pretensor.

#### VI. Conformación del *quorum* de decisión.

La Sala de lo Constitucional, el 1 de marzo de 2013, emitió sentencia en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 78-2011, en el cual se alegaron «(...) vicios de contenido, del art 14 inc. 2º de la Ley Orgánica Judicial (...)»; dicha disposición hace referencia al carácter deliberativo del proceso decisorio y la regla de votación para la emisión de sentencias, incluyendo la de esta Sala.

Esencialmente en la referida sentencia se estableció: «*se concluye que la regla de votación impugnada por los demandantes debe ser declarada inconstitucional, pues carece de justificación suficiente en relación con el alcance de los arts. 2 y 186 inc. 3º Cn. En vista de que la regla de la mayoría corresponde a la votación mínima necesaria para formar decisiones de un órgano colegiado, de que ella está reconocida legalmente como estándar de votación de diversos tribunales colectivos (arts. 14 inc. 1º y 50 inc. 1º LOJ)- lo que sirve como referente analógico para evitar un vacío normativo- y por razones de seguridad jurídica, el efecto de esta sentencia*

*será que para tomar las decisiones interlocutorias y definitivas de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia bastarán los votos de la mayoría de los Magistrados que la integran, incluso en los procesos iniciados con anterioridad a esta sentencia».*

Esta Sala entiende que, en virtud del anterior razonamiento, le corresponde al pleno de la misma, en principio, el conocimiento y decisión de las resoluciones interlocutorias y definitivas que se adopten, pero en los casos en que se alcance el consenso de la mayoría y no de todos, es decir tres a uno, se habilita el mecanismo en cuya virtud el respectivo magistrado o magistrada debe dejar constancia de las razones de su posición discrepante mediante el correspondiente voto y se toma la decisión por mayoría de votos.

Conforme a la relacionada sentencia de inconstitucionalidad, para la emisión de esta sentencia se adopta la decisión por los magistrados Enrique Alberto Portillo Peña, José Ernesto Clímaco Valiente y Sergio Luis Rivera Márquez. La Magistrada Paula Patricia Velásquez Centeno no acompaña la decisión adoptada y hará constar su criterio en voto separado.

POR TANTO, con fundamento en los argumentos expuestos y en los arts. 6 de la Ley de Ética Gubernamental; 216, 217, 218 y 272 del Código Procesal Civil y Mercantil; y 31, 32, 34 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa –ya derogada pero aplicable a este caso–; en nombre de la República, esta sala FALLA:

A. Declarar que existe la ilegalidad, alegada por el Sr. Nayib Armando Bukele Ortez, cuando fungió como Alcalde Municipal de San Salvador, en los siguientes actos pronunciados por el Tribunal de Ética Gubernamental:

1) Resolución de las 15:50 horas del 26 de agosto de 2016, mediante la cual se sancionó al demandante con una multa de 10 salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio, equivalentes a \$2,517.00 dólares de los Estados Unidos de América, por la infracción a la prohibición ética de «Nombrar, contratar, (...) 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 o socio, excepto los casos permitidos por la ley», regulada en el art. 6 letra h) de la Ley de Ética Gubernamental, por haber delegado desde el 1 de mayo de 2015 a su hermano Yamil Alejandro Bukele Pérez como representante legal de la junta directiva del Instituto Municipal de Deportes y Recreación [IMDER].

2) Resolución de las 14:00 horas del 20 de septiembre de 2016, que desestimó el recurso

de reconsideración interpuesto por el demandante y declaró firma la decisión anterior.

B. Dejar sin efecto, como medida para restablecer el derecho violado, los actos que hoy han sido declarados ilegales.

C. Condenar en costas a la autoridad demandada, conforme con el derecho común.

D. Devolver el expediente administrativo a su oficina de origen.

E. Entregar en el respectivo acto de la notificación una certificación de esta sentencia a la autoridad demandada y a la representación fiscal.

Notifíquese. –

-----  
-----P.VELASQUEZ C.-----ENRIQUE ALBERTO PORTILLO-----S.L.RIV.MÁRQUEZ----- J. CLÍMACO V.-----  
---PRONUNCIADO POR MAYORÍA POR LA SEÑORA MAGISTRADA Y LOS SEÑORES MAGISTRADOS  
QUE LA SUSCRIBEN-----M.E.V.S. ----- SRIA. -----RUBRICADAS -----”-----

VOTO DISIDENTE DE LA MAGISTRADA PAULA PATRICIA VELÁSQUEZ  
CENTENO.

Respeto, pero no comparto la decisión adoptada por mis colegas magistrados en el presente proceso, promovido por el señor Nayib Armando Bukele Ortez, en su calidad del entonces Alcalde Municipal de San Salvador, respecto a declarar ilegales las siguientes resoluciones emitidas por el Tribunal de Ética Gubernamental [TEG]:

1. De las 15:50 horas del 26 de agosto de 2016, mediante la cual el TEG sancionó al demandante con una multa de 10 salarios mínimos mensuales urbanos para el sector comercio, equivalentes a \$2,517.00 dólares de los Estados Unidos de América, por la infracción a la prohibición ética de «Nombrar, contratar, (...) 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 o socio, excepto los casos permitidos por la ley», regulada en el art. 6 letra h) de la Ley de Ética Gubernamental [LEO], por haber delegado desde el 1 de mayo de 2015 a su hermano Yamil Alejandro Bukele Pérez como representante legal de la junta directiva del Instituto Municipal de Deportes y Recreación [IMDER].

2. De las 14:00 horas del 20 de septiembre de 2016, que desestimó el recurso de reconsideración interpuesto por el demandante y declaró firme la decisión anterior.

Expongo a continuación los motivos de mi disidencia:

***I. Mandato legal.***

Como punto de inicio, debo precisar que, bajo una interpretación finalista del contenido del art. 6 letra h) de la Ley de Ética Gubernamental (LEG), se pretende evitar la manifestación de la corrupción conocida como “nepotismo”.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el nepotismo se define como la «*desmedida preferencia que algunos dan a sus parientes para las concesiones o empleos públicos*».

La LEG, como norma especialísima para promover el desempeño ético en la función pública del Estado y del Municipio, prevenir y detectar las prácticas corruptas y sancionar los actos contrarios a los deberes y las prohibiciones éticas; mediante dicho articulado objeto de la presente controversia, busca evitar que los nombramientos y contrataciones dentro de las entidades públicas, adolezcan de vicios.

Para tal efecto, el tipo infractor bajo análisis contempla los siguientes presupuestos normativos: (i) que exista un nombramiento, contratación, promoción o ascenso; (ii) que sea en la entidad pública donde el servidor público preside o ejerce autoridad; (iii) que dicho beneficio recaiga en su cónyuge, conviviente, pariente dentro del 4° grado de consanguinidad o 2° de afinidad, socio.

Así mismo el art. 3 de la LEG define para los efectos de esa ley, en la letra f) que debe entenderse por corrupción: “es el abuso del cargo y de los bienes públicos, cometidos por servidor público, por acción u omisión, para la obtención de un beneficio económico o de otra índole, para sí o a favor de un tercero”.

## ***II. Análisis del expediente administrativo.***

a. En el presente caso, consta a f. 86 del expediente administrativo copia certificada del acuerdo No. 12 del acta número 1 celebrada el 1 de mayo de 2015, de la sesión del Concejo de la Alcaldía Municipal de San Salvador, presidida por el —entonces— señor alcalde de San Salvador, Nayib Armando Bukele Ortez.

En el numeral 2 de dicho acuerdo se resolvió: «***Nombrar*** a partir del 1 de mayo del presente año la Junta Directiva del Instituto Municipal de Deportes y Recreación, la cual estará integrada de la siguiente manera: ***NOMBRE (...)*** NAYIB ARMANDO BUKELE ORTEZ (...)  
***CARGO (...)*** PRESIDENTE...» (el resaltado es propio).

Posteriormente, en el numeral 3 se plasmó: «***[e]l señor Alcalde Municipal NAYIB ARMANDO BUKELE ORTEZ delega la representación legal de la Junta Directiva del***

***Instituto Municipal de Deportes y Recreación al señor YAMIL ALEJANDRO BUKELE PÉREZ, de conformidad con el Art. 16 de los Estatutos vigentes del IMDER; quien no percibirá salario, dieta ni emolumento alguno, siendo sus servicios ad honorem»*** (el resaltado es propio).

**b.** A f. 131 consta original de certificación de partida de nacimiento número \*\*\*, del folio \*\*\*, libro \*\*\* “\*\*\*\*” de partidas de nacimiento que llevó la alcaldía de San Salvador en el año de 1982, donde consta que Nayib Armando es hijo de \*\*\*\*\* y de \*\*\*\*\*.

Posteriormente, a f. 132 consta original de certificación de partida de nacimiento número \*\*\*, folio \*\*\*, libro \*\*\* de partidas de nacimiento que llevó la alcaldía de San Salvador en el año dos mil (sic); en la que consta que Yamil Alejandro es hijo de \*\*\*\*\* y \*\*\*\*\*.

**c.**A fs. 514-517 y fs.518-524 del expediente administrativo, consta copia certificada del decreto emitido por el Concejo Municipal de la alcaldía de San Salvador y la consecuente publicación en el D.O. 201, Tomo 373 de fecha 27 de octubre de 2006, en el que figuran los estatutos del IMDER.

De los mismos, interesa destacar que el art. 16 contempla: *«[l] a dirección del Instituto estará confiada a una Junta Directiva, la que está integrada por cinco miembros propietarios y dos suplentes, su composición deberá considerar al Alcalde o a un delegado de éste...»*.

Posteriormente, el art. 22 prescribe: *«[e]l cargo de Presidente lo ejercerá siempre el Alcalde o su delegado y sus atribuciones son: 1. Presidir las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Junta Directiva; (...) 3. Representar legalmente al Instituto y otorgar poderes previa autorización de la Junta Directiva (...) 5. Celebrar toda clase de operaciones y contratos relacionados con los fines de la Administración...»*.

En virtud de lo citado, observo que la representación legal es solo una de las facultades que competen al presidente del IMDER.

**d.** Ahora bien, llama mi atención que a fs. 525-528 y 529-540 constan copias certificadas notarialmente de contratos de arrendamiento y mantenimiento de equipo y arrendamiento de vivienda, de fechas uno de abril de dos mil dieciséis y veinticinco de mayo de dos mil quince, respectivamente, celebrados por el señor Yamil Alejandro Bukele Pérez en su calidad de presidente y representante Legal del IMDER.

Posteriormente, de fs. 552-599 constan copias certificadas notarialmente de actas de sesiones de la junta directiva del IMDER donde el señor Yamil Alejandro Bukele Pérez firma como presidente de dicho instituto y se estableció que las presidía.

### **III. Hechos probados.**

En virtud de lo expuesto, se tiene por probadas las siguientes circunstancias:

(i) Que el señor Nayib Armando Bukele Ortiz y el señor Yamil Alejandro Bukele Pérez, son hijos del mismo padre, de modo que les une un vínculo de consanguinidad.

(ii) Que el señor Nayib Armando Bukele Ortiz fue nombrado como Presidente de la Junta Directiva del IMDER; sin embargo, posteriormente delegó dicho nombramiento en el señor Yamil Alejandro Bukele Pérez, delimitando la función de “representante legal”.

(iii) Que, en efecto, los estatutos del IMDER permiten que el alcalde delegue en otra persona su cargo como presidente de dicho instituto.

(iv) Que la representación legal es solo una de las funciones que competen al presidente del IMDER.

(v) Que material y formalmente el señor Yamil Alejandro Bukele Pérez realizó otras funciones propias del presidente del IMDER; es decir, no se limitó a representarlo legalmente según la delegación concedida por el señor Bukele Ortiz, sino que además celebró contratos y presidió sesiones de la Junta Directiva del IMDER.

### **IV. Pronunciamiento.**

En la sentencia de mérito se afirma lo siguiente: *«[s]ucedió que el demandante, en su calidad de Alcalde Municipal de San Salvador de esa época, delegó en el Sr. Yamil Alejandro Bukele Pérez la representación legal de la junta directiva del IMDER, sin que esta figura se encuentre expresamente prohibida por el art. 6 letra h) LEG, no siendo, por ende, constitutiva de infracción administrativa. En conclusión, esta sala es del criterio que el acto de delegación ejecutado no está contemplado en el precepto legal aplicado, siendo inaceptable la interpretación extensiva que hizo el TEG, puesto que —como señala el actor— el principio de seguridad jurídica garantiza la certeza que debe tener el destinatario de un mandado prohibitivo, para el caso «Nombrar, contratar, promover o ascender» a un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, y no, como se perfiló, el delegar una determinada función».*

No obstante, dicho análisis es —a mi juicio— erróneo e incompleto sobre el contexto fáctico real en el que se dio la referida delegación. Y es que, en primer lugar, debe considerarse que la facultad delegada por el entonces señor alcalde hacia el Sr. Yamil Bukele, aunque nominalmente se le denominó como “representación legal”, en realidad se delegaron todas las facultades que ostenta el presidente del IMDER según los estatutos que he citado en el romano II

literal c. supra. Así, lo que se delegó realmente al señor Yamil Bukele fue el **nombramiento** que se hizo a favor del señor Nayib Bukele, como presidente del IMDER, con todas las atribuciones que dicho cargo implica y que, en efecto, fueron desarrolladas por el señor Yamil Bukele.

Por otra parte, aunque se realiza un esfuerzo por desarrollar los parámetros jurisprudenciales y doctrinarios del principio de tipicidad, se ha omitido relacionar que la misma doctrina reconoce que la precisión absoluta de los tipos administrativos es literalmente imposible, en parte por la incapacidad técnica del legislador y por otra por la inabarcabilidad de la casuística en la rama administrativa y, en fin, por la insuficiencia del lenguaje como instrumento de expresión [Nieto, A. Derecho Administrativo Sancionador. 5ª edición totalmente reformada. Editorial Tecnos; Madrid, 2012, p. 277]; aceptándose que, a diferencia del derecho penal, la tipicidad en el derecho administrativo sancionador admite cierta flexibilización.

Incluso, para no caer en la incerteza jurídica o en la “atipicidad” como alega el demandante, debe considerarse también que la delegación es una forma de realizar un nombramiento, en tanto y en cuanto se encomiendan las funciones o atribuciones propias de un cargo específico.

Al respecto, la doctrina ha planteado que *«...la competencia es «la medida de la potestad que corresponde a cada órgano», siendo siempre una determinación normativa...»* [García de Enterría, E. y Fernández, T. Curso de Derecho Administrativo 1. Editorial Civitas, 19ª edición, España, 2020, p. RB-10.3]. Como una excepción a la inderogabilidad de la competencia, se ha reconocido la figura de la delegación que *«... es una decisión del órgano administrativo competente, por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de su competencia a un órgano jerárquicamente inferior, o sometido a tutela administrativa»* [tordillo, A. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo IX, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires: 2014, p. XII-16].

Trasladando las nociones anteriores al caso en estudio, advierto que, si bien, la delegación efectuada por el señor Nayib Bukele no recayó en un inferior jerárquico, sí hubo una transferencia de competencias, vía delegación, amparada por los estatutos del IMDER que, en la práctica, tuvo los mismos efectos de un nombramiento para el señor Yamil Bukele, como presidente del IMDER. por ello no debe estarse a la forma por la forma, puesto que en este caso nótese que la figura utilizada para ejercer las funciones referidas supra -delegación en la práctica, el señor Yamil Bukele ejerció los mismos deberes y derechos de un nombramiento.



De este modo, no comparto el análisis desarrollado por la mayoría de los magistrados ponentes de este tribunal, referente a que una “delegación” no encaja en el concepto normativo de “nombramiento”; cuando, reitero, los elementos probatorios agregados a este caso demuestran: a nivel formal, que la facultad que se delegó fue precisamente el nombramiento del alcalde como presidente del IMDER; y a nivel material, que el señor Yamil Bukele ejerció las atribuciones propias del presidente del IMDER.

Expuesto lo anterior, es preciso aclarar que no cuestiono la posibilidad que otorgan los estatutos del IMDER para delegar las atribuciones del presidente de dicho instituto; sino más bien, lo que se discutía ante el IEG y en esta sala era precisamente la existencia de una relación consanguínea entre el delegante [señor Nayib Bukele] y el delegado [señor Yamil Bukele] en el ejercicio de una función pública.

#### **V. Conclusión.**

A mi juicio, sí se configuran los supuestos normativos y descriptivos del tipo infractor relativo a la prohibición ética relativa a «*Nombrar, contratar, (...) 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 o socio...*». Puesto que la delegación constituyó un nombramiento efectivo y, además, fue realizado en una persona sobre la que el funcionario que ejercía la autoridad tiene un comprobado vínculo de consanguinidad.

De este modo, no considero que exista la atipicidad de la conducta atribuida al señor Nayib Armando Bukele Ortiz en los términos planteados en la sentencia de la mayoría de los colegas ponentes y soy de la opinión que no era procedente declarar la ilegalidad de los actos administrativos impugnados por la mencionada falta de tipicidad; sino que a mi parecer, previo a arribar a dicha decisión, agotado y superado ese valladar, era necesario continuar analizando los demás motivos desarrollados por el demandante, a efecto de llegar a una conclusión certera y congruente.

Así mi voto

Sala de lo Contencioso Administrativo, San Salvador, veintisiete de julio de dos mil veintidós.

-----  
-----P.VELASQUEZ C.-----  
-----VOTO RAZONADO DISIDENTE PRONUNCIADO POR LA SEÑORA MAGISTRADA QUE LO  
SUSCRIBE-----M.E.V.S. ----- SECRETARIA -----RUBRICADAS -----”-----