



NUE 202-A-2019 (AG)

Monterrosa contra Municipalidad de San Salvador

Resolución definitiva

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: San Salvador, a las catorce horas con treinta y dos minutos del veinticuatro de junio de dos mil veinte.

Descripción del caso:

El presente procedimiento de apelación ha sido promovido por **Josué Balmore Monterrosa**, en adelante el apelante, en contra de la resolución emitida por el Oficial de Información de la **Municipalidad de San Salvador**, en la cual se resolvió respecto a la solicitud de información consistente en: *"i) copia de la autorización o licencia que la Lotería Nacional de Beneficencia tiene para operar, siendo su sede en San Salvador; ii) cuáles son los métodos de autorización, regulación y control que ejerce la Alcaldía para evitar amaños y anomalías como las conocidas públicamente por medio de: a) informe especial de la Lotería Nacional de la Corte de Cuentas de fecha 7 de marzo de 2011, en la que detalla alteraciones de actas, pagos ilegales de premios y anomalías de funcionamiento, siendo algunos de carácter delictivo, b) declaración pública de robo de premios por el Presidente de la Lotería Nacional en conferencia de prensa entre enero de 2016 y marzo de 2017, noticia en los medios impresos, radiales y televisivos; y c) detalle de los montos pagados en concepto de tasas municipales por premio para la actividad que desarrolla la Lotería Nacional de los años 2010 al 2018"*.

[Firma manuscrita]
[Firma manuscrita]
[Firma manuscrita]

En ese sentido, dicho servidor público resolvió orientar al ciudadano para que dirija su solicitud de información a la Lotería Nacional de Beneficencia o al Ministerio de Hacienda, pues estableció que la competencia otorgada a esa municipalidad, a través del art. 4 numeral 24 del Código Municipal, se refiere a las loterías de cartón y similares instaladas en locales particulares, así como rifas en casinos y casa de juego. Por el contrario, se establece que la Lotería Nacional de Beneficencia (LNB) es una institución autónoma y por su naturaleza, no requiere el permiso de la municipalidad para ejercer sus funciones, ni dicho



gobierno local tiene facultades de regulación o control de fraudes, amaños y anomalías que puedan surgir dentro de la LNB.

Este Instituto admitió la apelación y designó al Comisionado **Andrés Grégori Rodríguez**, para instruir el procedimiento y elaborar un proyecto de resolución. Asimismo, en cumplimiento al derecho de defensa y audiencia de las partes, solicitó la presentación del informe justificativo de conformidad al art. 88 de la LAIP.

Para este caso, el ente obligado rindió el informe correspondiente, por medio de **Sonia Marjori Portillo de Paredes**, en calidad de apoderada del señor **Ernesto Luis Muyshondt García Prieto**, Alcalde Municipal de San Salvador, en el cual afirmó, en lo medular, que el oficial de información, resolvió orientar al ciudadano a solicitar la información requerida a las instituciones correspondientes, ya que la Lotería Nacional de Beneficencia es una institución que depende del Ministerio de Hacienda, con personalidad jurídica propia, de carácter comercial y con autonomía administrativa, así también se indicó que lo referido en el Código Municipal en el art. 24 numeral 4, hace referencia a Loterías de Cartón y rifas en casinos y casas de juego, razón por la cual, **Portillo de Paredes** ratificó lo actuado por el oficial de información.

Acto seguido, el 13 de enero del presente año, el comisionado instructor presentó al Pleno de este Instituto, un informe señalando que luego de analizar el objeto y la causa de este procedimiento, determinó que el caso constituye un asunto de mero derecho, es decir, la aplicación de normas y principios de la LAIP, que para resolver su controversia basta con su análisis.

En consecuencia, con base al artículo 135 de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), se otorgó un plazo de diez días hábiles a las partes, para que se manifestaran respecto a la necesidad de abrir a pruebas el presente procedimiento, ante lo cual, el 5 de febrero de 2020, se remitió escrito por parte de la apoderada de la Municipalidad de San Salvador, donde señaló que no se ofrecerá prueba distinta al expediente administrativo, en virtud de no tener competencia para tramitar la solicitud de información presentada por **Josué Balmore Monterrosa**. Por su parte, el ciudadano apelante presentó escrito en fecha 6 de febrero del presente año, por medio del cual alegó que no ha existido

por parte de la Municipalidad una adecuada interpretación del art. 4 literal 24 del Código Municipal, existiendo “ley de ordenanza municipal” (sic) que establece lo referente al porcentaje de pagos que deben realizarse a la municipalidad, agregando copia simple de dicha ordenanza municipal. En virtud de lo cual, se advierte que la prueba aportada por el ciudadano es conforme a argumentos de derecho y no de hecho, en el sentido que se ha ofertado normativa relacionada a la aplicación de una presunta obligación que surgen del art. 4 literal 24 del Código Municipal, sobre el cobro de tasas municipales “por rifas o sorteos de cualquier clase” a la Lotería Nacional de Beneficencia. Por todo lo anterior, al no haber controversia entre las partes respecto al cuadro fáctico puesto a conocimiento del Instituto, se procedió a dar trámite de mero derecho al procedimiento, al quedar reducida la discusión a la aplicación de derecho.

En este punto es importante retomar la jurisprudencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el proceso con referencia **408-2016**, sentencia emitida el 28 de enero de 2019, en el sentido que: *“(...) en el ámbito jurisdiccional los procesos son clasificados -tomando como parámetro el objeto de control de la discusión- en procesos donde la controversia estriba en hechos alegados, y otros, en interpretación o aplicación del derecho. En el primer caso, el debate judicial gira en torno a aspectos fácticos que se alegan han acontecido y que las partes argumentan ocurrieron en forma distinta; en la segunda clasificación, no hay controversia sobre los sucesos, sino sobre la aplicación e interpretación de la norma a dichos acontecimientos, en estos casos el juzgador se limita a la interpretación y aplicación de la consecuencia jurídica, pues no hay debate respecto a la manera en que ocurrieron los hechos (...)”*. En tal sentido, existen elementos suficientes para establecer que el caso *sub judice* estriba respecto a la interpretación o aplicación del derecho, al existir conformidad por ambas partes, en proporción al cuadro fáctico puesto a conocimiento.

Análisis del caso:

Este Instituto advierte que el objeto de la presente apelación es analizar si existe competencia en la Municipalidad de San Salvador, para dar trámite a la solicitud de información presentada por el apelante, por lo cual el examen del caso seguirá el íter lógico siguiente: **(I)** Definición de competencia en el ámbito del Derecho de Acceso a la



Información Pública; y (II) Determinación de la existencia o no de la obligación legal de poseer o generar la información requerida a la Municipalidad de San Salvador.

I. Según los arts. 48, 49 y 50 de la LAIP, las instituciones públicas están obligadas a la creación de dependencias administrativas, denominadas Unidades de Acceso a la Información Pública (UAIP), las cuales a través del Oficial de Información, reciben y dan trámite a las solicitudes referentes a información pública y de datos personales. Las características con las que deben diligenciarse estas solicitudes responden a los principios de máxima publicidad, gratuidad, celeridad, sencillez y disponibilidad.

Bajo la sombra de este último principio, el cual se enmarca en la disponibilidad de la información en posesión de las instituciones públicas, el art. 68 inc. 2 de la LAIP, establece una excepción, precisando que cuando una solicitud de información sea dirigida a un ente obligado distinto del competente, se deberá informar al interesado, cuál es la entidad correspondiente a la que debe acudir.

Es así, que le corresponde al oficial de información calificar su competencia, verificando preliminarmente si la información requerida es generada por su Institución o si puede estar resguardada en otro ente obligado.

Lo anterior, supone la obligación del oficial de información, no solo de tener conocimientos relacionados con el quehacer institucional, sino también el compromiso para brindar acceso a la información pública, a efecto de ser un enlace efectivo para los solicitantes.

La información pública es *aquella en poder del ente obligado, contenida en documentos, archivos, datos, bases de datos, comunicaciones y todo tipo de registro que documente el ejercicio de sus facultades o actividades, que consten en cualquier medio, ya sea impreso, óptico o electrónico, independientemente de su fuente, fecha de elaboración y que no sea confidencial. Dicha información podrá haber sido generada, obtenida, transformada o conservada por éstos a cualquier título.* (art. 6 literal "c" de la LAIP).

Al respecto, la línea resolutive de este Instituto ha sido establecer como un requisito ineludible para la tramitación de una solicitud de información, que sea dirigida frente al ente

competente¹, ello con la finalidad de no dilatar de manera innecesaria el conocimiento adecuado a tal requerimiento de información; existiendo la obligación de orientar al solicitante a dirigirse a la institución que sí tiene en su poder la información solicitada o al menos la obligación de generarla.

II. El anterior criterio de competencia circunscribe la obligación de gestión y posterior entrega de información pública, al supuesto que el ente obligado tenga [o deba tener] en su poder la información solicitada -ya sea porque la ha generado o adquirido dentro del ejercicio de sus facultades o actividades-, ante lo cual, es pertinente verificar si existe habilitación legal para que la Municipalidad de San Salvador, posea documentación o archivos respecto a: “i)...autorización o licencia que la Lotería Nacional de Beneficencia tiene para operar, siendo su sede en San Salvador; y ii) ... los métodos de autorización, regulación y control que ejerce la Alcaldía para evitar amaños y anomalías [de la LNB].”

A. En tal sentido, el argumento principal del apelante es que tal obligación de generar la información se origina en lo establecido en el **art. 4 numeral 24 del Código Municipal**, que literalmente dice: “*Compete a los Municipios: ... 24. La autorización y regulación del funcionamiento de loterías, rifas y otras similares...*”. Asimismo, señala que el art. 158 del mismo Código regula que dicha normativa “se aplicará con preferencia a cualquier otra ley que tenga con la materia”.

Aunado a lo anterior, el apelante exige el cumplimiento de los arts. 31 numeral 12, 35, 48 numeral 4, 51 f), 53, 55, 57, 63, 133, 134 y 158 del Código Municipal; en los cuales se desarrollan las obligaciones del Concejo, del Alcalde, del Síndico y del Secretario Municipal respecto al cumplimiento a lo ordenado en dicha norma y en las ordenanzas municipales, como: la responsabilidad en la que incurren los citados funcionarios ante el incumplimiento de sus obligaciones, la definición de los ingresos para el municipio, entre los que se encuentran las tasas municipales y la facultad que tienen los referidos funcionarios municipales para iniciar los procesos sancionatorios ante la inobservancia de lo regulado en una ordenanza.

¹ Resolución emitida el 16 de marzo de 2015, en la referencia NUE 2-FR-2015.



Por otra parte, argumenta lo establecido en los arts. 203, 205, 245 de la Constitución de la República (Cn.), en los cuales se desarrolla la autonomía de la que gozan los Municipios (económica y reglamentaria), en cuanto a la elaboración de ordenanzas municipales. Asimismo, la responsabilidad en la que incurren los funcionarios y empleados públicos por los daños materiales o morales que causen a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en la Constitución.

También, señala la obligatoriedad de la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la Ciudad y Departamento de San Salvador, número 66, emitida el 18 de diciembre de 2007, publicada en el Diario Oficial número 12, tomo 378, el 18 de enero de 2008, en la cual se regula las Licencias por Funcionamiento Anual, que permite el funcionamiento de un negocio en particular, con la vigencia de un año; las tasas que se deben cobrar por dicha autorización, encontrándose el rubro rifas y sorteos de cualquier clase promovidas por instituciones sin fines de lucro, para la realización de obras benéficas en las que los cupones o derechos a participar en ellos sean vendidos.

Sumado a toda la normativa señalada previamente, el apelante alega la inobservancia de los arts. 20 y 174 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, que señalan respectivamente que *son sujetos pasivos o deudores del impuesto, sea en calidad de contribuyentes o de responsables: [...] las instituciones, organismos y empresas de propiedad del Gobierno Central y de instituciones públicas descentralizadas o autónomas, cuando realicen los hechos previstos en esta Ley [...] y el art. 174 que señala que no producirán ningún efecto en relación con este impuesto [IVA] las exenciones tributarias genéricas, totales o parciales otorgadas o que se otorguen por otras Leyes...*

También, el apelante relaciona lo establecido en el art. 2 de la Ley Orgánica de la Lotería Nacional de Beneficencia, que señala que *“La Lotería Nacional de Beneficencia tiene por objeto exclusivo, obtener fondos para ayudar al Estado en el cumplimiento de sus fines, especialmente en lo referente a los servicios de salud pública y asistencia social”,* y que dicha normativa ha quedado derogada tácitamente por la entrada en vigencia del Código Municipal.

Finalmente, relaciona lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia emitida el día tres de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, dentro del expediente con referencia 146-M-98, que literalmente expresa *“Es claro entonces que a partir de la entrada en vigencia del Código Municipal, la potestad de autorizar los negocios cuyo giro sea el de la lotería, descansa en manos de los gobiernos locales y en ningún otro ente -dado que de la lectura de la Ley Orgánica de la Lotería Nacional de Beneficencia puede claramente advertirse que ésta carece de potestad alguna para dictar tales actos-.” “Como logra concluirse, en razón del anterior análisis el ente competente para autorizar y regular entonces el funcionamiento de loterías, es el Municipio ...”*

B. Por su parte, el análisis jurídico que realiza la apoderada de la Municipalidad de San Salvador, consiste en afirmar que por la autonomía de las funciones que ejerce la Lotería Nacional de Beneficencia, la misma no requiere de permiso por parte de la Municipalidad de San Salvador, para ejercer tales funciones, por lo cual queda excluida de la aplicación del art. 4 numeral 24 del Código Municipal, en virtud que dicha normativa se refiere a las loterías de cartón y similares instaladas en locales particulares, así como rifas en casinos y casa de juego. De igual manera, afirmó que dentro de las facultades de la Municipalidad no está la regulación y control de fraudes, amaños y anomalías que pueden surgir dentro de esa institución, por su carácter autónomo.

Con lo anterior, reafirma la incompetencia para dar trámite a la solicitud de información presentada por el apelante, siendo que las instituciones que pueden entregar dicha información es la Lotería Nacional de Beneficencia y el Ministerio de Hacienda.

C. Es así que el objeto de controversia versa sobre la determinación de la obligación legal o no, por parte de la Municipalidad de San Salvador, de generar la información requerida por el apelante, relacionada al pago de tasas municipales por la autorización, control y regulación de la actividad de lotería que realiza la Lotería Nacional de Beneficencia, al tener la misma su domicilio en la ciudad de San Salvador. Ante lo cual, es pertinente definir en qué consiste el acto administrativo de autorización o licencia para la realización de una actividad comercial en particular, pues de ahí dependerá si existe una obligación de control y vigilancia de la Municipalidad a la LNB, y por ende la existencia de la carga tributaria a favor de dicha municipalidad.



Es así que las licencias o autorizaciones, son el acto administrativo por medio del cual la administración pública ejerce un medio de control sobre el ejercicio de determinadas actividades desempeñadas por los gobernados, quienes al cumplir con los requisitos exigidos pueden desarrollar dichas actividades, ya que la propia administración les reconoce el derecho de ejercicio².

Al respecto la Sala de lo Contencioso Administrativo, ha señalado que la emisión de una autorización deviene de la potestad de la Administración para su otorgamiento. Asimismo, establece que *“la autorización es aquel acto administrativo, de carácter declarativo, mediante el cual un organismo de la Administración o persona particular quedan habilitados para desplegar cierta actividad o comportamiento, o bien para ejercer un derecho preexistente...”* “Al respecto Miguel S. Marienhoff, en su obra *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, señala que la autorización constituye un requisito previo de validez y eficacia de aquella actividad, comportamiento, o derecho a ejecutarse. De ahí que las autorizaciones producen efectos jurídicos ex nunc, pues es a partir de la emisión del acto de autorización es que comienzan los efectos, y por ende procede desplegar la actividad o derecho concedido.”³

En razón de lo anterior, existe un punto de encuentro entre la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido que la autorización debe emitirse previo al ejercicio de la actividad que pretende permitir, en tanto se haya verificado el cumplimiento de los requisitos de ley.

Sin embargo, en el caso en discusión, la autorización para el funcionamiento de la LNB deviene por ministerio de ley (Ley Orgánica de la Lotería Nacional de Beneficencia - L.O.L.N.B.-), por lo cual -en principio- no requiere de la autorización, control y vigilancia de la Municipalidad de San Salvador.

Que la derogación tácita de la L.O.L.N.B., desarrollada en la sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, se refiere a la autorización de otros

² Retomado el 1 de junio de 2020, de: <http://cursos.aiu.edu/Derecho%20Administrativo%20II/PDF/Tema%203.pdf>

³ Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, el 25 de junio de 2013, dentro del expediente con referencia 29-2008.

establecimientos que tengan como giro principal las loterías y rifas, y no de la Lotería Nacional de Beneficencia, pues ello implicaría que todo su funcionamiento dependería de la regulación municipal, lo cual no es así, manteniéndose vigente las reglas de funcionamiento conforme a la L. O. L. N. B.

El resto de normativa alegada por el apelante, procura el reconocimiento de la facultada de la municipalidad para la autorización del funcionamiento, control y vigilancia de la LNB, pero esa atribución debe ser supervisada por el Ministerio de Hacienda, por medio de sus distintos departamentos. Al respecto el Código Tributario señala en su art. 23 literales a) y b) que **son funciones básicas de la administración tributaria** [Ministerio de Hacienda] **el registro, control y clasificación de los sujetos pasivos de los tributos** en función de su nivel de ingresos, actividad económica y cualquier otro criterio que permita a la administración cumplir eficazmente con su gestión. Asimismo, **le corresponde la determinación de la exclusión de sujetos pasivos cuando carezcan de capacidad contributiva.**

Bajo este parámetro, la Municipalidad de San Salvador ha establecido que no es competente para emitir ninguna autorización para el funcionamiento de la Lotería Nacional de Beneficencia y tampoco para su control ni vigilancia, entendiéndose que por tal motivo no se tiene documentación o información al respecto, por lo cual le corresponde al Ministerio de Hacienda aclarar si existe o no un hecho generador derivado del art. 4 numeral 24 del Código Municipal que procure una carga tributaria para la LNB a favor de la Municipalidad, pues ha quedado establecida que la autorización para su funcionamiento proviene de su ley orgánica y no de un acto administrativo de dicho ente.

Decisión del caso:

Por tanto, al no tener en este momento elementos que permitan establecer una obligación de la Municipalidad de San Salvador para la generación de la información solicitada por el señor **Josué Balmore Monterrosa**, de conformidad con las razones antes expuestas y disposiciones legales citadas, y los artículos 6 y 18 de la Constitución, 52 inciso 3, 58 letras b y d; 94 y 96 letra “b” de la LAIP; y 80 del Reglamento de la LAIP, este Instituto **resuelve:**

a) **Confirmar** la resolución emitida por el Oficial de Información de la Municipalidad de San Salvador, de fecha 26 de julio de dos mil diecinueve.

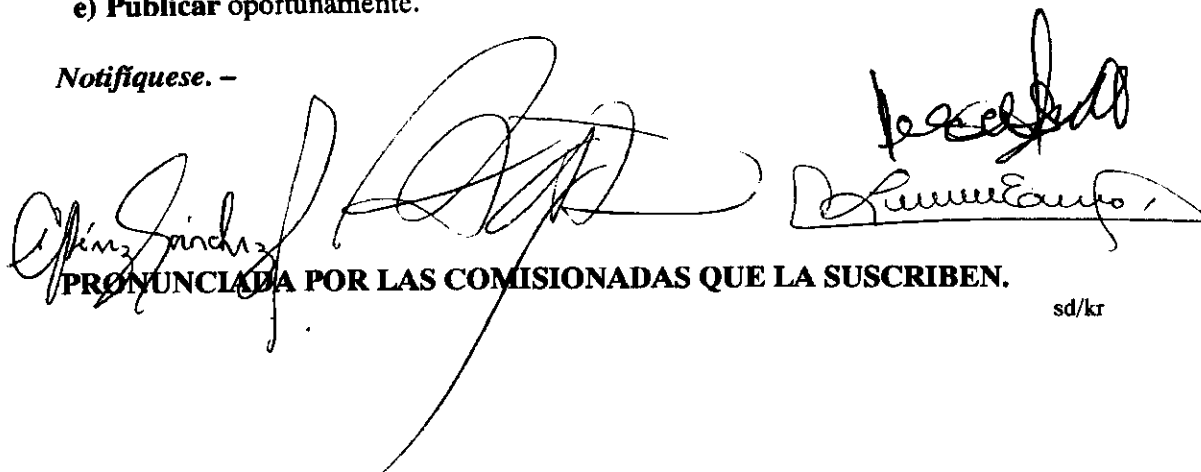
b) **Hacer saber** a las partes que contra este acto administrativo no cabe recurso en esta sede administrativa, de conformidad con el art. 131 de la Ley de Procedimientos Administrativos, dejando expedito el derecho de acudir a la jurisdicción Contencioso Administrativo, si así se considerase necesario.

c) **Archivar** definitivamente el presente expediente.

d) **Ordenar** la devolución del expediente administrativo con referencia 279-UAIP-19, al Oficial de Información de la Municipalidad de San Salvador o la persona delegada para tal efecto.

e) **Publicar** oportunamente.

Notifíquese. -



PRONUNCIADA POR LAS COMISIONADAS QUE LA SUSCRIBEN.

sd/kr

...conforme a su original, con la cual se confrontó y para que lo proveído por este Instituto tenga su debido cumplimiento, se extiende la presente, a los veintidós días del mes de julio de dos mil veinte.


José Augusto Hernández Funes
NOTIFICADOR
IAIP

