

PSE-E2018-17-2017

Sobreseimiento

TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL. San Salvador, a las catorce horas y treinta y cinco minutos del veintisiete de febrero de dos mil diecinueve.

Por recibido el escrito –junto con documentación anexa- firmado por el licenciado Edmundo Ulises Hernández Escobar, en carácter de Delegado de la Fiscal Electoral, por medio del cual evacúa el requerimiento de colaboración interinstitucional formulado por este Tribunal.

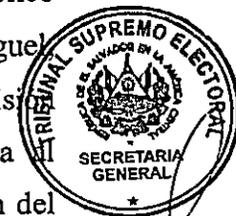
A partir de lo anterior, este Tribunal formula las siguientes consideraciones:

I. En virtud de haberse desarrollado los actos procesales necesarios para requerir la información pertinente relacionada con los hechos objeto del presente procedimiento administrativo sancionador electoral, resulta procedente determinar si existe fundamento o no para el señalamiento de la audiencia oral prevista en el artículo 254 del Código Electoral.

II. 1. a. Por medio de la resolución de 17-10-2017, de conformidad con el Acuerdo de sesión de diez de octubre de dos mil diecisiete –Acta número 283- se inició de oficio el presente procedimiento administrativo sancionador con base en lo dispuesto en el artículo 254 del Código Electoral.

b. Lo anterior, en virtud de que el Tribunal advirtió que constituía un hecho público y notorio la existencia de vallas con la imagen del Alcalde del municipio de San Miguel señor Miguel Ángel Pereira Ayala. En la primera valla –según el informe de la Comisión institucional de seguimiento de actos de propaganda electoral anticipada- ubicada costado poniente de la rotonda del Cantón El Delirio, San Miguel, aparece la imagen del Alcalde de San Miguel y el siguiente texto: “Proyecto: Construcción de muro de mampostería de piedra, rampa peatonal, canaletas y baden. Cantón El Delirio, San Miguel. Monto \$32.025.97”. En la segunda valla –según el informe de la Comisión institucional de seguimiento de actos de propaganda electoral anticipada- ubicada en Avenida Roosevelt de San Miguel, aparece la imagen del Alcalde de San Miguel y el siguiente texto: “Remodelación Estadio Charlaix. Promesa cumplida. Miguel Pereira. Tu Alcalde”.

c. El Tribunal consideró *preliminarmente* que el contenido de las vallas antes mencionadas podría ser constitutivo de la infracción establecida en el artículo 175 del



Código Electoral; por lo que, se ordenó la realización de diligencias a fin de recolectar elementos que sirvieran para establecer la existencia o no de la infracción así como de su autoría.

d. Así, se requirió al Concejo Municipal de San Miguel que remitiera un informe que determinara: i) la existencia de las vallas objeto del presente procedimiento; ii) la información que constara en sus registros- nombre de propietarios, accionistas, dirección de ubicación de la oficina, teléfonos de contacto, etc.- relacionada con la empresa de publicidad a cargo de quien estaría la colocación de publicidad en las vallas identificadas en la presente resolución; y, iii) cualquier información disponible que permitiera identificar a la persona natural o jurídica propietaria de las vallas objeto del presente procedimiento, así como de su ubicación exacta.

e. En vista de concurrir los presupuestos procesales para la adopción de medidas cautelares, se ordenó al Concejo Municipal de San Miguel que procediera de forma inmediata a retirar o, en su caso, a realizar las acciones necesarias para impedir la visualización de las vallas relacionadas con el presente caso, e informara a este Tribunal sobre el cumplimiento de la medida ordenada.

2. a. A través de la resolución de 7-11-2017, se tuvo por recibido el escrito suscrito por el licenciado José Otoniel Zelaya Henríquez, en carácter de apoderado general del Concejo Municipal de San Miguel, por medio del cual evacuó el requerimiento de información formulado por este Tribunal e informó sobre el cumplimiento de la medida cautelar que fue ordenada.

b. A partir de lo informado por el apoderado general judicial del Concejo Municipal de San Miguel, el Tribunal consideró pertinente, a fin de continuar con el trámite del procedimiento administrativo sancionador, ordenar las siguientes actuaciones:

i. Requerir a ABC Ingenieros, Sociedad Anónima de Capital Variable que se abrevia ABC ING, S.A. DE C.V. que informara a este Tribunal sobre la persona natural o jurídica que contrató la publicidad contenida en la valla que estaba ubicada al costado poniente de la rotonda del Cantón El Delirio, San Miguel, en la que aparecía la imagen del Alcalde de San Miguel y el siguiente texto: "Proyecto: Construcción de muro de mampostería de piedra, rampa peatonal, canaletas y baden. Cantón El Delirio, San Miguel. Monto \$32.025.97", o bien, que informara sobre la empresa de publicidad a cargo de quien

estaría la colocación de publicidad en la valla objeto del presente procedimiento, y acompañara dicho informe con la documentación pertinente –contratos, recibos, facturas, orden de pauta, etc. ya sea en original o fotocopias certificadas- relacionada con la contratación de la publicidad de la referida valla.

c. Requerir a Vyasal que informara a este Tribunal sobre la persona natural o jurídica que contrató la publicidad contenida en la valla que estaba ubicada en Avenida Roosevelt de San Miguel, aparece la imagen del Alcalde de San Miguel y el siguiente texto: “Remodelación Estadio Charlaix. Promesa cumplida. Miguel Pereira. Tu Alcalde”, y acompañara dicho informe con la documentación pertinente –contratos, recibos, facturas, orden de pauta, etc. ya sea en original o fotocopias certificadas- relacionada con la contratación de la publicidad de la referida valla.

3. Por medio de resolución de 13-12-2018, se requirió por segunda vez a ABC Ingenieros, Sociedad Anónima de Capital Variable que se abrevia ABC ING, S.A. DE C.V y a Vyasal que remitieran por segunda vez la información solicitada por este Tribunal.

4. A través de la resolución de 8-05-2018, se solicitó –en virtud de los motivos expresados en dicha resolución- la colaboración interinstitucional a la Fiscal Electoral a fin de que, a través de su persona, se requiriera a Vyasal el informe relacionado con la contratación de la publicidad contenida en la valla que estaba ubicada en Avenida Roosevelt de San Miguel, aparecía la imagen del Alcalde de San Miguel y el siguiente texto: “Remodelación Estadio Charlaix. Promesa cumplida. Miguel Pereira. Tu Alcalde” así como la documentación pertinente –contratos, recibos, facturas, orden de pauta, etc. ya sea en original o fotocopias certificadas- relacionada con la contratación de la publicidad de la referida valla.

5. Finalmente, por medio de la resolución de 22-06-2018, se solicitó a la Fiscalía Electoral que informara a la brevedad a este Tribunal, sobre el resultado de las diligencias realizadas en relación a la solicitud de colaboración interinstitucional relacionado en el párrafo anterior. Dicho informe ha sido relacionado al inicio de la presente resolución.

III. De conformidad con el resultado de las diligencias realizadas, el Tribunal advierte las situaciones que se exponen a continuación.

IV. 1. a. A partir de la documentación remitida por el Concejo Municipal de San Miguel y la presentada por la Fiscalía Electoral, se ha podido constatar la existencia de los



siguientes hechos en relación a la valla ubicada al costado poniente de la rotonda del Cantón El Delirio, San Miguel, en la que aparecía la imagen del Alcalde de San Miguel y el siguiente texto: “Proyecto: Construcción de muro de mampostería de piedra, rampa peatonal, canaletas y baden. Cantón El Delirio, San Miguel. Monto \$32.025.97

i. La contratación de la colocación de la valla en mención, fue realizada por el ingeniero Sergio Franklin Reyes Argueta, representante legal de la sociedad ABC Ingenieros S.A. de C.V. en cumplimiento a lo establecido en el Contrato de Construcción de la obra “Proyecto: Construcción de muro de mampostería de piedra, rampa peatonal, canaletas y baden. Cantón El Delirio, San Miguel. Monto \$32,025.97”, tal como puede corroborarse a través del escrito de 8-06-2018 firmado por el ingeniero Sergio Franklin Reyes Argueta, representante legal de ABC Ingenieros S.A. de C.V. y fotocopia certificada de la factura n° 0079 de 8-07-2018 emitida por Printing full color a nombre de ABC Ingenieros S.A. de C.V.

ii. De acuerdo con el informe remitido por el apoderado general judicial del Concejo Municipal de San Miguel –periodo 2015-2018- la colocación de dicha valla: “...se justifica que en las bases de los Términos de referencia del proceso de Libre Gestión Código –LG-069-AMSM-2017 Ejecución del proyecto “Construcción de muro de mampostería de piedra, rampa peatonal, canaleta y baden en Caserío Chichipate, Cantón El Delirio, San Miguel” específicamente en las generalidades del Proyecto y en la cláusula Quinta literal A) Anticipo para capital de trabajo la sociedad contratista 'deberá colocar un rótulo en el lugar donde se realice la obra dentro de los quince días calendario, contados a partir de la fecha en que reciba la Orden de Inicio', según el Contrato N° CE-5-260617 (Libre Gestión). Cabe mencionar que dicho rótulo sirve para identificar el proyecto, el monto y la empresa que ejecuta la obra”; situación que puede corroborarse con la fotocopia certificada del contrato N° CE-50-26062017 (Libre Gestión) cláusula quinta literal a, que se encuentra agregada al expediente

iii. La estructura comunicacional de la valla se encuentran elementos identificativos de la Alcaldía Municipal de San Miguel, del proyecto de “Construcción de muro de mampostería de piedra, rampa peatonal, canaletas y baden en Caserío Chichipate, Cantón El Delirio, San Miguel” por un monto de \$32,025.97 y la imagen del señor Miguel Pereira, Alcalde de San Miguel.

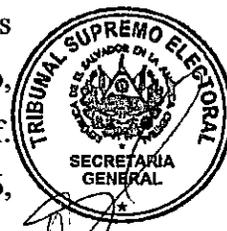
b. Es preciso señalar que el presente procedimiento fue iniciado, en relación a la colocación de la valla antes referida, por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 175 CE. Ello sin perjuicio de que en el trámite del procedimiento este Tribunal pudiese cambiar la *calificación jurídica* de los mencionados hechos de acuerdo al resultado de las diligencias cuya realización se ordenó.

c. En ese sentido, debe mencionarse que el Legislativo Electoral –Código Electoral, Decreto Legislativo número 413 de 3-07-2013, publicado en el Diario Oficial número-138, Tomo número 400 de 26-06-2013- previó dos tipos administrativos cuya materia de prohibición se vincula con los hechos antes mencionados: i). La prohibición de realizar propaganda electoral para partidos políticos, coaliciones, medios de comunicación personas naturales o jurídicas durante el periodo no autorizado por la Constitución de la República – artículo 175 CE-; y ii) la prohibición de publicidad gubernamental durante los treinta días anteriores a la fecha señalada para las elecciones –artículo 178 CE-.

d. En este contexto es pertinente apuntar además, que las reglas que regulan el concurso de normas resultan igualmente aplicables en materia sancionatoria general –cf. Inconstitucionalidad 18-2008, sentencia de 29-04-2013, considerando IV.1.C- para efectos de garantizar el principio de prohibición de doble persecución; de manera que: “... a una sola conducta corresponde un solo tipo, y ante la concurrencia de dos normas que tipifican de forma idéntica la materia de prohibición, sólo una de ellas tiene que resultar aplicable, quedando excluida otra u otras que pudieran concurrir – concurso aparente de normas sancionatorias-. Por ello, aplicar dos o más sanciones ante un supuesto de hecho idéntico, se está configurando una respuesta jurídica distinta a la expresamente lijada por la ley” –cf. Inconstitucionalidad 147-2014/20-2015/26-2015/34-2015, sentencia de 9-11-2016, considerando VI.2-.

e. Ante la presencia de un concurso de normas sancionadoras, el intérprete debe escoger cuál es que resulta *aplicable de manera idónea* para contener todo el desvalor provocado por la conducta del agente de acuerdo con la aplicación de las reglas previstas para ello, en este caso el artículo 7 del Código Penal - cf. Inconstitucionalidad 147-2014/20-2015/26-2015/34-2015, sentencia de 9-11-2016, considerando VI.4-.

f. Precisamente, una de esas reglas es la de *especialidad* según la cual el precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general. De ahí que en el presente caso,



debe tenerse en cuenta que la materia de prohibición regulada – prohibición de publicidad gubernamental durante los treinta días anteriores a la fecha señalada para las elecciones - por el artículo 178 CE- guarda especialidad respecto de la materia de prohibición regulada por el artículo 175 CE, dado que el artículo 178 CE regula concretamente las acciones relativas a las actividades de relaciones públicas que deben efectuar las instituciones estatales y que resultan necesarias para el cumplimiento de sus funciones y su incidencia en dentro del contexto electoral; y así debe considerarse en este caso para efectos de garantizar los principios de prohibición de doble persecución, legalidad en sus concreciones de mandatos de certeza y principio de tipicidad así como el de proporcionalidad en el juicio de tipicidad realizado por este Tribunal en el presente caso.

g. De manera que el Tribunal considera, que los hechos constatados en párrafos anteriores deben ser analizados conforme a la materia de prohibición del tipo administrativo prevista en el artículo 178 CE; por lo que debe evaluarse, si existe fundamento para el señalamiento de la audiencia oral por dichos hechos.

2. a. El Tribunal ha señalado que la materia de prohibición de la norma contenida en el artículo 178 del Código Electoral está conformada por el impedimento al Gobierno de la República, Concejos Municipales y demás entidades autónoma de publicar en medios de comunicación estatal o privados las contrataciones o inauguraciones de obras de infraestructura nacional o de cualquier otra naturaleza que hayan realizado, que realicen o que proyecten realizar en cumplimiento de la prestación o de los servicios de asistencia a que está obligado el Estado; dicha prohibición, *está sujeta al ámbito temporal comprendido dentro de los treinta días anteriores a la fecha señalada para las elecciones.*

b. En el contexto normativo de la materia de prohibición antes señalada, la acción prohibida está encamina a impedir la notoriedad de actos relativos a contrataciones o inauguraciones –celebración del estreno de una obra, edificio o de un monumento, etc.- de obras de infraestructura nacional o de cualquier otra naturaleza que hayan realizado, que realicen o que proyecten realizar en cumplimiento de la prestación o de los servicios de asistencia a que está obligado el Estado, a través de su difusión en medios de comunicación estatales o privados.

c. Es preciso tener en cuenta que la disposición antes mencionada pretende preservar equidad de la competencia entre los partidos políticos y candidatos durante los procesos electorales.

d. De manera que, lo que pretende prohibir la norma, es que se realicen determinadas actuaciones por parte de las entidades estatales – Gobierno de la República, Concejos Municipales y demás entidades autónomas – que pudiesen implicar acciones que tengan la finalidad de inducir en los ciudadanos para votar a favor o en contra de un determinado partido político o candidato, que supongan una violación a la igualdad en la contienda electoral.

e. De lo anterior se deriva, que la prohibición contenida en el artículo 178 del Código Electoral no persigue una supresión absoluta de las relaciones públicas que deben efectuar las instituciones estatales y que resultan necesarias para el cumplimiento de sus funciones; tampoco pretende, suprimir la ejecución de aquellos actos que deben realizarse en cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales dentro de las competencias establecidas por el ordenamiento jurídico en general –publicación de información de interés general y público, publicaciones ordenadas por la ley respecto de determinados trámites administrativos, etc.–, así como del cumplimiento de mandatos institucionales o judiciales.

f. En definitiva, lo que la norma prohíbe es que las instituciones estatales realicen la publicación en medios de comunicación estatal o privados de las contrataciones o inauguraciones de obras de infraestructura nacional o de cualquier otra naturaleza que hayan realizado, que realicen o que proyecten realizar en cumplimiento de la prestación de los servicios de asistencia a que está obligado el Estado, vulnerando con ello la equidad en la contienda electoral.

g. Determinar cuándo una determinada acción sobrepasa las labores de relaciones públicas de una entidad estatal o su deber de informar objetivamente a los ciudadanos sobre sus funciones, es un asunto que no puede determinarse apriorísticamente sino a través del análisis de la acción, el contenido del mensaje, etc.; en suma, del contexto del mismo.

h. Existen elementos que pueden aportar indicios para determinar si un mensaje o una acción determinada sobrepasa los deberes de la entidad estatal e ingresa al ámbito de prohibición del artículo 178 CE. Si el mensaje o acción se realiza fuera del ámbito de competencia funcional de la entidad, si tiene un contenido y presentación que pretende



manipular al receptor, se realiza de manera injustificada, entre otros, puede ser indicativo que se está ante un mensaje que sobrepasa las actividades de relaciones públicas propias de las funciones de la entidad estatal o de su deber de informar objetivamente a los ciudadanos.

3. a. Al aplicar las consideraciones antes mencionadas a los hechos relacionados con la colocación de la valla ubicada al costado poniente de la rotonda del Cantón El Delirio, San Miguel; el Tribunal concluye –de acuerdo con el informe remitido por el apoderado del Concejo Municipal de San Miguel y la documentación presentada por la Fiscalía Electoral- que dicha acción fue realizada fuera del ámbito temporal de prohibición previsto en el artículo 178 CE: *treinta días anteriores a la fecha señalada para las elecciones*; ya que se ha constatado que la contratación de la colocación de dicha valla se realizó el 8-07-2017 y estuvo colocada hasta el 20-10-2017 fecha en que el Concejo Municipal de San Miguel -2015-2018- procedió a su retiro.

b. Aunado a lo anterior, el Tribunal considera que la referida acción se desarrolló dentro del ámbito competencial de la entidad estatal en referencia, no resultaba injustificada y la forma y el contenido del mensaje se mantenía dentro del ámbito del deber objetivo de informar de la mencionada entidad estatal; de manera que no se advierte que dicha acción –valorada en su contexto- haya implicado una violación al principio de la equidad en la contienda electoral y al mandato de neutralidad de las entidades estatales, conforme a la materia de prohibición establecida en el artículo 178 CE. .

4. En consecuencia, los hechos relacionados con la colocación de la valla que estuvo ubicada al costado poniente de la rotonda del Cantón El Delirio, San Miguel, en la que aparecía la imagen del Alcalde de San Miguel y el siguiente texto: “Proyecto: Construcción de muro de mampostería de piedra, rampa peatonal, canaletas y baden. Cantón El Delirio, San Miguel. Monto \$32.025.97”, no ingresan en el ámbito de prohibición de la norma establecida en el artículo 178 CE; por lo que no existe fundamento para señalar audiencia oral, dada la atipicidad de la misma; por lo que deberá *sobreseerse* el presente procedimiento en relación a dicho hecho.

V. 1. a. Por otra parte, a partir de la documentación remitida por la Fiscalía Electoral en atención al requerimiento de colaboración interinstitucional realizado por este Tribunal,

se ha podido constatar que no existe contrato, recibos o facturas que acredite la contratación directa de la publicidad relacionada en la valla objeto del procedimiento.

2. a. Dichas circunstancias permiten concluir que con las diligencias realizadas no se han podido obtener los elementos probatorios *pertinentes* para poder acreditar la autoría sobre la contratación de dicha publicidad.

b. De manera que puede constatar, en relación al referido hecho, que el Tribunal agotó la actividad procesal *idónea* –en atención a las posibilidades fácticas y jurídicas y desde el punto de vista de las garantías constitucionales aplicables a este tipo de procedimientos- para tratar de determinar la existencia del hecho y el resultado ha sido infructuoso; no pudiéndose realizar materialmente otro tipo de diligencias para alcanzar dicho fin, o bien, que no impliquen un *dispendio de la actividad del Tribunal*.

3. En vista de lo anterior, es posible afirmar que en el presente caso no existen elementos que permitan fundamentar el señalamiento de la audiencia oral que ordena el artículo 254 inciso 5° del Código Electoral *en relación al hecho relacionado con la valla relacionada en el presente considerando*, por lo que es procedente finalizar el trámite del presente procedimiento administrativo sancionador a través de la figura procesal del sobreseimiento, en virtud de haberse constatado una situación que imposibilita la continuación normal de su trámite.

VI. 1. Y es que cabe remarcar, en atención a las situaciones mencionadas en los considerandos anteriores respecto de haberse constatado la inexistencia de elementos que permitan fundamentar el señalamiento de la audiencia oral que ordena el artículo 254 inciso 5° del Código Electoral, que la jurisprudencia constitucional ha señalado que en el ejercicio de la potestad sancionadora, la Administración –en este caso el TSE- desarrolla potestades para la investigación de los hechos a fin de sustanciar el respectivo informativo – cf. Inconstitucionalidad 82-2011/43-2014, sentencia de 23-02-2015, considerando III.2.A y C- y tiene además la *carga probatoria* –tanto de la existencia de la infracción como de su autoría- para lo cual puede realizar actividades de indagación –cf. Inconstitucionalidad 94-2013, sentencia de 16-10-2015, considerando III. 3- a fin de recolectar elementos que sirvan para tal efecto; en aquellos casos que el procedimiento inicia de oficio.

2. De lo anterior se deduce, que en aquellos casos en que se sustancie el respectivo informativo y se determine la atipicidad del hecho o no se obtengan elementos probatorios

de idóneos y pertinentes de cargo para poder determinar la autoría sobre los hechos, como en el presente caso, no resulta procedente realizar el señalamiento de la audiencia oral y debe, como consecuencia de ello, ordenarse la finalización del procedimiento administrativo; puesto que de acuerdo con el *principio de proporcionalidad* aplicable en este tipo de procedimientos, *las actuaciones administrativas deben ser cualitativamente aptas e idóneas para alcanzar los fines previstos*, con lo que se pretende evitar, como se dijo en párrafos anteriores, el dispendio de la actividad del Tribunal.

Por tanto, con base en las anteriores consideraciones, lo establecido en los artículos 11, 12, 14, 15, 81, y 208 inciso 4º de la Constitución de la República y lo regulado en los artículos 39, 40, 41, 59, 64 literal b) romano iv, 175 y 254 del Código Electoral; este Tribunal **RESUELVE:**

1. *Sobreséase* el presente procedimiento administrativo sancionador.
2. *Comuníquese* la presente resolución a la Fiscalía Electoral para los efectos legales correspondientes.
3. *Notifíquese* la presente resolución al Concejo Municipal de San Miguel a través de su apoderado general judicial.

[Handwritten signature]

M. J. F. G.

[Handwritten signature]



TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL
SECRETARIA GENERAL