

LÍNEAS SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2009

ACADEMIA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA: PROCESO DE EVALUACIÓN DE LA APTITUD PARA EL MANDO POLICIAL

El demandante impugna la legalidad del acto emitido por la Academia Nacional de Seguridad Pública el quince de diciembre de dos mil cuatro, mediante el cual se le dio de baja en su calidad de alumno y se le ordenó el retiro de dicha Institución.

COMPETENCIA DE LA COMISIÓN EVALUADORA DE LA APTITUD PARA EL MANDO

La parte actora ha alegado que la Comisión Evaluadora de la Aptitud para el Mando, no era el organismo competente para pronunciarse favorable o desfavorablemente sobre su aptitud al mando policial, siendo a su criterio el Tribunal de Ingresos y Ascensos de la Policía Nacional Civil, el competente para ello, por lo cual estima que se ha violentado el artículo 23 de la Ley de la Carrera Policial.

Por su parte, la autoridad demandada sostuvo que el acto impugnado está sustentado en el Instructivo para Regular las Evaluaciones de la Aptitud para el Mando y el Servicio Policial, el cual fue debidamente aprobado por el Consejo Académico de la Academia Nacional de Seguridad Pública, el once de diciembre de dos mil tres, y que a su vez tiene su fundamento legal en los artículos 12 literal a) de la Ley Orgánica de la Academia Nacional de Seguridad Pública y 22 de la Ley de la Carrera Policial.

En atención a lo expuesto por las partes, es conveniente analizar en primer lugar lo establecido en el Instructivo para Regular las Evaluaciones de la Aptitud para el Mando y el Servicio Policial, respecto del procedimiento a seguir en caso de reprobar el proceso de evaluación.

INSTRUCTIVO PARA REGULAR LAS EVALUACIONES DE LA APTITUD PARA EL MANDO Y EL SERVICIO POLICIAL

El Instructivo constituye un medio normativo dentro de la Academia Nacional de Seguridad Pública atinente a reglar la actividad administrativa interna de la Institución, por lo que solamente aplica para sus empleados o funcionarios quiénes son sus destinatarios, y su obligatoriedad deriva del deber de obediencia que incumbe a ellos quienes integran la Institución Policial.

Así, el Instructivo para Regular las Evaluaciones de la Aptitud para el Mando y el Servicio Policial, fue emitido por el Consejo Académico de la Academia Nacional de Seguridad Pública con el objeto de "Definir los procedimientos, criterios de objetividad y de justicia para la aplicación de las evaluaciones de la aptitud para el mando y el servicio policial", así como para "Establecer las comisiones de evaluación y los correspondientes órganos de apelación".

De acuerdo a la documentación anexa al presente proceso, el Instructivo en comento estaba vigente durante una parte del período en el cual el demandante se encontraba siendo sometido al proceso de evaluación de "Aptitud al Mando Policial", ya que consta en el expediente judicial, certificación de la Sesión Ordinaria número treinta guión dos mil cuatro celebrada el día tres de septiembre de dos mil cuatro, que el Consejo Académico de la Academia Nacional de Seguridad Pública, en el romano III.1, por mayoría decidió suspender la aplicación del referido Instructivo.

Durante el tiempo que estuvo vigente el Instructivo para Regular las Evaluaciones de la Aptitud para el Mando y el Servicio Policial, se determinaba que eran tres los órganos encargados de evaluar a los aspirantes que optaran ingresar al Servicio Policial, o a aquellos que aplicarían por un ascenso al mando, siendo éstas: la Comisión Evaluadora de la Aptitud para el Servicio Policial, la Comisión Evaluadora de la Aptitud para el Mando y el Tribunal de Apelaciones. Asimismo establecía, que el alumno que reprobara el proceso de evaluación en base a la calificación global que asignara la correspondiente Comisión Evaluadora, tendría una segunda oportunidad para superar sus deficiencias en los tres meses consecutivos al período reprobado. Si el alumno reprobaba nuevamente en esta segunda oportunidad, el Consejo Académico o el Tribunal de Apelaciones - según el grado al cual se estuviera aspirando -, serían los entes encargados de conocer y resolver en audiencia oral el recurso de apelación.

Presentado el recurso, la Secretaría General recibiría, notificaría y citaría a los alumnos que interpusieran el recurso de apelación, haciéndolo del conocimiento del Director General para su consiguiente trámite ante la instancia correspondiente. Posteriormente, el Presidente del organismo competente convocaría a audiencia oral al reprobado para su defensa, se escucharía al fiscal y procurador estudiantil. Si se determinaba que la reprobación del alumno era justificable la acción académica quedaba firme, de lo contrario se le daría un período de tres meses más para que superara las deficiencias, si no las superaba era retirado del proceso de formación o de ascenso en el que se encontraba participando.

En aplicación del Principio de Aplicabilidad Inmediata de la Constitución, las normas constitucionales deben considerarse obligatorias y creadoras de derechos y obligaciones directamente ejercibles y exigibles, pues es el primer régimen jurídico- positivo aplicable al orden administrativo y contencioso.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Constitución es la primera fuente formal del Derecho Administrativo, en cuanto a norma jurídica teniendo en el ordenamiento supremacía material y formal -artículo 246 de la Constitución-, ello implica que la Administración Pública al emitir sus actos está sometida en un primer momento a los preceptos constitucionales. En virtud de lo anterior, es pertinente referirse al artículo 86 de la Constitución, norma que contiene la más genérica expresión del Principio de Legalidad en el ordenamiento jurídico salvadoreño, el cual en su inciso final (concreción expresa del principio referido) señala que "los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo, y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley".

Tanto la Sala de lo Constitucional como este Tribunal han reconocido que justamente en esta disposición se encuentra el Principio de Legalidad de la Administración Pública. Con base en este Principio, las facultades o potestades de la Administración deben estar habilitadas por la norma, ya que sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, pues las facultades de sus funcionarios encuentran su fundamento último en la propia Constitución. Según el referido artículo 86, no puede haber actuación lícita de ningún funcionario que no esté amparada en el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, en concordancia con el Principio de Aplicabilidad Inmediata de la Constitución, corresponde valorar si la actuación de la autoridad demandada ha sido respetuosa del señalado Principio de Legalidad.

La parte actora alegó en la demanda que la Comisión Evaluadora de la Aptitud para el Mando, no era el organismo competente para pronunciarse favorable o desfavorablemente sobre su aptitud al mando. Al analizar el procedimiento realizado en sede administrativa ha quedado establecido que el demandante llegó a la etapa final para optar al nivel ejecutivo pero, al someterse a la evaluación de la aptitud para el mando policial, quedó reprobado.

El Instructivo señalaba que, una vez reprobado, el aspirante tenía la posibilidad de superar las deficiencias observadas. Así, en concordancia con este punto, la Comisión Evaluadora de la Aptitud para el Mando y Servicio Policial, el dieciséis de agosto de dos mil cuatro, reprobó al demandante y mandó a superar las deficiencias mediante la realización de un proceso de reforzamiento formativo, que debería ejecutarse por un período de tres meses.

El día tres de septiembre de dos mil cuatro, el Consejo Académico de la Academia Nacional de Seguridad Pública, decidió suspender la aplicación del Instructivo para Regular las Evaluaciones de la Aptitud para el Mando y el Servicio Policial, como consecuencia la Comisión Evaluadora de la Aptitud para el Mando, que tenía su asidero legal en el mencionado Instructivo, dejó de ejercer sus funciones.

Sin embargo, transcurridos los tres meses luego de la realización del proceso de reforzamiento formativo, el día seis de diciembre de dos mil cuatro la Comisión Evaluadora de la Aptitud para el Mando, decidió declarar reprobado al demandante.

Del análisis de los hechos, ha quedado establecido en este proceso que tanto el Instructivo para Regular las Evaluaciones de la Aptitud para el Mando y el Servicio Policial como la Comisión Evaluadora de la Aptitud para el Mando, quedaron suspendidos por medio del Acuerdo del Consejo Académico de la Academia Nacional de Seguridad Pública del tres de septiembre de dos mil cuatro, lo que implicaba que ambos perdieron su asidero jurídico, por lo que correspondía al Consejo Académico de la Academia Nacional

de Seguridad Pública, ente que tiene su fundamento en la Ley y que subsistió luego de la suspensión del mencionado Instructivo, tramitar y resolver el procedimiento seguido por el demandante; sin embargo, tal y como consta en este proceso, la Comisión Evaluadora de la Aptitud para el Mando reprobó al demandante y, por ello, el Secretario de Estudios de la Academia Nacional de Seguridad Pública procedió a darle de baja, careciendo de fundamento jurídico alguno y, por tanto, de competencia para actuar en el caso planteado.

En conclusión, la actuación de la Comisión Evaluadora de la Aptitud para el Mando, al reprobar al demandante carecía de base legal además de transgredir el Principio de Legalidad consagrado en la Constitución, de ahí que el acto dictado por un organismo sin fundamento jurídico alguno es ilegal. En consecuencia, también es ilegal la acción académica, mediante la cual se da de baja al demandante en su calidad de alumno, emitida por la autoridad demandada, ya que tal acto tiene su fundamento en la ilegal actuación de la mencionada Comisión.

REESTABLECIMIENTO DEL DERECHO VIOLADO

Una vez que se ha concluido que el acto impugnado es ilegal, corresponde ahora examinar si en el caso que se analiza, de acuerdo con las particulares circunstancias que lo acompañan, es necesario dictar medidas para restablecer el derecho violado según lo ordena el inciso 2° del artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De acuerdo con esta disposición, 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. Se instituye de esta manera en el juicio contencioso administrativo un mecanismo para que la Sala pueda restablecer plenamente los derechos del demandante que hubieran sido violados por el acto impugnado.

Sobre lo dispuesto en la citada disposición debe precisarse, especialmente por el significado que ha de atribuirse a la expresión "en su caso", que a pesar de que esta Sala

estime que procede declarar la ilegalidad del acto impugnado, no siempre procederá la adopción de medidas para el restablecimiento del derecho violado, pues la presencia de estas medidas será necesaria únicamente, y de ahí que el legislador haya utilizado tal expresión, en aquellos casos en los que la situación jurídica del demandante efectivamente hubiera sido alterada como consecuencia del acto impugnado, pues es ahí cuando, para que la sentencia alcance su estado de efectividad, se vuelve imprescindible dictar las medidas oportunas para que la situación del demandante vuelva al estado primitivo en el que se encontraba antes de la emisión del acto impugnado.

Quiere decir, entonces, que habrá supuestos en los que el acto administrativo, no obstante su validez y eficacia, no modifica la situación material del demandante, o bien las posibles modificaciones que haya producido no han sido alegadas y por lo tanto no constan en el proceso, en cuyo caso el Tribunal no adoptará ninguna medida concreta tendente al restablecimiento del derecho violado. Sobre este tema debe añadirse, que las medidas que se adopten, cuando así sea procedente, han de perseguir que el restablecimiento de todas las condiciones que en la esfera jurídica del demandante hubieran sido alteradas por el acto impugnado sea *in natura*, es decir, devolviendo las cosas al exacto estado en el que originalmente se encontraban.

Sin embargo, en determinados casos y por diversas circunstancias, el restablecimiento de la situación jurídica del demandante no podrá ser *in natura*, de modo que no siempre será posible que su situación jurídica vuelva al exacto estado en que se encontraba antes de los actos impugnados. En esos supuestos, si bien no podrá alcanzarse la reparación natural de las cosas, corresponderá a esta Sala dictar otras medidas con las cuales ha de procurarse que, desde el punto de vista de equidad y de justicia, la sentencia estimatoria cumpla su efecto restablecedor de los derechos del demandante. En suma, con las anteriores consideraciones se quiere dejar asentado el criterio de que ni en todos los procesos en los que el acto impugnado resulte ser ilegal habrá lugar para decretar medidas para restablecer el derecho violado, y que tampoco en todos los casos en los que procedan las medidas, el restablecimiento podrá ser *in natura*.

Corresponde ahora trasladar al caso que se analiza el significado y modo de operar de las medidas para el restablecimiento del derecho violado. Según queda establecido en el preámbulo de esta sentencia, en el presente caso se ha impugnado el acto mediante el

cual el demandante resultó reprobado, por lo cual se le dio la baja en su calidad de alumno de la Academia Nacional de Seguridad Pública y se le ordenó el retiro de dicha Institución, por lo cual este Tribunal estima que como medida restablecedora en el presente caso, deberá eximirse al actor de someterse a la evaluación de la aptitud para el mando policial, debiendo también procederse a su promoción al nivel ejecutivo en el próximo acto de graduación, previo cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la Ley, por lo cual la indemnización de daños y perjuicios solicitada por el actor, es improcedente.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 39-2005 de fecha 03/06/2009).

ACTIVIDADES DE EXPORTACIÓN: TRATAMIENTO TRIBUTARIO EN MATERIA IVA

La parte actora dirige su pretensión de ilegalidad contra la resolución pronunciada por la Dirección General de Impuestos Internos (en adelante DGII), mediante la cual se declaró sin lugar la devolución solicitada por la sociedad actora, en concepto de reintegro de crédito fiscal relativo al Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios relacionado con operaciones de exportación, correspondiente a los períodos tributarios comprendidos de enero de dos mil tres a noviembre de dos mil cuatro.

La sociedad actora solicitó la mencionada devolución en razón de la prestación de servicios realizada a diversas sociedades, siendo las que discute en el presente proceso la devolución correspondiente por los servicios prestados al Cuerpo de Ingenieros de la Fuerza Armada de los Estados Unidos de América por la construcción de nave para el Centro de Monitoreo contra la narcoactividad en el Aeropuerto Internacional de El Salvador y a la Sociedad GASOHOL, S.A. DE C.V.

De lo ocurrido en sede administrativa y de lo consignado en el expediente administrativo, se evidencia que efectivamente el receptor del servicio es el Cuerpo de Ingenieros de la Fuerza Armada de los Estados Unidos de América, quienes son los arquitectos y encargados de desplegar el proyecto -- base de monitoreo contra la narcoactividad de

conformidad al Acuerdo de Cooperación entre los Gobiernos de las Repúblicas de El Salvador y los Estados Unidos de América ---, mientras que quienes se encargarían de la ejecución de la obra eran Newco Structures Inc. y MONELCA, S.A. DE C.V. tal como se encuentra consignado en el relacionado contrato formalizado con dicha finalidad.

Ahora bien, ni el Cuerpo de Ingenieros de la Fuerza Armada de los Estados Unidos de América, ni la empresa Newco Structures, Inc., han sido calificados como Usuario de Zona Franca ó Depósito para Perfeccionamiento Activo; en razón de lo anterior, al adolecer de la falta de tal calificación le son inaplicables lo regulado en los artículos 29 del Reglamento de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y el artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización.

El artículo 29 Reglamento de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, señala: «(...)se considera como exportación la transferencia de dominio definitivo de bienes muebles corporales y la prestación de servicios destinados al uso y consumo de las empresas acogidas al Régimen de Zonas Francas y Recintos Fiscales»

Así mismo, el artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, nos indica: «Las ventas o transferencias de bienes y servicios de las personas naturales o jurídicas establecidas en el Territorio Aduanero Nacional aun Usuario de Zona Franca o a un Depósito para Perfeccionamiento Activo ubicados dentro del área centroamericana, se consideran como operaciones de exportación definitiva a países fuera del área centroamericana»

Por otra parte, el tratamiento de las exportaciones en materia IVA, debido a su naturaleza es desarrollado en el Capítulo II acápite "Normas Especiales sobre Transferencia de Bienes y Prestaciones de Servicios al Exterior". Dicho capítulo contiene los apartados "Operaciones de Exportación" artículo 74 y "Tasa" artículo 75, los cuales establecen que las exportaciones consistentes en transferencia de dominio definitivas de bienes muebles corporales, destinados al uso y consumo en el exterior y las prestaciones de servidos realizadas en el país, a usuarios que no tienen domicilio ni residencia en él y los servicios que estén destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero, están afectas a una tasa del cero por ciento.

[...] El artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios estipula que en la prestación de servicios son tres los requisitos que necesariamente deben concurrir para que dicha operación sea considerada "exportación":

a) que la prestación del servicio sea realizada en el país;

- b) que el servicio se preste a usuarios que no tienen domicilio ni residencia en el país; y,
- c) que los servicios estén destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero.

Cuando dicha disposición hace referencia a las exportaciones consistentes en transferencias de dominio definitivas de bienes muebles corporales, determina que esos bienes deben estar destinados al uso y consumo en el exterior. Por su parte, cuando se refiere a las exportaciones de servicios regula claramente que tienen que concurrir los tres requisitos detallados anteriormente.

En ese orden de ideas, se procederá al análisis de cada uno de los requisitos indicados por el mencionado artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios:

- a) Que la prestación del servicio sea realizada en el país.

En el caso de mérito, es indudable que la labor que desarrolla la sociedad actora se acopla al primero de los supuestos previstos en la Ley, es decir, que la prestación de servicios se realice en el país, ya que la misma se realiza en el recinto fiscal del Aeropuerto Internacional de El Salvador.

- b) Que el servicio se preste a usuarios que no tienen domicilio ni residencia en el país.

Es innegable que el Cuerpo de ingenieros de la Fuerza Armada de los Estados Unidos de América no cuentan con domicilio ni residencia en el país, ya que solo se encuentran desarrollando el proyecto de la Base Aérea para el control de la Narcoactividad en el Aeropuerto Internacional de El Salvador.

- c) Que los servicios estén destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero.

La Base Aérea para el control de la Narcoactividad evidentemente se utiliza en el territorio nacional, y no exclusivamente en el extranjero, por lo que no se cumple el último de los requisitos establecidos en el artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, para que una prestación de servicios sea calificada como exportación de servicios, gravada con la tasa cero por ciento.

En ese orden de ideas, es evidente que no procede la devolución de los créditos fiscales IVA exportadores, tal cual lo ha solicitado la sociedad actora, por no constituir esa prestación una exportación de servicios.

- 2) De la prestación de servicios declaradas como exentas.

La sociedad actora manifiesta que por un error de interpretación del Acuerdo de Cooperación entre los Gobiernos de las Repúblicas de El Salvador y los Estados Unidos de América, relativo al acceso y uso de las instalaciones del Aeropuerto Internacional de El Salvador por los Estados Unidos para el control de la Narcoactividad, consignó en las declaraciones de IVA correspondientes como VENTAS EXENTAS los servicios prestados al Cuerpo de Ingenieros, cuando lo correcto era consignarlos como EXPORTACIONES, ya que dichos servicios fueron realizadas en las instalaciones del Aeropuerto Internacional de El Salvador.

La sociedad demandante comparte el criterio de la Administración Tributaria en cuanto a que en el indicado Acuerdo de Cooperación no existe exención respecto de la construcción de infraestructura, y que desde un inicio debió de haberlas consignado como exportaciones.

Frente a tal argumento, procede señalar que se entiende por: EXENCIÓN: Catalina García Vizcaíno en su obra "Derecho Tributario" -parte general, Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, año 1996, páginas 321 y 322-, nos habla acerca de las exenciones lo siguiente: « las exenciones y los beneficios tributarios consisten en circunstancias objetivas o subjetivas que neutralizan los efectos normales de la configuración del hecho imponible, de suerte que aunque éste se halle configurado no nace la obligación tributaria, o nace por un importe menor, o son otorgadas ciertas facilidades para su pago.

Es decir: si bien se configuran en la realidad fáctica los elementos tipificantes del hecho imponible, por razones de índole económica, política, social, financiera, etc., expresamente se exime del pago del impuesto, operando las exenciones como hipótesis neutralizantes totales de la configuración del hecho imponible, de modo que no nazca la obligación tributaria. (...) ».

Así mismo la sociedad demandante solicita en su demanda que en caso de obtener una resolución favorable al reclamo formulado, se ordene a la DGII proceder al reintegro de los créditos fiscales cuya devolución se reclama en este proceso, devolución que deberá recaer incluso en las ventas declaradas erróneamente como exentas.

En virtud de tal argumento, se tuvo a bien revisar las declaraciones de IVA presentadas por MONELCA, S.A. DE C.V. a la Administración Tributaria, constatándose que en efecto los servicios prestados al Cuerpo de Ingenieros de la Fuerza Armada de los Estados Unidos de América fueron declarados como ventas exentas.

Al ser declaradas estas prestaciones de servicios como exentas, no formaron parte del grueso de los créditos y débitos fiscales estimados para determinar el Impuesto IVA, a

enterarse a la Administración Tributaria, en cada uno de los períodos mensuales correspondientes, pagando consecuentemente un monto menor de impuesto IVA; de lo que se colige que ciertamente se obtuvo, de hecho, un beneficio fiscal, ya que la prestación de servicios anteriormente relacionada al no ser una exportación de servicios se encontraba gravada con el trece por ciento de IVA y no exenta como fue declarada en su oportunidad. [...]

Que al analizar la operación de servicios entre la demandante y la Sociedad GASOHOL DE EL SALVADOR, S.A. DE C.V. a la luz de los requisitos establecidos en el artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, se puede verificar que los mismos no se cumplen en su totalidad para ser considerada una exportación; cumpliéndose únicamente el primero de los supuestos, es decir que el servicio prestado ha sido realizado dentro del territorio nacional; más sin embargo, no se cumplen ni el segundo ni tercer requisito, por que tales servicios han sido prestados a una sociedad domiciliada en el territorio, ya que la usuaria de los servicios no reside fuera del país, y, finalmente se requiere que para que se configure una exportación su utilización se de en su totalidad en el exterior y las obras realizadas por la actora han sido efectuadas en las instalaciones de una empresa calificada como Depósito para Perfeccionamiento Activo, cuya ubicación geográfica es dentro del territorio nacional, por lo que su utilización nunca se produjo fuera del mismo, tal como lo presupone el artículo 74 ya antes mencionado.

En la prestación de servicios realizada por MONELCA, S.A. DE C.V. a GASOHOL DE EL SALVADOR, S.A. DE C.V., resalta el hecho que se trata de servicios prestados y utilizados en el país, ya que el servicio se configura, como la construcción e instalación de tanques para contener el alcohol deshidratado, no pudiendo afirmarse que exista posibilidad alguna de separación entre prestación y utilización, debido a que el servicio de la sociedad demandante finalizó en el país, pues se advierte que la sociedad actora no ha tenido nada que ver con la actividad exportadora de la sociedad contratante.

En ese orden de ideas, es importante indicar que de la lectura de los artículos 29 del Reglamento de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y el artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización - transcritos supra-, se colige que la prestación de servicios realizada a un Depósito para Perfeccionamiento Activo ó a un Usuario de Zona Franca se considera exportaciones.

Ahora bien, esta Sala ha resuelto con anterioridad que los requisitos establecidos en el artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de

Servicios, para que una prestación de servicios sea considerada como exportación gravada con la tasa cero por ciento—, no deben ser exigidos en casos como el presente, por tratarse de una situación especial expresamente definida por el legislador en el Reglamento de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización.

En Sentencia de las quince horas del treinta de noviembre de dos mil cuatro con referencia 148-S-02, este Tribunal expuso: «(...)para efectos del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, tanto las transferencias de dominio de bienes muebles corporales como las prestaciones de servicios efectuadas a empresas acogidas al Régimen de Zonas Francas y Recintos Fiscales, destinadas al uso y consumo de tales empresas, son consideradas exportaciones sujetas a la tasa del cero por ciento, lo que significa que aún y cuando las empresas acogidas al régimen de zonas francas y recintos fiscales, se encontraran físicamente dentro del territorio nacional, las ventas y servicios que empresas locales realizaran a favor de las mismas se reputaban exportaciones,(...)».

«(...)Por tal motivo los productos y servicios que se brinden a los usuarios mencionados por parte de empresas locales que no están acogidas a éstos regímenes especiales, están gravadas con la tasa cero por ciento el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios (...)».

Tanto los beneficios fiscales, otorgados a las Zonas Francas y los Depósitos para Perfeccionamiento Activo, como la ficción de la exportación regulada en el artículo 25 de la Ley de Zonas Francas industriales y de Comercialización, responden además, de los sujetos que intervienen en las diferentes relaciones jurídicas, a la circunscripción territorial --territorio extra aduanal-- donde se realicen esas relaciones que, para el presente caso, es el requisito que debe ser analizado para delimitar la aplicación del aludido artículo 25.

En el caso que no ocupa es importante determinar el lugar donde se utiliza el servicio, esa utilización no debe verse bajo la perspectiva del artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios sino bajo la perspectiva del territorio extra aduanal (requisito muy propio del artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización).

La prestación de servicios de construcción de infraestructura desplegado por la actora fue realizada en territorio extra aduanal y destinada para el uso y consumo de GASOHOL DE EL SALVADOR, S.A. DE C.V., con la finalidad de desarrollar su actividad exportadora de producción de alcohol deshidratado.

En razón de lo anterior, es pertinente calificar la prestación de servicios desarrollada por MONELCA, S.A. DE C.V. a la sociedad ALCOHOL DE EL SALVADOR, S.A. DE C.V. como exportación de servicios.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 110-2006 de fecha 04/06/2009)

Relaciones:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Ref. 88-2006 de fecha 22/05/2009.

ACTIVIDADES DE FABRICACIÓN DE PRODUCTOS PIROTÉCNICOS: PERMISOS ESPECIALES Y AUTORIZACIONES

La parte actora dirige su pretensión de ilegalidad contra la resolución pronunciada por la División de Armas y Explosivos de la Policía Nacional Civil, mediante la cual se le impone multa y se decomisan diversos materiales para la fabricación de productos pirotécnicos; y contra la resolución pronunciada por la Dirección de Logística del Ministerio de la Defensa Nacional, en la cual se ratifica la multa impuesta al actor y se resuelve destruir el material decomisado.

ACTO ADMINISTRATIVO: ELEMENTOS

La existencia del acto administrativo depende del cumplimiento de ciertos elementos esenciales, tales como la competencia, objeto, voluntad y forma, los cuales deben concurrir simultáneamente de acuerdo con el modo requerido por el ordenamiento jurídico.

Tal como lo manifiesta el autor Roberto Dromi, la competencia "es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente" (Derecho Administrativo, Décima primera edición, Buenos Aires, Argentina, 2006).

Como elemento esencial del acto administrativo la competencia condiciona necesariamente su validez. Así mismo, se ha repetido que la competencia es en todo caso una determinación normativa, es decir, debe siempre encontrar su fundamento en una norma jurídica. Es el ordenamiento jurídico el que sustenta las actuaciones de la Administración mediante la atribución de potestades, habilitándola a desplegar sus actos. "En síntesis, el acto administrativo requiere de una cobertura legal, es decir, la existencia de una potestad habilitante que otorgue competencia al órgano o funcionario emisor".

Puede afirmarse que en el ordenamiento jurídico salvadoreño, las competencias sólo pueden ser atribuidas a los diversos órganos y funcionarios mediante normas constitucionales, reglamentos autónomos y leyes en sentido formal, es decir, normas provenientes de la Asamblea Legislativa.

RECURSO DE INCONFORMIDAD: AUTORIDAD COMPETENTE

De conformidad a lo regulado en los artículos 11, 12 letra a) y e) y 13 de la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares, es competencia del Ministerio de la Defensa Nacional por medio de la Dirección de Logística y el Ministerio de Gobernación a través de la Policía Nacional Civil, el verificar la actividad de fabricación pólvora y sus respectiva licencia.

Así mismo los artículos 8 y 9 del Reglamento Especial para el Control y Regulación de Artículos similares a Explosivos, Sustancias Químicas y Productos Pirotécnicos, claramente indica que el Ministerio de la Defensa Nacional llevará registros de los permisos especiales

y autorizaciones para la fabricación de productos pirotécnicos; además le compete ejercer el control y la regulación de la importación, exportación, fabricación, comercialización, tenencia, almacenaje y uso de sustancias químicas o artículos regulados.

Así también le compete conocer de los Recursos de Inconformidad presentados por personas naturales o jurídicas que hubieren sido sancionadas de conformidad a la Ley y el Reglamento -artículo 121 del Reglamento de la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares-.

En ese orden de ideas, es preciso señalar que la resolución que se cita como fundamento de la resolución impugnada por el actor, no ha sido emitida por la autoridad competente - que en este caso es el Director de Logística, del Ministerio de la Defensa Nacional-, ya que la misma constituía una simple opinión que tenía como función expresar una recomendación que serviría de soporte para resolver y formular la resolución pertinente.

Por otra parte, también se ha constatado que el procedimiento instaurado por ley para seguirse desde la interposición del Recurso de Inconformidad hasta su finalización, es totalmente distinto al procedimiento seguido en este caso en particular, ya que al verificar la copia del expediente administrativo no se ha encontrado ninguna documentación que haga constar que se ha seguido al pie de la letra el procedimiento determinado para estos casos, tal cual lo regula los artículos 121, 122 y 123 del Reglamento de la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares.

De lo anterior se evidencia que hay un error en el procedimiento realizado por el Director de Logística del Ministerio de la Defensa Nacional, lo que irrespeta los Derechos a un Debido Proceso, Audiencia y de Defensa del actor de conformidad a lo regulado en el artículos 11 y 14 de nuestra Carta Magna y la normativa administrativa pertinente aunado al hecho que el acto que se impugna no fue emitido por la autoridad competente existiendo por tanto un vicio en el elemento subjetivo del acto. Consecuentemente dicha actuación se encuentra revestida de ilegalidad.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo respeta su carácter revisor de la jurisdicción, y afirma que en estos casos sólo le corresponde eventualmente declarar ilegal el acto administrativo y devolver el asunto al órgano competente para que reponga el procedimiento conforme a derecho.

Mas sin embargo, tomando en consideración que la Jurisdicción Contencioso Administrativa no es únicamente un mero revisor de lo actuado en sede administrativa, sino que en ella se origina un verdadero proceso, y considerando el principio de economía procesal, la tutela judicial efectiva y en base a una postura de superación del carácter revisor de esta Sala, en este caso en particular, se procederá a analizar los argumentos de ilegalidad esgrimidos por la actora ante esta Instancia, en cuanto al acto administrativo emitido por la División de Armas y Explosivos de la Policía Nacional Civil.

PERMISO ESPECIAL PARA LA FABRICACIÓN DE PRODUCTOS PIROTÉCNICOS

Como ya se mencionó con anterioridad, en el caso de mérito el primer acto impugnado es el acta emitida por la División de Armas y Explosivos de la Policía Nacional Civil y su correspondiente multa, en razón de no contar el demandante con el permiso especial para la fabricación de productos pirotécnicos; de lo cual manifiesta el actor que la exigencia del mismo es un error de la autoridad demandada, ya que de conformidad al Decreto Legislativo número 504 del cinco de noviembre de dos mil cuatro y su respectiva prórroga -Decreto Legislativo 978 del uno de marzo de dos mil seis- se suspendía la exigencia del permiso especial, por lo que no era aplicable la multa que se le impuso.

Que el obviar el anterior decreto transgrede el principio de culpabilidad que rige en el derecho administrativo sancionador, ya que él no ha realizado ninguna conducta que pueda ser reprochable y justificable de una sanción de índole económica. Por lo cual la resolución mediante la cual se ratifica la multa impuesta por la División de Armas y Explosivos de la Policía Nacional Civil se vuelve ilegal. Así también alega que no existe un nexo de tipicidad y culpabilidad por cuanto la exigencia del permiso especial se encuentra suspendido por mandato legal en base a los decretos legislativos antes apuntados.

En sustento al razonamiento anterior, se procedió a realizarse el estudio pertinente de los Decretos a los que hace alusión el demandante, constatándose que en efecto el Decreto número 504, del cinco de noviembre de dos mil cuatro concedía un plazo de quince meses para que las personas dedicadas a la producción, almacenamiento, comercialización, importación y exportación de productos pirotécnicos puedan realizar esta actividad, omitiendo los requisitos establecidos en los artículos 116 del Código de Salud, 19, 28 y 32 del Reglamento Especial para el Control y Regulación de Artículos Similares a Explosivos, Sustancias Químicas y Productos Pirotécnicos.

El mencionado Decreto fue prorrogado por un período de seis meses más- Decreto número 978-, a partir del cuatro de marzo de dos mil seis; por lo que es innegable la afirmación del actor en cuanto a que en el momento de realizarse el decomiso la citada norma se encontraba vigente y le era aplicable, pero únicamente a lo concerniente a algunos de los requisitos exigidos a los fabricantes de productos pirotécnicos determinados taxativamente en las normas en referencia, pero no en cuanto a la necesidad de obtener un "permiso especial" tal cual lo señala el artículo 16 del Reglamento Especial para el Control y Regulación de Artículos Similares a Explosivos, Sustancias Químicas y Productos Pirotécnicos, el cual prescribe: "Toda persona natural o jurídica que desee dedicarse, a la fabricación de artículos regulados, deberá previamente obtener su permiso especial, el cual tendrá una vigencia de un año, contado a partir de su emisión, y será renovable previo el pago de la tasa correspondiente, así como el cumplimiento de las disposiciones emanadas del presente Reglamento verificadas por la Comisión Técnica".

De lo anterior se colige que el actor se encontraba en la obligación de presentar el permiso especial otorgado por las autoridades pertinentes y que lo anterior no conlleva a una violación a los principios de legalidad, presunción de inocencia y culpabilidad tal cual lo argumenta el actor.

Determinada la exigencia de ley de contar con el relacionado "permiso especial", procede entrar a analizar las ilegalidades atribuidas a los actos impugnados.

En cuanto a la multa impuesta por la División de Armas y Explosivos de la Policía Nacional Civil, el actor se ha limitado a señalar que la multa es ilegal ya que en la misma no se menciona a que ordenamiento jurídico se refiere, ya que solamente en la fórmula de la infracción se señala que se impone la sanción de conformidad al numeral diecisiete de las faltas muy graves.

Con la finalidad de mejor proveer se solicitó en dos oportunidades a las autoridades demandadas los expedientes administrativos relacionados con el presente proceso. Ahora bien, la División de Armas y Explosivos de la Policía Nacional Civil remitió copia certificada del mismo, en el cual se constató que efectivamente en la formulación de la infracción únicamente se ha señalado el número de la falta dentro de la categoría de faltas muy graves.

Sin embargo, también se ha podido verificar de la lectura del acta levantada el veinticuatro de abril de dos mil seis, por la relacionada División de la Policía Nacional Civil, que en la misma se relaciona a detalle el motivo de la inspección, la normativa en la cual se amparaba la misma, los hallazgos, la infracción cometida por el actor y su respectiva sanción, detallando expresamente la normativa aplicable y señalando en la misma que en base a lo regulado en el artículo 68 de la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares, por lo que se procedió a extender la esquila pertinente.

De lo anterior se concluye que la fórmula de esquila se complementa con el acta levantada por la División de Armas y Explosivos de la Policía Nacional Civil y que de conformidad a los artículos 11 y 12 de la Ley de Control y Regulación de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Artículos Similares, 116, 117 y 118 del Reglamento de la mencionada Ley, y 65 y 67 del Reglamento Especial para el Control y Regulación de Artículos Similares a Explosivos, Sustancias Químicas y Productos Pirotécnicos, la misma no adolece de la ilegalidad señalada por el actor.

No obstante haberse determinado la ilegalidad del acto mediante el cual se resolvió el recurso interpuesto, este Tribunal, luego de haber conocido el fondo de la controversia y

determinado que ha sido legal el acto que dio origen a la misma -a través del cual se ordenó el decomiso de la mercadería propiedad del demandante- concluye que ante la validez y eficacia de que goza el acto originario no procede dictar medida alguna para efecto de restablecer el derecho violado.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 206-2006 de fecha 07/09/2009).

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MUNICIPAL: DENEGACIÓN DE LA RENOVACIÓN DE LICENCIA PARA LA COMERCIALIZACIÓN Y VENTA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

El objeto de controversia en el presente caso es la falta de respuesta a la solicitud de renovación de licencia para la comercialización de bebidas alcohólicas para el año dos mil siete.

Previo a entrar a conocer de la pretensión del actor, se hace necesario emitir un pronunciamiento respecto de la excepción perentoria alegada por la autoridad demandada, quien asevera que la demanda interpuesta es inepta en razón de falta de legitimación pasiva, debido a que el impetrante demanda al Alcalde Municipal y aclara que mediante Acuerdos Municipales de Delegación emitidos por el Concejo Municipal de Nejapa, se facultó al Jefe del Departamento de Registro y Control Tributario para que ejecutase todos los actos relacionados al cumplimiento de la Ley mencionada, por lo tanto alega que la legitimación pasiva no la ostenta el Alcalde Municipal sino el Jefe del Departamento de Registro y Control Tributario.

En razón de ello es importante examinar lo que regula la ley aplicable al caso, respecto a la autoridad competente encargada de atender las peticiones que realizan aquellas personas interesadas en realizar actividades correspondientes a la venta de bebidas alcohólicas.

COMPETENCIA PARA ATENDER SOLICITUDES RELACIONADAS A LA VENTA Y COMERCIALIZACIÓN DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

La Ley Reguladora de la Producción y Comercialización del Alcohol y de las Bebidas Alcohólicas, en su artículo 30 establece que la persona interesada deberá presentar solicitud a la "Alcaldía Municipal" de la localidad cumpliendo con los requisitos ahí exigidos, entre estos el nombre de la autoridad a quien dirige el escrito, nombre y generales del solicitante y otros más.

Al revisar el expediente judicial, se encuentra agregado, escrito por medio del cual el demandante, efectivamente se dirige al Alcalde Municipal, solicitándole le extendiese la licencia para comercializar y vender bebidas alcohólicas durante el año dos mil siete.

Al respecto es importante señalar que el artículo 47 del Código Municipal establece que el Alcalde Municipal es el titular del gobierno y administración municipal, razón por la cual el demandante dirigió su petición ante tal funcionario.

Sin embargo, es importante considerar que respecto a la Delegación administrativa, la Sala de lo Constitucional, ha sostenido en reiteradas ocasiones que, la delegación interorgánica es aquella que se realiza entre un órgano superior y un órgano inferior, que pueden o no estar ligados por una vinculación jerárquica, y que comprende una parte determinada de la competencia que tiene el órgano delegante, caracterizándose por su transitoriedad.

La delegación no implica una alteración de la estructura administrativa existente, sino tan sólo de su dinámica, e importa el desprendimiento de un deber funcional, siendo independiente de la existencia de una relación jerárquica entre el órgano delegante y el delegado. (Sobreseimiento de Amparos ref. 488 de fecha 5 de febrero de 2001).

Así también el tratadista Miguel D. Marienhoff, en (Tratado de derecho Administrativo, tomo I), ha establecido que tanto el delegante, tiene competencia de conocer sobre los actos dictados por el delegado, siempre y cuando exista un vínculo jerárquico entre ellos, en caso contrario no fuera procedente plantear un recurso ante el delegante.

El Art. 50 del Código Municipal, establece que: "El Alcalde puede delegar previo acuerdo del Concejo, la dirección de determinadas funciones con facultades para que firmen a su nombre a funcionarios municipales que responderán por el desempeño de las mismas ante él y el Concejo y serán además, directa y exclusivamente responsables por cualquier faltante, malversación o defectuosa rendición de cuentas ante la corte de cuentas de la República."

En base a lo anterior, y tomando en cuenta que el objeto de la pretensión del presente proceso, es el silencio administrativo atribuido a la administración, respecto a la petición efectuada por el demandante, el demandante no estaba obligado a saber quien era el funcionario que había sido delegado para dirigir la mencionada petición.

Por lo tanto, el legitimado pasivamente en este proceso es el referido Alcalde Municipal. De ahí que esta Sala declara improcedente la ineptitud solicitada por la autoridad demanda, por las razones antes señaladas.

Determinado lo anterior, este Tribunal pasará a constatar si se configuró el silencio administrativo por parte de la Administración Pública y luego analizar si dicho acto es o no ilegal.

CONFIGURACIÓN DE LA DENEGACIÓN PRESUNTA

[...] Como señala Rafael Entrena Cuestas: frente a una petición de un administrado, la Administración puede tomar varias actitudes, estas van desde resolver expresamente la petición en el tiempo señalado por la Ley, o bien, tomar una actitud de inacción. (Curso de

Derecho Administrativo Volumen I, Pág. 25 Editorial Tecnos, Undécima Edición, Madrid 1995).

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece que corresponde a esta jurisdicción el conocimiento de las controversias que se suscitan en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. (art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) de tal disposición se deduce que se atribuye a la Jurisdicción contencioso administrativa la fiscalización de los actos expresos de la Administración Pública, deviniendo entonces el acto administrativo como presupuesto necesario de la acción judicial.

En base a la anterior con el propósito de resguardar la protección jurídica de los administrados ante una eventual pasividad de la Administración, se erige la institución del silencio administrativo -que en adelante llamaremos denegación presunta- como una garantía de los particulares frente a la demora de la Administración.

Es importante señalar que la figura de la denegación presunta de una petición es una ficción legal de consecuencias procesales, que habilita la interposición de la acción contencioso administrativa cuando "la autoridad o funcionario no haga saber su decisión al interesado en el plazo de sesenta días, contados desde la fecha de presentación de la solicitud" (Art. 3 literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Para que la denegación presunta de una petición proceda, está condicionada a la observancia de tres requisitos: La existencia de una petición al ente o funcionario pertinente; la ausencia de notificación de una resolución a lo petitionado y el transcurso de un plazo determinado.

De lo anterior se entiende que el silencio administrativo desestimatorio, o denegación presunta, se configura cuando un administrado hace una petición a la Administración, y ésta no le notifica resolución alguna transcurridos sesenta días hábiles contados a partir de la fecha de interposición de la petición.

Respecto al plazo determinado es importante establecer las dos posibilidades para determinar el mismo una que la Ley de la materia señale el plazo en que la Administración esté obligada a resolver y que expresamente establezca que transcurrido este término, se entenderá que deniega la petición y la segunda es que la ley especial no haga la anterior determinación y que la configuración del silencio administrativo esté regulada en una ley de aplicación general a la actividad administrativa, tal como lo establece la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 3.

[...] La Ley Reguladora de la Producción y Comercialización del Alcohol y de las Bebidas Alcohólicas en su artículo 30 señala que: "Para establecer cada venta de bebidas alcohólicas, el interesado deberá presentar una solicitud a la Alcaldía Municipal de la localidad y que ésta deberá resolver en un plazo no mayor de 30 días contados a partir de la fecha en que se presente la solicitud, si ésta llenase todos los requisitos".

Al analizar dicha disposición se determina que la Ley no señala que si la Municipalidad no resuelve la petición planteada en el plazo de treinta días se entenderá que se deniega la petición.

Por lo tanto para determinar si existió silencio administrativo por parte de la Administración Pública es importante comprobar si después de presentada la solicitud transcurrieron los sesenta días hábiles que señala el artículo 3 literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, sin que la Administración Pública haya notificado alguna decisión relacionada con lo pedido.

Al revisar el expediente judicial, está agregada la petición que presentó el demandante la cual fue suscrita el cinco de enero de dos mil siete. Contabilizando los sesenta días hábiles exigidos por el artículo 3 letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se determina que la denegación presunta se configuró el treinta de marzo del mismo año.

Sin embargo, al examinar el expediente se encuentra agregada al mismo, una resolución en la que la autoridad demandada le dio trámite a lo solicitado por el demandante, en el sentido de que el doce de febrero de dos mil siete, es decir, siete días después de haber presentado la solicitud, el Jefe del Registro y Control Tributario de la Alcaldía Municipal de Nejapa, resolvió: "Por recibidos los escritos presentados por el señor [...] (...). "Para mejor proveer ORDÉNESE UNA NUEVA INSPECCION del establecimiento que se encuentra situado en desvío de Nejapa Cantón Aldea de Mercedes, frente a la entrada de la Ciudad de Nejapa, a realizar el día jueves quince de febrero del presente año, a las dos de la tarde".

Consta en el expediente judicial, el acta de notificación de la misma, en la que se hace constar que se procedió a notificar al apoderado general administrativo del demandante, y que al no encontrarse en ese momento se le notificó a través del señor [...], quien manifestó quedar entendido de la diligencia a realizar.

De lo anterior se establece que el referido acto de comunicación de fecha catorce de febrero de dos mil siete, rompió el silencio de la Administración Pública, constituyéndose con ello que no hubo inactividad por parte de la Alcaldía Municipal de Nejapa, al contrario hubo respuesta ante la solicitud presentada por el demandante por lo que a fin de darle una respuesta de fondo se ordenó inspeccionar el establecimiento del demandante.

COMPETENCIA MUNICIPAL PARA ORDENAR LA PRÁCTICA DE INSPECCIONES

[...] De conformidad al Art. 204 numeral 3° de la Constitución de la República, las Municipalidades con base en la autonomía que detentan, pueden gestionar libremente en las materias de su competencia.

De ahí que el Art. 1 de la Ley Reguladora de la Producción y Comercialización del Alcohol y de las Bebidas Alcohólicas, otorga competencia a los Concejos Municipales para aplicar lo establecido en la misma. Mientras que el art. 29 de la norma en comento, además de regular la prohibición de instalar establecimientos comerciales dedicados exclusivamente

a la venta de bebidas alcohólicas a menos de doscientos metros de edificaciones de salud, educativas, militares, policiales, iglesias, parques y oficinas de gobierno, concede a las Municipalidades la facultad de velar por el cumplimiento del límite legal establecido y de resolver en casos de controversias. La medida establecida en esta última disposición se encuentra vigente -desde el veinticuatro de febrero de dos mil cuatro- y por lo tanto es aplicable al presente caso.

Además tomando en cuenta que el Código Municipal en su artículo 2 menciona que "el Municipio como unidad política administrativa que goza de autonomía "(...) está encargado de la rectoría y gerencia del bien común local, en coordinación con las políticas y actuaciones nacionales orientadas al bien común general, gozando para cumplir con dichas funciones del poder, autoridad y autonomía suficiente", así también el artículo 14 numeral 14 de dicho Código establece que corresponde a los mismos: "La regulación del funcionamiento de restaurantes, bares, clubes nocturnos y otros establecimientos similares".

A pesar de lo anterior es importante recordar que la Ley Reguladora de la Producción y Comercialización del Alcohol y de las Bebidas Alcohólicas no obliga a las Municipalidades a conceder autorización a todos los expendios cuyos propietarios soliciten licencia por primera vez, ni a renovar todas las licencias cuya refrenda les sea pedida, es decir, no se refiere a una renovación automática.

Las causas para denegar una licencia, o su renovación, no están taxativamente enumeradas en la Ley en comento; sin embargo, se establecen ciertos parámetros para determinar en que casos no procede el otorgamiento de dicha licencia, verbigracia, cuando el establecimiento se encuentra a menos de doscientos metros de edificaciones de salud, educativas, militares, policiales, iglesias, parques y oficinas de gobierno.

De conformidad con el anterior orden de ideas, ante una solicitud de los administrados, las municipalidades pueden ordenar se realicen inspecciones a fin de determinar si se pueden otorgar o denegar autorizaciones para la venta de bebidas alcohólicas, atendiendo los parámetros relacionados.

En consecuencia, la municipalidad tiene la facultad de verificar si el establecimiento cumple con los requisitos establecidos en la normativa aplicable, para otorgar el permiso correspondiente. De no cumplir con los mismos, se encuentra facultada para denegarlo.

La inspección ordenada se llevó a cabo, y el resultado obtenido de la misma determinó que el negocio del demandante no cumplía con el requisito exigido en el artículo 29 de la ley relacionada, respecto a la distancia existente entre el negocio del demandante y las oficinas administrativas de un cementerio Municipal, de un Instituto Nacional y de un parque. Por lo que pronunció resolución el Jefe del Registro y Control Tributario exponiendo en la misma las razones de hecho y derecho para denegar lo solicitado por el demandante.

Además es importante señalar que en el Acta que se levantó ante la inspección judicial ordenada por esta Sala, la cual esta agregada al expediente judicial, se confirma que el negocio del demandante no cumple con la medida estipulada por la normativa antes mencionada.

Por lo tanto en el presente caso no existió falta de respuesta por parte de la Administración Pública, sino que de acuerdo a la facultad que la ley le otorga a las Municipalidades esta consideró oportuno ordenar inspección a fin de verificar si podía conceder lo solicitado al demandante respetando los lineamientos que la referida ley le confiere.

Atendiendo a lo anterior, la Municipalidad se apegó a lo prescrito por el inciso final del artículo 31 de la Ley Reguladora de la Producción y Comercialización del Alcohol y Bebidas Alcohólicas, al denegar la licencia por una causa que, a su juicio, es justificada.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 300-2007 de fecha 22/09/2009).

De lo expuesto en la demanda, los actos administrativos han sido emitidos por el Alcalde y el Concejo Municipal, ambos de la comuna de San Salvador. En el primero de ellos se deniega el permiso para el consumo de bebidas alcohólicas mayor al dos por ciento en volumen de alcohol, y consecuentemente se ordena el cierre inmediato del establecimiento. En el segundo el Concejo Municipal deniega el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

Las autorizaciones expedidas por las autoridades administrativas para el ejercicio de una actividad, no comprenden un derecho a que, una vez transcurrido el plazo para el que han sido concedidas, sean renovadas por parte de la Administración. Por ende, si ha vencido el período para el cual fueron conferidas, el acto denegatorio de la misma, en ningún momento constituye una sanción, pues no se está privando al sujeto que titular de la licencia de alguno de los derechos incorporados en su esfera jurídica. Por tanto, es errónea la posición del demandante al considerar que tanto la denegatoria de la renovación de la licencia para la venta de bebidas alcohólicas, la no extensión del permiso de consumo de las mismas, y la consecuente orden de cierre de su negocio, constituyan especie de sanciones.

Las autorizaciones emitidas por las autoridades administrativas son una remoción a los obstáculos o barreras que impiden el ejercicio de una determinada actividad. Ello significa que sin las mismas no podrían ejercitarse dichas actividades, pues éstas prácticamente serían prohibidas. De tal manera que, cuando vence el período para el cual aquéllas han sido concedidas, las autoridades para efecto de renovar las mismas, gozan de la facultad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa correspondiente.

Ahora bien, si la denegatoria de la renovación del permiso de venta de bebidas alcohólicas y la no extensión del permiso de consumo de éstas, obedece a la falta de cumplimiento de los requerimientos establecidos en la Ordenanza Reguladora de la Actividad de Comercialización y Consumo de Bebidas Alcohólicas; es totalmente admisible que las autoridades administrativas no hayan tramitado un procedimiento previo a tal denegatoria, pues aquéllas no constituyen ningún tipo de sanción. En consecuencia, la fundamentación del actor relacionada con que debió brindársele audiencia previa para tales efectos queda en el plano de la inconformidad con las actuaciones pronunciadas por el Alcalde y el Concejo Municipal de esta ciudad, ya que aquélla no era exigible por la razón antes expuesta, motivo por el cual se determina que no ha habido vulneración al derecho de audiencia.

Las decisiones de las autoridades municipales obedecen específicamente a que el negocio del demandante no cumple con el requerimiento establecido en el artículo 13 de la Ordenanza antes mencionada, pues el mismo se encuentra a cincuenta y cinco metros de la Escuela República de Guatemala y de otros centros educativos, de acuerdo a informe técnico de Ordenamiento Territorial y por opinión del Distrito Número 6. Dichos documentos aparecen agregados a este expediente judicial y al administrativo. Ello significa que el fundamento de las decisiones impugnadas ha sido debidamente comprobado, por lo cual, las mismas gozan de motivación suficiente.

Como producto de lo anterior, se colige que la decisión de ordenar el cierre del negocio consignada en los actos administrativos impugnados, es una consecuencia inmediata de la denegatoria en comento, por lo cual tampoco se tenía que instruir un procedimiento previo, en vista de que la misma no constituye algún tipo de sanción.

El demandante también ha manifestado que las autoridades demandadas le concedieron autorización para la venta y consumo de bebidas alcohólicas en el año dos mil uno, de esta manera señala que adquirió un derecho al funcionamiento permanente de su establecimiento con la consecuente facultad de que le fuera renovada cada año su licencia. Sin embargo, advierte que en razón de los requisitos establecidos en la Ordenanza Reguladora de la Actividad de Comercialización y Consumo de Bebidas Alcohólicas del año dos mil dos, se le priva de supuestos derechos adquiridos antes de las mismas, aplicándolas con efectos retroactivos en perjuicio de su patrimonio, no obstante que dichas autoridades habían aceptado autorizar su negocio de venta y consumo de tales bebidas.

Respecto al argumento manifestado en el párrafo precedente, esta Sala considera que exigir el sometimiento a lo establecido en la Ordenanza Reguladora de la Actividad de Comercialización y Consumo de Bebidas Alcohólicas de dos mil dos, no significa que se le dé efectos retroactivos, sino que simplemente se han creado nuevas disposiciones en relación a la actividad comercial que desempeña el demandante; y por lo tanto, deberá acatar lo dispuesto en la misma para la obtención del permiso del consumo de bebidas alcohólicas. Así las cosas, se concluye que lo manifestado por el demandante no puede considerarse violatorio al derecho a la seguridad jurídica.

También se menciona en la demanda que los Municipios no pueden intervenir en la venta y consumo de bebidas alcohólicas en clubes nocturnos y lugares similares. De conformidad al artículo 4 numeral 14 del Código Municipal, únicamente corresponde a la Alcaldía la competencia de expedir la licencia para el funcionamiento de lugares exclusivos a la venta de dichas bebidas.

Respecto a tal situación, se hace referencia a lo establecido por la Sala de lo Constitucional en la sentencia de amparo 249-2001 de fecha doce de junio de dos mil uno. Se ha dicho que de conformidad al artículo 202 de la Constitución de la República, el Municipio se constituye como una forma en que el Estado descentraliza la Administración y los servicios públicos correspondientes a un ámbito territorial específico, con el propósito de lograr una gestión más eficaz de los mismos.

Al examinar las facultades conferidas a los Municipios de conformidad a la Constitución y al Código Municipal se desprende que su autonomía se hace extensiva, entre otros asuntos, a la libre gestión de las materias de su competencia y a la producción de reglamentos y ordenanzas locales. El artículo 4 numeral 14 del mencionado Código prescribe que compete a los Municipios la regulación de la actividad de los establecimientos comerciales, y otros similares.

En relación a tal facultad, la Ley Reguladora de la Producción y Comercialización del Alcohol y de las Bebidas Alcohólicas establece que la venta de las bebidas alcohólicas es libre en toda la República hasta un 6% en volumen y que la venta y comercialización no requieren de licencia alguna. En la Ordenanza Reguladora de la Actividad de Comercialización y Consumo de Bebidas Alcohólicas de San Salvador se dispone que requieren licencia u obtención de algún permiso en el caso de aquellos establecimientos que se dediquen a la venta y comercialización de bebidas cuyo contenido sea superior al 2% en volumen. De lo anterior se desprende que aquellos establecimientos que se dediquen a la venta y comercialización de tales bebidas, sin su consumo, cuyo contenido de alcohol etílico sea inferior al mencionado 6% serán libres en toda la República y no requerirán de permiso alguno.

Lo expuesto en el párrafo precedente ha implicado que el Municipio de San Salvador, en ejercicio de la potestad de establecer la regulación pertinente en torno al asunto planteado, ha establecido el requerimiento de permiso de consumo de bebidas alcohólicas, en aquellos casos cuyo contenido de alcohol sea superior al 2%. Ello en ningún momento ha contravenido lo dispuesto por el legislador, ni mucho menos podría interpretarse como una restricción de derechos fundamentales, dado que la esfera de actuación de los particulares puede ser limitada lícitamente por las autoridades estatales para lograr los fines que interesan a la comunidad. Con ello se desvirtúa el argumento de la parte actora en cuanto a considerar que se ha vulnerado el artículo 4 numeral 14 del Código Municipal, pues esta competencia implica además una regulación respecto a la extensión de los permisos en aquellos casos de consumo de bebidas alcohólicas.

En virtud de las consideraciones antes expuestas, se concluye que los actos impugnados son legales.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 229-R-2003 de fecha 13/07/2009).

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MUNICIPAL: FACULTAD SANCIONADORA

La parte actora dirige su pretensión de ilegalidad contra la resolución pronunciada por el Gerente Financiero de la Alcaldía Municipal de San Salvador, [...] mediante la cual se resuelve aplicar a la cuenta comercial de la sociedad actora multas por no proporcionar la información requerida y por no atender citación en la fecha indicada; y contra la resolución del Concejo Municipal que confirma la resolución anterior.

La pretensión del actor se circunscribe a la inconformidad en cuanto al monto de las multas impuestas y confirmadas por las autoridades demandadas; en razón de lo anterior, este Tribunal se limitará a verificar la legalidad de imposición y cuantía de las multas impuestas por las autoridades demandadas.

El artículo 14 de la Constitución de la República el cual prescribe que «Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad» (negrillas suplidas). En dicha norma se plasma la excepción al principio de exclusividad de la jurisdicción en relación con la potestad sancionatoria de la Administración Pública.

SANCIÓN ADMINISTRATIVA: NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la sanción nos indica que la misma es un acto de gravamen, un acto, por tanto, que disminuye o debilita la esfera jurídica de los particulares, bien sea mediante la privación de un derecho (prohibición de una determinada actividad, a la que

la doctrina denomina sanción interdictiva), bien mediante la imposición de un deber antes inexistente (sanción pecuniaria). Es decir, la sanción administrativa es un acto que implica punición por una actuación u omisión que la Administración determina como contraría a la ley.

Esta Sala en reiterada jurisprudencia ha indicado que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal, encausando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía a los derechos de los administrados.

Entre los principios fundamentales del Derecho Administrativo Sancionador se encuentran: principio de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, derecho a la presunción de inocencia y prescripción.

En el Derecho Administrativo Sancionador es necesario que los presupuestos de la sanción o pena estén perfectamente definidos a través de una tipificación delimitada y precisa; es lo que se denomina vertiente material del principio de legalidad, frente a la formal que constituye la cobertura de legalidad -principio de tipicidad ó legalidad material-.

IMPOSICIÓN DE MULTA POR NO PROPORCIONAR INFORMACIÓN

La inconformidad de la parte actora en cuanto a la multa por no proporcionar la información requerida, se fundamenta principalmente en que la Administración Municipal pretende imputar una sanción pecuniaria por cada uno de los años de los cuales se requirió información, lo cual alega es improcedente, porque la falta es una, siendo en todo caso lo correcto la imposición de una sola multa y no una multa por cada período solicitado -es decir, se pretende por parte de la mencionada Alcaldía que se pague una multa por cada año del cual se solicita información (años 2001, 2002 y 2003)- lo cual es excesivo.

Es oportuno señalar lo que establece la Ley General Tributaria Municipal en relación a la contravención a la obligación de informar y las sanciones correspondientes.

El artículo 67 ordinal primero, -base para la multa que nos ocupa- señala: «Configuran contravenciones a la obligación de informar:

1° Negarse a suministrar la información que le solicite la administración tributaria municipal (...). En los casos mencionados la multa aplicable será igual a la señalada en el numeral primero del artículo anterior »

Por su parte el artículo 66 de la indicada normativa en cuanto al rango de la cuantía aplicable para la contravención relacionada supra establece: «(...)La sanción que le corresponde es de 0.50% del activo declarado, y nunca será inferior a ¢50.00 ni superior a ¢10,000.00»

De la lectura de los artículos 67 y 66 de la Ley General Tributaria Municipal se ha verificado que en efecto la relacionada normativa señala taxativamente la sanción a imponerse en caso que se cometa la contravención de no proporcionar información a la Administración Municipal. En el caso de mérito, de la verificación del expediente administrativo se ha constatado que la sociedad demandante no presentó la prueba de descargo en el plazo establecido en el procedimiento regulado en los artículos 112 y 113 de la Ley en comento, a pesar de haber sido requeridas por la Administración Municipal por medio de nota que le fue notificada el quince de abril de dos mil cinco. [...]

Es evidente que en cuanto a esta contravención existe un incumplimiento por parte de la sociedad actora al no proporcionar la información que fue requerida de conformidad a lo regulado en el artículo 90 ordinal tercero de la Ley en discusión.

El punto central en el caso de mérito se circunscribe en la cuantía de la multa impuesta por la comuna de San Salvador, ya que si bien es cierto, la ley establece una sanción por una infracción, la relacionada municipalidad ha aplicado una multa por cada período de información solicitada años -2001, 2002 y 2003-, sancionando a la sociedad actora con diez mil Colones por año (equivalente a un mil ciento cuarenta y dos Dólares de los Estados Unidos de América con ochenta y seis centavos de Dólar) lo que totaliza una multa de treinta mil Colones (equivalentes a tres mil cuatrocientos veintiocho Dólares de los Estados Unidos de América con cincuenta y ocho centavos de Dólar).

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Es aquí donde entra en juego otro de los principios del derecho administrativo sancionador, como es el principio de proporcionalidad que alza para las autoridades correspondientes una frontera o límite a su actuación represiva, la cual únicamente podrá

ser llevada a la práctica cuando resulte estrictamente necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos perseguidos por la misma, de forma que cuando los fines buscados con su adopción puedan ser conseguidos a través de medidas alternativas manifiestamente menos gravosas, habrá de imponerse la utilización de estas últimas.

El relacionado principio cuenta con presupuestos y requisitos en la estricta esfera del Derecho Administrativo Sancionador, los cuales son: a) Que cuenta con dos distintos presupuestos -la legalidad y su justificación teleológica- y b) con diversos requisitos, extrínsecos los unos -la competencia administrativa sancionadora y la motivación del acto-, intrínsecos los restantes -la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida restrictiva de los derechos individuales-.

El artículo 66 de la Ley General Tributaria Municipal regula los parámetros que tienen que ser considerados por el Gerente Financiero y el Concejo Municipal de la comuna de San Salvador a efecto de cuantificar el monto de la multa impuesta; siendo imprescindible tomar en consideración que la naturaleza de la represión de las infracciones administrativas sea adecuada a la naturaleza del comportamiento ilícito, imponiendo el deber de concretar la entidad de la sanción a la gravedad del hecho.

Los mencionados perfiles o circunstancias son los llamados criterios de dosimetría punitiva, mediante cuyo establecimiento en las normas sancionadoras y mediante cuya aplicación concreta por parte de la Administración se intenta adecuar la respuesta punitiva del poder público en la entidad exacta del comportamiento infractor cometido.

Si bien es cierto, que en el caso de mérito existe una infracción realizada por la sociedad actora en el sentido de no presentar la información solicitada a pesar de que fue requerida por la comuna de San Salvador, también es cierto, que la imposición de la multa es excesiva y que no respeta los principios básicos del Derecho Administrativo Sancionador como son el de tipicidad ó legalidad material y proporcionalidad, y sin tomar en cuenta los parámetros de la dosimetría punitiva.

De la verificación del expediente administrativo se pudo verificar que únicamente se realizó un requerimiento por la comuna de San Salvador para que la sociedad actora exhibiera la información solicitada, por lo que la infracción cometida por la sociedad actora ha sido una, es decir, un solo hecho. Consecuentemente se tendría que haber sancionado con una multa que estuviese contemplada dentro del parámetro establecido en el artículo 66 de la Ley General Tributaria Municipal, pero evidentemente no se tendría que haber sancionado imponiendo una multa por cada año que comprendía la información solicitada -2001, 2002 y 2003-, como lo ha realizado la autoridad demandada.

Claramente el artículo antes relacionado establece el rango de imposición de la sanción respectiva, pero el mismo no señala taxativamente que por cada período de información solicitada se impondrá una multa pecuniaria, por lo que ciertamente es más que indiscutible que la comuna de San Salvador se ha excedido en su facultad sancionadora al imponer una multa por cada año de información solicitada.

Por lo que en razón de las consideraciones anteriores, este Tribunal considera que existe ilegalidad en la multa impuesta por el Gerente Financiero de la comuna de San Salvador por no presentar información solicitada y su respectiva confirmación de la misma por parte del Concejo Municipal de San Salvador.

IMPOSICIÓN DE MULTA POR NO ATENDER A CITACIÓN

En cuanto a la multa por no atender a citación, la sociedad actora manifiesta que fue sancionado por no atender citación en la fecha indicada de conformidad a lo regulado en el artículo 68 de la Ley General Tributaria Municipal, agrega que ésta es la única multa que cabría imponerle, siempre y cuando se hubiera aplicado en una cuantía razonable, tanto por la gravedad del hecho, como por la capacidad económica de la sociedad actora.

Ahora bien, el artículo 68 de la Ley en comento regula las contravenciones a otras obligaciones tributarias y sanciones aplicables, el cual fue la normativa aplicable para imponer la multa por no atender citación realizada a la sociedad actora por parte de la Alcaldía Municipal de San Salvador, el cual indica: «Las contravenciones en que incurran los contribuyentes, responsables o terceros por violaciones a las obligaciones tributarias previstas en esta Ley, leyes u ordenanzas que establezcan tributos municipales, y sus reglamentos, que no estuvieren tipificadas en los artículos precedentes, serán sancionadas con multa de \$50.00 a \$500.00 según la gravedad del caso y la capacidad económica del infractor»

De la revisión del expediente, esta Sala ha advertido que la autoridad demandada en efecto realizó citación a la sociedad demandante para que en el término de cuarenta y ocho horas presentara la información requerida y al no presentarse la misma por parte de la actora, evidentemente se configura la contravención regulada en el artículo 68 de la Ley General Tributaria Municipal, infringiendo así mismo lo regulado en el artículo 90 ordinal sexto de la normativa antes indicada.

Es claro que existe una infracción realizada por la sociedad demandante, y una aceptación expresa por parte de ésta de haber incurrido en la misma, de ahí que el punto central de discusión es la cuantía de la multa impuesta.

El artículo 68 de la Ley General Tributaria Municipal regula claramente los rangos en cuanto al monto de la multa a imponerse, los cuales tienen que ser considerados por las autoridades demandadas a efecto de cuantificar el monto de la multa impuesta; siendo imprescindible tomar en consideración que la naturaleza de la represión de las infracciones administrativas sea adecuada a la naturaleza del comportamiento ilícito, imponiendo el deber de concretar la entidad de la sanción a la gravedad del hecho, como ya se dijo anteriormente.

FACULTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Ahora bien, es importante el referirse al hecho que al imponerse una sanción administrativa, entra en juego la institución de la discrecionalidad administrativa en concordancia con el principio de proporcionalidad en el ámbito administrativo sancionador. El mencionado principio obliga a la facultad discrecional de la Administración Pública a tomar en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas que a la contravención rodean, evitando así ejercitar la discrecionalidad más allá de lo que consientan los hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan y acotan el ámbito de las facultades de graduación de la sanción y señalan la diferencia entre su correcto ejercicio y la arbitrariedad.

El monto de la multa impuesta por no atender citación realizada por la Alcaldía Municipal de San Salvador es de cincuenta y siete Dólares Exactos con catorce centavos de Dólar lo que es equivalente a quinientos Colones exactos, es decir, el rango máximo para este tipo de contravenciones; observándose claramente también que dicha sanción concuerda perfectamente con la existencia de la infracción realizada y la visible negligencia por parte de la actora de cumplir con la citación realizada, -de la cual hay una aceptación expresa-.

En conclusión, este Tribunal considera en base a la revisión del expediente administrativo y de lo establecido en la normativa pertinente que la multa impuesta por el Gerente

Financiero de la Alcaldía Municipal de San Salvador por no atender citación no es excesiva, por lo que no existe una ilegalidad en la imposición de la misma.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 78-2006 de fecha 03/04/2009).

ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL

DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL

"El principio de Legalidad Administrativa supone que toda actuación de la Administración es consecuencia de una Ley, por lo tanto la Administración únicamente puede actuar bajo los parámetros que ésta dicte; a contrario del principio de Libertad que rige a los administrados, la Administración únicamente puede actuar cuando la Ley se lo permite y bajo los parámetros que ella establezca.

Bajo este entendido y por estar plasmado en la ley, dentro de los atributos de las funciones básicas de la Administración Tributaria Municipal se encuentran la determinación, aplicación, verificación, control, y recaudación de los tributos municipales, las cuales serán ejercidas por los Concejos Municipales, Alcaldes Municipales y sus organismos dependientes -artículo 72 de la Ley General Tributaria Municipal-. [...]

Para determinar una obligación tributaria, es necesario que se reconozca un vínculo jurídico en cual el sujeto pasivo -contribuyente o responsable- debe de satisfacer una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, a favor del sujeto activo. Para justificar el vínculo jurídico se necesita la materialización del hecho generador o base imponible, el cual es un supuesto previsto por la ley, que al ser realizado genera la obligación tributaria. De lo dicho se deduce, que para que exista una obligación tributaria, son necesarios tres supuestos: a) Un supuesto legal; b) un sujeto activo y c) un sujeto pasivo.

La Ley de Impuestos Municipales de Santa Ana, prevé que toda aquella actividad económica de una empresa según su activo fijo, estará sujeta a una base imponible; en otras palabras, la actividad económica o la empresa de una persona -natural o jurídica- es

un hecho generador de un tributo. Por esta razón, la Ley exige que el propietario/a de una empresa -comercial o industrial- esté obligado/a a dar aviso a la Administración Tributaria de sus actividades económicas a más tardar quince días después de su inicio.

La sociedad [...], según declaración jurada, inició su empresa el [...]; por lo tanto, conforme al artículo 25 de la Ley de Impuestos Municipales de Santa Ana, es sujeto pasivo tributario, lo cual faculta y obliga a la Administración Tributaria Municipal, para determinar la obligación tributaria.

La Ley General Tributaria Municipal, regula en el artículo 81 que la Administración Tributaria Municipal tendrá facultad para la determinación de la obligación tributaria municipal, la que se aplicará de acuerdo a los procedimientos establecidos en el capítulo III, del Título IV de la Ley. Luego lo concerniente a dicha facultad, se desarrolla en los artículos 101 y 102 del referido cuerpo normativo; en el primer caso, la determinación la hace la Administración, en el segundo la determinación se hace mediante declaración del sujeto pasivo quien es el que determina la obligación tributaria.

El artículo 27 de la Ley de Impuestos Municipales de Santa Ana manda: "Los contribuyentes sujetos a imposición en base al Activo presentarán a la Alcaldía declaración jurada o los balances correspondientes a cada ejercicio, a más tardar dos meses después de terminado éste..."; por lo tanto se colige que la obligación tributaria se determina por el sujeto pasivo mediante declaración jurada.

Según lo establecido en dicho artículo, la parte actora debe de determinar la obligación tributaria cada mes - artículo 6 de la Ley de Impuestos Municipales de Santa Ana-, mediante declaración jurada o presentando balance correspondiente al ejercicio de imposición; sin embargo, como es evidente en el expediente administrativo ya relacionado, la sociedad actora omitió este deber, por lo que la Administración Tributaria Municipal se encontraba facultada para llevar a cabo la determinación de oficio de la obligación tributaria pero aplicando el procedimiento establecido por la misma- artículos 105 y 106 de la Ley General Tributaria Municipal.

Tal y como consta en el expediente administrativo, la autoridad demandada pronunció [...], resolución en el cual califica a la empresa y determina la obligación tributaria municipal sin el procedimiento establecido en el artículo 106 de la Ley General Tributaria Municipal. Por lo tanto, la autoridad demandada incurrió en una omisión de requisito formal prescrito por Ley, lo cual conlleva a que se produzca un acto sin las formalidades necesarias para garantizar el derecho de defensa y debido proceso del administrado. Al

faltar a los requisitos que las leyes prescriben para la existencia del acto, la autoridad demandada emitió un acto administrativo ilegal.

CADUCIDAD DE LA FACULTAD PARA DETERMINAR LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL

3.2. Sobre la prescripción de la facultad para determinar la obligación tributaria alegada por la sociedad actora, conforme al artículo 107 la Ley General Tributaria Municipal, esta Sala considera oportuno primero aclarar ciertos puntos y fundamentar la razón por la cual se pronunciará sobre tal alegación:

Como es establecido por la doctrina y la ley, la prescripción es un "...modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos..." -Art. 2231 del Código Civil-.

Dentro del ámbito administrativo, la prescripción extingue: a) persecución administrativa y b) la ejecución de la sanción ("Prescripción y Caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador"; de Diego Díez, Alfredo) o sea, la acción para perseguir y sancionar una posible infracción administrativa o la facultad de la Administración de ejecutar la sanción ya decretada. En ambos casos, es necesario que exista una obligación tributaria ya establecida.

Según lo establece el artículo 42 de la Ley General Tributaria Municipal, el derecho de los Municipios para exigir un tributo, en el entendido que adquiere este derecho desde el momento que el sujeto pasivo efectúa el hecho generador, se extingue ante la falta de iniciativa en el cobro judicial durante el término de quince años consecutivos. Es en este momento que la obligación tributaria deja de ser una obligación exigible.

La caducidad administrativa, por otro lado, es un modo anormal de finalizar un proceso administrativo que ha sido paralizado durante un tiempo considerado por la Ley, esta figura no extingue en ningún momento una obligación puesto que esta puede ser interpuesta nuevamente dentro de un nuevo procedimiento administrativo, siempre y cuando dicha obligación siga siendo exigible.

Pese a que ambas figuras producen efectos diferentes dentro del ámbito jurídico, éstas han sido creadas con una doble función: a) La de exigir a la Administración el cumplimiento del principio de eficacia jurídica y b) la seguridad jurídica del ciudadano de saber en qué momento dejará de ser perseguible su ilícito.

En el proceso Contencioso Administrativo, a diferencia del Civil, existe un rango de subordinación del administrado hacia la Administración, por lo tanto el Juez con el propósito de garantizar la seguridad jurídica frente a la Administración se encuentra facultado para conocer de los vicios de derecho de un acto. Como observa el autor Alfredo Diego Díez, en su obra "Prescripción y Caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador", la tutela judicial efectiva administrativa, exige de los tribunales la revisión de aquellos defectos que por ley anulan o vician el acto administrativo.

Relacionando lo ya establecido, en base a principios de economía procesal y por haber sido alegado por la sociedad demandante, esta Sala considera indispensable pronunciarse sobre la caducidad para determinar la obligación tributaria en el acto emitido por la Administración Tributaria Municipal:

La mal llamada "prescripción" para determinar la obligación tributaria, es realmente una facultad otorgada por la ley como parte de la función básica Municipal para ejercitar y desarrollar su potestad tributaria conforme a la Constitución, la cual lejos de ser un Derecho de la Administración Tributaria, es un procedimiento administrativo obligatorio, en el ejercicio de sus funciones legales, con el cual la Administración Tributaria Municipal debe y tiene que cumplir en el tiempo estipulado.

La facultad de determinación de la obligación tributaria se encuentra presente siempre en la Administración Tributaria Municipal; sin embargo, su ejercicio dependerá del tipo de tributo a imponer. Por motivos ya expuestos [...] la facultad de determinación tributaria para el caso en particular, era incitada mediante el aviso de la sociedad sobre el inicio de su empresa, para esta ser calificada, y por la declaración jurada más el ejercicio mensual de éste, para poder imponer los tributos establecidos por la Ley de Impuestos Municipales de Santa Ana, hecho comprobado en sede administrativa, que no fue cumplido.

La declaración jurada presentada, más lo documentos ya relacionados, no reflejaban el activo mensual de la empresa, por lo tanto no eran los documentos pertinentes para aplicar el impuesto señalado por el Artículo 6 de la Ley de Impuestos Municipales de Santa Ana; esta omisión, hizo que la sociedad incurriera en el supuesto establecido en el artículo 105 de la Ley General Tributaria Municipal, facultando a la Administración Tributaria Municipal, para calificar la empresa e imponer el tributo mensual correspondiente por medio del procedimiento prescrito por ley -Artículo 106 de la Ley General Tributaria Municipal-.

Debido a que la declaración jurada fue presentada por la sociedad demandante el treinta de marzo de dos mil uno, fue a partir de este momento que inició la facultad de la

Administración Tributaria Municipal para determinar la obligación tributaria. La Administración Tributaria emitió su resolución dentro del período establecido por la ley, puesto que del treinta de marzo de dos mil uno -fecha del aviso por parte de la actora- al diecisiete de noviembre de dos mil tres, únicamente habían transcurrido dos años y ocho meses aproximadamente; sin embargo, al haber omitido la demandada las formalidades establecidas por Ley, el acto pronunciado por ella es ilegal.

De lo dicho en el párrafo anterior se colige, que ante la falta de un acto legalmente establecido, la caducidad para determinar la obligación tributaria nunca fue interrumpida y al cumplirse el plazo de Ley, la facultad de la Administración Tributaria Municipal para determinar la obligación tributaria fue obstruida.

Siendo el período según la ley para declarar la caducidad de tres años, esta Sala observa que desde el año de mil novecientos noventa y nueve hasta el año dos mil nueve, han transcurrido diez años; caducando la facultad de la Administración desde el año de mil novecientos noventa y nueve hasta el año dos mil cinco, interrumpiéndose el plazo de caducidad a partir del dos mil seis, año en el cual se interpuso la demanda en esta sede judicial; por lo tanto será a partir del año dos mil seis que la facultad para determinar el tributo queda vigente siguiendo el procedimiento de ley".

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 28-2006 de fecha 18/12/2009).

ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido por la Sociedad demandante, contra la Dirección General de Impuestos Internos y el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos, hoy Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas, impugnando la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales determinó a su cargo impuesto a la Transferencia de bienes y a la prestación de servicios por períodos tributarios y multa por infracciones a la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y al Código Tributario.

La vigencia del Código Tributario es a partir del uno de enero de dos mil uno. De conformidad con el artículo 281 letra b) de dicho Código, se derogaron varias

disposiciones de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, entre ellas, los artículos 143, 144 y 145.

La parte actora al fundamentar su pretensión en el derecho objetivo, relativas al procedimiento y al uso de la credencial, lo hace con base en los artículos 143 y 144 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, disposiciones que a la fecha de la emisión de la credencial -ocho de mayo de dos mil uno- estaban derogadas por el Código Tributario; no obstante, esta Sala considera que ese ha sido un error de derecho que el juzgador puede suplir, pues es él quien conoce el derecho objetivo -iura novit curia-.

En consecuencia, esta Sala entiende que la parte actora ha fundamentado su pretensión - por el uso de la credencial- con base en el derecho objetivo contemplado en los artículos 173 y 174 del Código Tributario, que sustituyen a los derogados artículos 143 y 144 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios.

En cuanto a la invocación del derogado artículo 145 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios -norma del derecho administrativo sustantivo-, aunque no se encuentre un artículo que lo sustituya en su totalidad, la legitimidad o veracidad del acto administrativo es una presunción iuris tantum que esta Sala ha desarrollado en su jurisprudencia y, además, es un carácter connatural al acto administrativo. Desde luego que le corresponde a este Tribunal dilucidar si el vicio invocado por la parte actora es de tal magnitud que invalide el acto administrativo.

Por otra parte, la sociedad demandante impugna las infracciones y sanciones impuestas por la Dirección; sin embargo, el Tribunal revocó las sanciones establecidas por la oficina a quo. En consecuencia, la reclamación hecha por la parte actora ante esta Sala ha sido satisfecha en sede administrativa, por lo que es innecesario que en esta sede haya pronunciamiento alguno sobre este punto, al margen que la demandante invoca una multa que la Dirección no ha establecido. [...]

FACULTAD FISCALIZADORA: USO DE LA CREDENCIAL

Uno de los puntos de la pretensión es la legalidad o no del uso del documento denominado por las partes como credencial.

Antes de analizar este argumento, es necesario revisar las facultades que el legislador, conforme al artículo 173 del Código Tributario, le otorga a la Administración Tributaria para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones tributarias, a saber: a) control, b) inspección, c) verificación; y, d) fiscalización.

Estas facultades están teleológicamente subordinadas a las normas materiales, por esa razón, tienen un carácter instrumental para posibilitar el cumplimiento del derecho tributario sustantivo o material.

Son esas facultades las que conforman la relación jurídico-tributaria formal [relación], íntimamente relacionada con la obligación jurídico-tributaria.

La relación se entabla, por lo general, aunque no necesariamente -v. gr.: artículo 173 letra f) del Código Tributario- con el sujeto pasivo de la obligación tributaria.

Para entablar la relación se necesita hacerlo de una forma específica para lograr exteriorizar la voluntad, deseo, conocimiento o juicio de la Administración Tributaria.

Esa forma -en sentido estricto-, para el análisis en concreto, es el modo en que la Administración Tributaria da a conocer sus actos administrativos.

Es sobre este punto en particular que estriba la discusión, pues el uso de la credencial -conforme lo entiende la parte actora- no debe de ser la forma idónea para entablar la relación de fiscalización.

La forma debe ser analizada en un sentido finalista -por el carácter instrumental del derecho tributario formal- y no a partir de las denominaciones: credencial y auto de designación, que las partes procesales han hecho.

Es por medio de la fiscalización -término que también ocupan las partes como sinónimo de liquidación de oficio del tributo- que la Administración Tributaria determina la verdadera obligación tributaria en su *debeatur* y en su *quantum debeatur*.

Para que inicie la fiscalización, es necesario que se haga por medio de un acto administrativo que entable la relación, en el caso en particular, con el sujeto pasivo y cuyo contenido garantice al administrado, entre otros, la certeza jurídica que la facultad que se ejercerá será la de fiscalización en determinados períodos tributarios y la designación de los auditores que la realizarán.

Es en este sentido que el legislador adicionó al artículo 174, el inciso octavo del Código Tributario -inciso que se utiliza como referencia y no como derecho vigente al caso en

particular- que se refiere a la fiscalización: «Dicho proceso inicia, con la notificación de la orden de fiscalización firmada por el funcionario competente, la cual se denomina auto de designación de auditor, en el que se indica entre otras cosas la identidad del sujeto pasivo, los períodos, ejercicios, impuestos, y obligaciones a fiscalizar, así como el nombre del auditor o auditores que realizarán ese cometido (...)».

La Administración Tributaria debe ceñirse, en la relación de la fiscalización -por la congruencia que debe guardar la causa y finalidad del acto administrativo de determinación-, a establecer la obligación jurídico tributaria, pues, de lo contrario, el acto de determinación adolecería de un vicio.

En el presente caso, de la simple lectura del auto denominado credencial -agregado a folios 21 del expediente administrativo llevado por la Dirección- se establece que fue dictado para ejercer las facultades de verificación, además, en el párrafo tercero excluye que sea una fiscalización: «Todo sin perjuicio a la facultad de fiscalización que compete a la Dirección General de Impuestos Internos».

La credencial cumple con los requisitos mínimos para entablar la relación de verificación entre los sujetos activo y pasivo de la obligación tributaria, pues la Administración determinó la facultad, los períodos tributarios sobre los que ejerció esa facultad y la auditora designada. En consecuencia, no se entabló ninguna relación de fiscalización por medio de la credencial.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 240-R-2003 de fecha 13/02/2009)

La sociedad actora sostiene que el Jefe de la División Jurídica, de la Dirección General de Impuestos Internos dictó la resolución que le determinó impuesto y le sancionó, por infracciones cometidas a la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, lo cual es ilegal, porque fue realizada por un funcionario que no tenía competencia para dictarla, a pesar que existe una supuesta delegación de parte del Subdirector General de Impuestos Internos, éste no tiene facultades para fiscalizar, sino que es una función exclusiva del Director General.

COMPETENCIA

La competencia, elemento subjetivo del acto administrativo que como tal condiciona su validez, se define como la medida de la potestad que corresponde a cada órgano, siendo siempre una determinación normativa. En nuestro sistema legal la competencia deviene de la Constitución y leyes secundarias, aunque puede también emanar de los Reglamentos Autónomos.

Entre los criterios de distribución de la competencia encontramos la materia, entendido como el objeto y contenido de lo que se discute, y encomendado por la especialidad del ente que ha de desplegar la actividad.

La Ley Orgánica de la Dirección General de Impuestos Internos otorga las funciones básicas a dicha Administración Tributaria, el artículo 3 establece la de aplicar y hacer cumplir las leyes referentes a los impuestos, tasas y contribuciones fiscales, cuya tasación, vigilancia y control, le están asignadas por ley y en general la asistencia al contribuyente, la recepción y fiscalización de declaraciones, en su caso; el registro y control de contribuyentes, el pronunciamiento de Resoluciones en sus distintos grados, etc.; de conformidad al artículo 4 de la misma Ley, la Dirección General de Impuestos Internos será dirigida y administrada por un Director y un Subdirector General; es en ese sentido que el inciso final del artículo 8 dispone que: "Tanto el Director General como el Subdirector General, conservando siempre las responsabilidades inherentes a sus cargos, podrán delegar una o más de las facultades que esta ley les confiere", en este sentido la disposición legal no determinó limitantes respecto de las facultades que pueden ser delegadas.

Esta Sala en resoluciones anteriores ha sostenido que: La fiscalización recae sobre todos los contribuyentes del territorio de la República, función específica que a juicio del legislador Tributario resulta sumamente difícil que sea ejercida directamente por la Dirección General de Impuestos Internos a través de un Director General o el Subdirector General de la misma, razón por la cual la Ley permite a ambos la delegación de una o más facultades a cualquiera de sus subalternos.

DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Con respecto a este punto la sociedad actora alega que en el procedimiento administrativo seguido por la Dirección General de Impuestos Internos, se cometieron infracciones relacionadas con el debido proceso regulado en el artículo 11 de la

Constitución de la República; que el derecho a la defensa en juicio o del debido proceso es aplicable al procedimiento administrativo, entendido éste como la efectiva posibilidad de participación útil en el procedimiento.

Entre los principios o garantías del debido proceso tenemos:

a) Que la persona sea juzgada por un juez natural; b) derecho a ser oído; c) duración razonable del proceso; d) publicidad del proceso; y, e) prohibición del doble juzgamiento.

Además de los derechos que la Ley reconoce a las personas en sus relaciones con la Administración, se señalan algunos requisitos que los procedimientos administrativos sancionatorios deben observar para garantía del presunto responsable.

Entre los principios que el Derecho Comparado y la Doctrina señalan, se encuentran:

A ser notificado de los hechos que se le atribuyan, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuye tal competencia.

A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes.

Se enumera además, como principios procedimentales específicos doctrinariamente aceptados del Derecho Administrativo Sancionador:

1º) La debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, realizándose cada una por órganos distintos.

2º) Que las medidas de carácter provisional adoptadas para asegurar la eficacia de la resolución final, se efectúen mediante acto motivado. La posibilidad efectiva de dicha adopción depende de la previsión de tales medidas en las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos sancionadores.

3º) De resolución de todas las cuestiones planteadas en el expediente sancionador y de interdicción de la declaración, como probados, de hechos distintos de los determinados (debe entenderse que con contradicción) en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica en la resolución final.

4º) De la motivación de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador y ejecutividad de ella cuando ponga fin a la vía administrativa.

Asimismo se añade el principio de Transparencia, que incluye los derechos que se pueden ejercer en cualquier momento del procedimiento: de conocimiento del estado de tramitación, de acceso y obtención de copias de los documentos en él contenidos; los otros derechos, ejercitables durante el procedimiento hasta el trámite de audiencia, de formulación de alegaciones y aportación de documentos; y las reglas de formalización sistemática, secuencial y ordenada, de las actuaciones y diligencias y de su custodia por el órgano competente (instructor primero y resolutor después) hasta el archivo definitivo.

GARANTÍA DE DEFENSA EN EL DEBIDO PROCESO

Sobre las notificaciones, se ha sostenido que: "La notificación constituye piedra angular del sistema de garantías de los derechos del administrado, especialmente en materia tributaria, y se considera que la obligación de notificar deviene el principio de seguridad jurídica y de la necesidad de hacer posible el Derecho de Defensa. Precisamente por su trascendencia, el legislador reviste de solemnidades al acto procesal de la notificación, lo cual constituye una garantía en favor de la parte notificada, a fin que ésta pueda efectivamente hacer uso de los medios impugnatorios que la ley le franquea".

En consecuencia, "el carácter estrictamente formal de las notificaciones comporta una consecuencia capital, y es el hecho que la notificación no realizada en debida forma no produce efectos, de lo cual se sigue que la propia resolución notificada tampoco podrá producirlos contra la interesada, ya que la notificación demora el comienzo de la eficacia del acto, de la misma manera ante una notificación defectuosa, no comienzan a correr los plazos para interponer los recursos pertinentes..." Se concluye así que la invalidez de una notificación conlleva su ineficacia. Se agrega que las notificaciones defectuosas, sólo pueden surtir efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan que ha tenido conocimiento de la misma.

La finalidad que se persigue es el funcionamiento de la garantía general del debido proceso, garantizando un proceso regular y legal ante un juez natural que no altere la defensa de las partes o de los derechos, en última instancia la nulidad procesal solo se dicta cuando el vicio en que se incurre causa indefensión o no puede ser subsanado.

Consta que en la etapa procesal de Audiencia y Apertura a Pruebas concedida por la Dirección General de Impuestos Internos, le fue entregado al representante legal de la sociedad, el informe de auditoría en el cual se encuentran señalados los hallazgos de la

fiscalización practicada, asimismo se realizó la entrega de los anexos respectivos, y es en dichos anexos específicamente en los números cuatro, cinco, siete y ocho que se consignan las infracciones cometidas por la sociedad actora. Siendo que no es un requisito que se cite de manera pormenorizada cada uno de los documentos objeto de la infracción siempre y cuando se haga ver ésto mismo en anexos tal como en el presente caso, si bien se han mencionado en la resolución de Audiencia y Apertura a Pruebas la infracción que se imputa, no siendo necesario en la etapa de audiencia que se aluda expresamente a la calificación de la sanción, artículos 186 y 260 del Código Tributario.

Por lo que no ha existido vulneración alguna al derecho de defensa, pues el hecho de no mencionarse en detalle los documentos de operaciones del Impuesto a la Tránsito de Bienes Muebles y la Prestación de Servicios pertinentes, en el mismo auto de Audiencia y Apertura a Pruebas no vulnera el derecho de reclamación, toda vez que en la misma resolución se hace reenvío expreso a los nexos del informe de auditoría respectivo, que pormenorizan cada uno de los documentos objeto de infracción.

Con respecto a la omisión de hacerle ver la figura jurídica en que se había tipificado la infracción, trayendo como consecuencia desconocimiento de los hechos y si éstos se adecuaban a la realidad, consta que mediante el auto de Audiencia y Apertura a Pruebas se hizo saber a la sociedad actora que incurrió en lo establecido en el artículo 104 literal a), numeral 3, literal b) inciso segundo de la Ley de Impuesto a la Tránsito de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, por cuanto que en la emisión del comprobante de Crédito Fiscal, Facturas, Comprobantes de Retención y Notas de Crédito se omitió cumplir con los requisitos formales requeridos por la ley.

Al analizar los argumentos vertidos por las partes, la Sala considera que no se han comprobado los argumentos de ilegalidad vertidos por la parte actora. Consecuentemente, las actuaciones de la Dirección General de Impuestos Internos y el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas se encuentran apegadas a derecho, por lo que es procedente declarar la legalidad de las resoluciones controvertidas.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 367-C-2004 de fecha 31/03/2009)

ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA: DEBER DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR DE LOS CONTRIBUYENTES

La parte demandante pretende que se declare la ilegalidad de la resolución, dictada por el Sub-Director General de Impuestos Internos, por medio de la cual declara sin lugar la devolución del excedente de Impuesto sobre la Renta, correspondiente al ejercicio de dos mil.

POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La conexión entre el derecho y el despliegue de las actuaciones de la Administración, se materializa en la atribución de potestades, cuyo otorgamiento habilita a la Administración a desplegar sus actos.

Según el tratadista Eduardo García de Enterría "sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente..."

Esta Sala se ha pronunciado en el sentido que si la Administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades previamente-atribuidas para ello por la legalidad existente, habrá de comenzar por proponer una modificación de esa legalidad, de forma que de la misma resulte la habilitación que hasta ese momento faltaba" (Sentencia Definitiva, ref. 139-S-2002 del veinte de abril de dos mil cinco.)

En vista que las actividades que cumple la Administración Pública son múltiples y crecientes, la ley no siempre logra determinar los límites precisos dentro de los cuales ésta debe actuar en su quehacer cotidiano. Es por ello que el ordenamiento jurídico le atribuye dos tipos de potestades administrativas: las regladas y las discrecionales.

La Potestad Reglada, es aquella mediante la cual la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la Administración ha de seguir, estableciendo la forma y el momento en el que ha de proceder, y por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva, ya que la decisión que emita la Administración no puede configurarse libremente pues su cumplimiento es obligatorio, estableciéndose con ello una relación de subordinación, en la cual la Administración actúa en base a una norma permisiva y dentro de los límites que la misma ley establece. Configurándose así, como garantía de los administrados ante posibles arbitrariedades de la autoridad.

La Potestad discrecional, por el contrario, otorga a la Administración un margen de libre apreciación, a efecto de que luego de realizar una valoración un tanto subjetiva, ejerza sus potestades en casos concretos y decida ante ciertas circunstancias o hechos, cómo ha de

obrar, o en si debe o no obrar, o que alcance ha de dar a su actuación siempre respetando los límites jurídicos generales y específicos que las disposiciones legales establezcan.

Debe además tenerse en cuenta que al ejercer esta potestad, la Administración puede arribar a diferentes soluciones igualmente justas, sin embargo debe entenderse que aquélla que se adopte tiene necesariamente que cumplir la finalidad considerada por la ley, y en todo caso la finalidad pública de utilidad o interés general.

El margen de libertad del que goza la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente sólo en virtud de la misma, y que cuenta además con ciertos elementos reglados que restringen esa libertad del órgano actuante, revisables por la jurisdicción. Así, la potestad discrecional es tal, sólo cuando y en la medida que la norma legal la determina, y en ningún momento implica un círculo de inmunidad para la Administración (Sentencia definitiva, ref. 104-B-2004 del quince de agosto de dos mil cinco.)

Los actos discrecionales son actos administrativos dictados en ejercicio de la mencionada potestad habilitada por el legislador.

Uno de los puntos más álgidos y polémicos en la doctrina es la definición de potestades discrecionales, algunos autores centran la discrecionalidad en la posibilidad de valoración o apreciación por la Administración del interés público, otros, en el margen de apreciación que el legislador otorga al aplicador.

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha dejado establecido que quedaron superadas las posturas en base a las cuales, ante cualquier vicio de un elemento discrecional en la potestad, el juez se abstenía de conocer.

Así, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala en el art. 3 literal a) que procede la acción contenciosa "contra actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, incurriendo en desviación de poder. Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados por el ordenamiento jurídico".

La atribución de potestades regladas o discrecionales depende de la mayor o menor exhaustividad determinada por la Ley en los supuestos que rigen la actuación de la Administración. En la atribución de potestades discrecionales el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad se ve complementado por una operación apreciativa

de la Administración, operación que puede desembocar en diversas decisiones igualmente justas.

De ello, se desprende que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino ejercicio de una potestad legal, ya que de lo contrario se cae en el ámbito de la Desviación de Poder. Por lo que es importante destacar que la motivación del acto administrativo es la que permite ejercer un control, constatando si las razones que llevaron a la Administración a tomar una decisión están fundadas en Derecho, y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable. Esto permite descubrir un posible vicio de desviación de poder, entendido como el ejercicio de la potestad para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (Sentencia Definitiva ref. 99-P-2000 del diecinueve de diciembre de dos mil uno y ref. 105-P-2000 del dieciséis de octubre de dos mil uno).

De ahí, el acto discrecional es controlable a través de los elementos reglados, y la figura específica de la desviación de poder, que no es más que un control del fin, como elemento del acto.

POTESTAD TRIBUTARIA

A este respecto, la doctrina aportada por el autor Héctor su libro "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario", señala que la Potestad Tributaria es la facultad que tiene el Estado de crear, modificar o suprimir unilateralmente tributos. La creación obliga al pago por las personas sometidas a su competencia. Implica, por tanto, la facultad de generar normas mediante las cuales el Estado puede compeler a las personas para que le entreguen una porción de sus rentas o patrimonios para atender las necesidades públicas, es decir, en virtud del poder o potestad tributaria, sólo se crean los tributos mediante normas dirigidas a todos los destinatarios, que constituyen obligaciones de carácter abstracto o general para sujetos indeterminados.

Ante tales necesidades esenciales o accesorias de servicios, ninguna Hacienda Pública es suficiente, motivo por el cual la Administración Tributaria, órgano encargado de la recaudación, debe ser razonable al exigir los impuestos, atendiendo a dichas necesidades y a las posibilidades de la población que ha aportado.

El ejercicio de la Potestad Tributaria no reconoce más límites que los que se derivan de los preceptos constitucionales, en los que precede el principio de legalidad y seguridad jurídica, como un límite formal respecto al sistema de producción de las normas.

De lo anterior, surge el Principio de Capacidad Contributiva, como la capacidad potencial de obtener recursos de los individuos, es decir que al expresarse esa capacidad, aún no existe un crédito para el Estado, ya que todavía no ha surgido la obligación tributaria para el respectivo individuo, que solo surge cuando éste realiza el hecho imponible, constituyendo tal principio un límite material a la potestad tributaria.

Por lo que la doctrina ha asentado que dicha capacidad consiste en la aptitud económica de los miembros de la comunidad para contribuir a la cobertura de los gastos públicos.

Ahora bien, dentro de las facultades tributarias que ostenta la Administración, para investigar el cumplimiento de obligaciones tributarias, según la Ley de la Materia, es la Fiscalización y la Verificación.

FISCALIZACIÓN Y VERIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

La Fiscalización: El Estado para poder llevar a cabo la recaudación de los impuestos, a través de la Administración Tributaria realiza entre otras facultades, la de fiscalización, lo cual no significa que ésta pueda proceder en forma arbitraria, sino que debe efectuarlo dentro de un marco de legalidad (Sentencia Definitiva, ref. 163-C-2000 del cuatro de marzo de dos mil cinco.)

Asimismo, la determinación tributaria implica un control posterior por parte del fisco para saber si los sujetos pasivos cumplieron en forma debida los deberes formales emanados de la determinación, a dicha tarea de control se denomina "fiscalización de la determinación tributaria".

En virtud de la potestad de fiscalización, inspección y control del cumplimiento de las obligaciones tributarias, la Administración Tributaria nombra auditores por medio de un auto de designación, en el que expresamente se haga referencia al contribuyente objeto de la fiscalización y a los ejercicios tributarios que comprende.

Para llevar a cabo la fiscalización de impuestos, la oficina encargada requiere de parte del investigado toda la documentación e información con trascendencia tributaria; de igual

forma toma en consideración cualquier otro elemento que obtenga por otros medios previstos en la Ley.

Cuando a consecuencia de la verificación y análisis de la documentación e información aportada por el contribuyente, así como de los datos obtenidos por otros medios relacionados con la actividad económica de aquél, se detectan deducciones reclamadas indebidamente, la oficina encargada así lo hará constar, lo cual hará del conocimiento del investigado para que éste se pronuncie y presente pruebas de descargo al respecto, y dependiendo del resultado de la valoración a los mismos proceda la autoridad competente a tasar o no el impuesto que corresponda.

Esta Sala, se ha pronunciado en el sentido que el procedimiento de fiscalización tendiente a la determinación de la obligación tributaria no puede entenderse como cauce formal que refleje en exclusiva las potestades de la Dirección General de Impuestos Internos, frente a una situación general de sujeción o sumisión a soportar por los contribuyentes, sino que debe articular en gran medida la etapa contradictoria dentro del mismo. De esta forma surgen para el contribuyente no sólo concretas obligaciones, sino también garantías y derechos a favor de su posición jurídica (Sentencias ref. 44-L- 2000 del veintidós de mayo de dos mil uno, 171-M-2000 del seis de abril de dos mil uno y 46-F-2000 del trece de julio de dos mil uno.)

La fiscalización y/o verificación, concluye con la emisión del informe de los auditores, en el cual se expresan los procedimientos llevados a cabo durante la fiscalización o comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias sustantivas de la contribuyente, en el presente caso de Ley de Impuesto Sobre la Renta, su Reglamento y demás disposiciones legales pertinentes, esto con el objeto de determinar si el contribuyente investigado ha pagado o no correctamente el impuesto que conforme a la Ley corresponde (Sentencia ref. 173-C-2000 del cinco de junio de dos mil dos), con dicho informe se hace del conocimiento a la Administración Tributaria, lo concerniente, quien es la encargada de emitir la resolución definitiva.

El Código Tributario (aplicable al caso en estudio), en lo que respecta a la devolución de los impuestos; se regula primeramente en lo relativo a la aplicación de saldos a favor, art.79 como un derecho del "sujeto pasivo para solicitar la devolución", en el caso que este liquide en su declaración un saldo a favor del mismo, en segundo lugar, el Título IV denominado "Procedimientos Tributarios", Capítulo V "Repetición o devolución de los Impuestos", art. 212, inciso primero determina que: "Los contribuyentes que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias con derecho a devolución según las normas especiales o hubieren efectuado pagos por impuestos o accesorios, anticipos o

retenciones indebidos o en exceso, podrán solicitar su devolución dentro del término de dos años, contados a partir del vencimiento del plazo para presentar la correspondiente declaración original o de la fecha del pago indebido".

El art. 214 en relación a la verificación de la aludida devolución, estableció lo siguiente: "La Administración Tributaria podrá efectuar las comprobaciones que considere necesarias a efecto de determinar la existencia y cuantía del saldo cuya devolución se solicita y de los demás hechos y circunstancias que determinen la procedencia de la misma...".

Por su parte el art. 215 del citado cuerpo normativo, estipula: "La Administración Tributaria deberá ordenar mediante resolución, dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud correspondiente y previa las compensaciones que resulten aplicables, la devolución o compensación, según sea el caso...". Para proceder a la devolución se requiere informe previo de la Dirección General de Tesorería de que las sumas cuya devolución se trata, han ingresado al Fondo General de la Nación. Ordenada la devolución, la misma deberá efectuarse dentro de los ciento veinte días siguientes a la notificación correspondiente.

De lo anterior, se concluye que la devolución deberá efectuarse a más tardar dentro de los ciento veinte días siguientes a la notificación correspondiente, es decir de la resolución que la ordenó, la cual deberá pronunciarse dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de devolución.

Del contenido de los artículos citados, resulta una obligación ex lege (de un poder-deber) de la Administración Tributaria de devolver lo retenido indebidamente, es decir "las sumas enteradas a cuenta del impuesto", que en concepto de impuesto retenido exceden al valor del impuesto que legalmente corresponda liquidar al contribuyente.

El art. 212, determina que la devolución debe ser a petición del contribuyente dentro del término de dos años, contados a partir del vencimiento del plazo para presentar la correspondiente declaración original o de la fecha del pago indebido.

A este respecto conviene aclarar, que el hecho que la Administración Tributaria debiese ordenar la devolución en los términos que señalan los arts. 212 y 215, no significa que la suma solicitada o la que según el resultado de la autoliquidación efectuada por el contribuyente, sea la que legalmente corresponde.

Así, en el caso del art. 214, cuando resulte que la declaración presente datos inconsistentes o contradictorios como resultado del cruce de información que efectúe la Administración Tributaria, dentro del plazo establecido en las disposiciones antes mencionadas, ésta podrá requerir al contribuyente se apersona y así darle a conocer las irregularidades que presenta su declaración a efecto de que las corrija o rectifique según sea el caso.

Es de señalar, que la ley faculta a la Administración Tributaria, a verificar las comprobaciones que considere necesarias, para determinar la existencia y cuantía del saldo de la devolución, de conformidad con el art. 214 del Código Tributario, el vocablo podrá en relación a la facultad de verificación es de carácter potestativo, pues de considerar que no son necesarias las comprobaciones, por estar cumplidos los dos elementos para los cuales se creó la figura de la verificación, como son la existencia de la devolución y la cuantía de la misma, puede proceder a efectuar la devolución.

Otro aspecto a retomar de la citada disposición es el hecho que queda abierta la posibilidad de llevar a cabo una fiscalización al determinar la frase "sin perjuicio de las facultades de fiscalización que le competen a la misma".

Por supuesto, que los contribuyentes, están obligados a proporcionar todos los medios pertinentes a efecto de demostrar la veracidad de los datos consignados en la declaración respectiva; de lo contrario, dichos datos podrían ser objetados y como consecuencia incluirlos en la base imponible según el caso y tasar por consiguiente el impuesto correspondiente, de ahí, el hecho de dejar activa la facultad fiscalizadora.

A lo anterior citado, se antepone lo establecido, en el mismo cuerpo normativo, en el art. 151 que regula lo relativo al "Anticipo a Cuenta del Impuesto": "El sistema de recaudación del Impuesto sobre la Renta por medio del anticipo a cuenta, consiste en enteros obligatorios hechos por personas naturales titulares de empresas mercantiles contribuyentes del Impuesto sobre la Renta, sucesiones, fideicomisos, transportistas y por personas jurídicas de derecho privado y público, domiciliadas para efectos tributarios, con excepción de las que se dediquen exclusivamente a actividades agrícolas y ganaderas, aunque para el ejercicio próximo anterior, no hayan computado impuesto en su liquidación de impuesto sobre la renta".

Asimismo en el inciso quinto de la citada disposición determina que "Las cantidades enteradas se acreditarán al determinarse el impuesto al final del ejercicio de que se trate. Si en esta liquidación resulta una diferencia a favor del contribuyente, este podrá solicitar la devolución del excedente...".

Y la parte final del inciso sexto establece lo siguiente: "Para los efectos de la devolución, (...) no será necesaria una fiscalización previa".

Es importante destacar que para el ejercicio de la facultad antes mencionada, la Sub-Dirección General de Impuestos Internos, por delegación de la Dirección General, está sujeta a un plazo, de sesenta días, para efectuar una verificación y de tres años para la fiscalización de las liquidaciones presentadas, arts. 215 y 175 literal a) respectivamente, ambos del Código Tributario.

Transcurrido dicho plazo sin que la oficina hubiese hecho uso de tal facultad, las cifras declaradas por el Contribuyente se consideraran definitivas.

Por tanto, una vez caducado el plazo para el ejercicio de la facultad señalada en los párrafos anteriores, la autoridad demandada está inhibida para requerir información o documentación a fin de verificar la exactitud de los datos incorporados en la declaración de impuestos presentada, de la existencia y cuantía de la devolución solicitada, y como se dijo anteriormente, los datos se consideran definitivos, y no pueden ser modificados u objetados por la Administración Tributaria.

De lo establecido en las normas relacionadas, se puede determinar que el espíritu de las disposiciones es de garantizar que lo pagado indebidamente por un Contribuyente, le sea restituido o devuelto en base a la legalidad y equidad, ya que de lo contrario caeríamos en el campo de un enriquecimiento sin causa.

A ese respecto, la doctrina ha contribuido, estableciéndola como una relación jurídica, que surge cuando una persona abona al fisco un importe tributario que por diversos motivos no resulta legítimamente adeudado y pretende luego su restitución. El pago indebido y la consiguiente pretensión respectiva dan origen a un vínculo *in iuris* entre un sujeto activo, cuyos bienes reciben por vía legal el detrimento ocasionado por el desembolso indebido, y un sujeto pasivo, que es el fisco, enriquecido sin causa ante el mismo (Héctor Belisario Villegas, Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, pág. 515).

Por su parte esta Sala se ha pronunciado, manifestando que "Para entender el fundamento del derecho a la devolución, el legislador ordinario actúa inspirado en determinados principios generales consagrados al más alto nivel normativo, que es la Constitución. Esta asimilación de los principios constitucionales a los principios generales del Derecho, entre los que destacan los de inspiración humanista, ha servido para que la inercia de una buena parte de la doctrina vea en ellos el fundamento del derecho a la devolución de los ingresos indebidos.

Tales principios caracterizados como realizables constituyen, al margen de su aplicación directa, una suerte de mandato implícito al legislador y al juzgador. Frente a la eventual recepción legislativa, de los principios generales del Derecho, los Constitucionales de carácter tributario definen el modelo de Hacienda Pública que la Constitución ha querido establecer y de su conjugación se deduce como quiere el constituyente que se haga efectivo el deber Constitucional de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, estos principios son valores que están en la base del orden jurídico positivo y que por ello deben de ser actualizados por el poder legislativo y aplicados por el juzgador..."(Sentencia Definitiva ref. 215-M-2001 del treinta de noviembre de dos mil cuatro).

En atención a lo antes expuesto, si la oficina fiscal no ejerció las facultades de verificación de las cifras contenidas en la declaración tributaria presentada por el contribuyente, dentro del plazo que la ley manda, no podría con posterioridad so pretexto de verificar la exactitud de los datos contenidos en la misma, requerir a los contribuyentes los documentos e información pertinente, pues de hacerlo estaría por un lado, actuando al margen de la ley, y del otro violentando la seguridad jurídica del contribuyente.

En el caso de autos se establece que se han cumplido a cabalidad los supuestos establecidos en los arts. 79, 212, 214 y 215 del Código Tributario (aplicable), por cuanto la Dirección General de Tesorería envió el informe que confirma que las retenciones de Impuestos sobre la Renta efectuadas a la demandante, en calidad de Contribuyente han ingresado al Fondo General de la Nación. Por consiguiente la autoridad demandada debió ordenar la devolución solicitada.

De conformidad con los términos de la Ley Tributaria aplicable, es evidente que la Sub-Dirección General se fundamenta en un criterio arbitrario para denegar la devolución reclamada. Habiendo transcurrido el plazo que determina el art. 214 del Código Tributario para verificación de la devolución solicitada, y si ese fuera el caso también ha caducado el plazo señalado en el art. 173 del citado cuerpo normativo, a fin que pudiese fiscalizar la liquidación presentada para el caso del año de mil novecientos noventa y ocho, periodo del cual se requirió información y documentación, por consiguiente no constituye motivo para denegar la devolución, el hecho de no contar con la información y documentación requerida a la demandante.

Para profundizar sobre lo anterior nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro, como la ley, la doctrina y la jurisprudencia indican. Su finalidad es corregir aquellos desequilibrios patrimoniales no justificados por lo que, normalmente, se resolverá en la atribución de un derecho a la devolución del indebido a favor del solvens indeviti. El principio de enriquecimiento sin causa es un principio ético, como aplicación de la

equidad al corregir un desplazamiento patrimonial privado de causa, lo contrario atentaría contra la Legalidad y la Seguridad Jurídica.

Cabe aclarar que el criterio de la autoridad demandada, en cuanto al tiempo de conservación de los registros, por parte de la contribuyente no es aplicable en el presente caso, en vista que la negativa de la presentación no es en ese sentido.

Dentro de esa perspectiva; es válida la argumentación planteada por la parte actora al fundamentar su pretensión en que se está privando de una suma de dinero que le corresponde.

Por tanto la Sociedad demandante, está legitimada para pedir la devolución cuestionada y la autoridad demandada, deberá emitir nueva resolución, accediendo a la devolución, perfectamente válido Error facti non nocet

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 369-C-2004 de fecha 27/07/2009)

ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA: VIOLACIÓN A LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO POR LA FALTA DE NOTIFICACIÓN DE INFORME DE AUDITORÍA

Corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la resolución dictada por la Dirección General de Impuestos Internos, por medio de la cual declaró sin lugar la compensación solicitada por la sociedad demandante, respecto al saldo que adeuda al Fisco, con supuestas sumas que en su opinión pagó de más en concepto de Impuesto Sobre la Renta, durante los ejercicios tributarios de mil novecientos noventa y seis al dos mil uno.

PRINCIPIOS O GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

a. Del Debido Proceso: con el objeto de dilucidar la inocencia o culpabilidad, es preciso verificar un conjunto secuencial de etapas procesales denominadas juicio o proceso, las

que deben contener un mínimo de garantías que aseguren, la posibilidad cierta de ejercer el derecho de defensa.

Entre los principios o garantías del debido proceso tenemos:

a) Que la persona sea juzgada por un juez natural; b) derecho a ser oído; c) duración razonable del proceso; d) publicidad del proceso; y, e) prohibición del doble juzgamiento.

Además de los derechos que la Ley reconoce a las personas en sus relaciones con la Administración, se señalan algunos requisitos que los procedimientos administrativos sancionatorios deben observar para garantía del presunto responsable.

Entre los principios que el Derecho Comparado y la Doctrina señalan, se encuentran:

A ser notificado de los hechos que se le atribuyan, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuye tal competencia.

A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes.

Se enumera además, como principios procedimentales específicos doctrinariamente aceptados del Derecho Administrativo Sancionador, a manera de comparación, ya que no estamos frente a una sanción:

1º) La debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, realizándose cada una por órganos distintos.

2º) Que las medidas de carácter provisional adoptadas para asegurar la eficacia de la resolución final, se efectúen mediante acto motivado. La posibilidad efectiva de dicha adopción depende de la previsión de tales medidas en las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos sancionadores.

3º) De resolución de todas las cuestiones planteadas en el expediente sancionador y de interdicción de la declaración, como probados, de hechos distintos de los determinados (debe entenderse que medie contradicción) en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica en la resolución final.

4º) De motivación de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador y ejecutividad de ella cuando ponga fin a la vía administrativa.

Asimismo se añade el principio de Transparencia, que incluye los derechos que se pueden ejercer en cualquier momento del procedimiento, de conocimiento del estado de tramitación, de acceso a y obtención de copias de los documentos en él contenidos; los otros derechos, ejercitables durante el procedimiento hasta el trámite de audiencia, de formulación de alegaciones y aportación de documentos; y las reglas de formalización sistemática, secuencia) y ordenada, de las actuaciones y diligencias y de su custodia por el órgano competente (instructor primero y resolutos después) hasta el archivo definitivo.

PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN EL DESEMPEÑO DE LA FACULTAD FISCALIZADORA

La Ley de Impuesto Sobre la Renta, normativa vigente cuando sucedieron los hechos, constituye el marco legal específico al que debemos remitirnos para dilucidar si el trámite seguido por la autoridad demandada se realizó conforme a derecho. El artículo 113 de la mencionada Ley prescribe las facultades de la Administración Tributaria y artículo 115 del mismo cuerpo normativo, señalaba el procedimiento que se debía seguir cuando se iniciara una de las facultades de la Administración.

De conformidad al artículo 115 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, se debió realizar:

- i) La Dirección General de Impuestos Internos contará con un cuerpo de auditores.
- ii) En cada fiscalización podrán tomar parte uno o más auditores que la Administración Tributaria designe.
- iii) Los auditores, al concluir su comisión, deberán formular un informe dirigido a la Dirección General.
- iv) Tales informes podrán ser ampliados por los mismos auditores o por otros diferentes, a juicio de la mencionada Dirección, cuando encuentre que dichos informes son diminutos, o podrá ordenar otros nuevos cuando adolezcan de deficiencia y no le instruyan suficientemente para una justa liquidación, o cuando estime que el informe no está ajustado a la realidad de la investigación que se practique. En consecuencia, la tasación cuando ocurra intervención de auditores, deberá basarse en uno o en varios informes que la misma Dirección escoja, los que serán transcritos íntegramente para conocimiento del contribuyente.

Los auditores designados para la práctica de la inspección, tienen las facultades que de conformidad a esta Ley, les asigne la Dirección General, en el acto de su designación. Los auditores, peritos, colaboradores jurídicos y funcionarios de la Dirección General, que lleven por sí o por interpósita persona, contabilidades o auditoría particulares y asesorías de carácter tributario, solicitaren o recibieren dádivas o cualquier otra ventaja indebida, o aceptaren promesa de una retribución para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido y propio de sus funciones, serán destituidos de sus cargos, previa audiencia por tercero día, con solo robustez moral de la prueba, sin perjuicio de la acción penal que corresponda.

Respecto a los procedimientos específicos y a los principios señalados por la doctrina tenemos que hubo: a) designación de la auditora para la inspección y verificación de lo solicitado, la cual fue legalmente notificada a la sociedad actora; y b) no se notificó el informe elaborado por la miembro del cuerpo de auditores, cuya finalidad sería garantizar el derecho de defensa a la sociedad actora.

NOTIFICACIONES: PIEDRA ANGULAR DEL SISTEMA DE GARANTÍAS EN EL DEBIDO PROCESO

Sobre las notificaciones, se ha sostenido que constituye piedra angular del sistema de garantías de los derechos del administrado, especialmente en materia tributaria, y se considera que la obligación de notificar deviene del principio de seguridad jurídica y de la necesidad de hacer posible el derecho de defensa. Precisamente por su trascendencia, el legislador reviste de solemnidades al acto procesal de la notificación, lo cual constituye una garantía en favor de la parte notificada, a fin que ésta pueda efectivamente hacer uso de los medios impugnatorios que la ley le franquea.

En consecuencia, el carácter estrictamente formal de las notificaciones comporta una consecuencia capital, y es el hecho que la notificación no realizada en debida forma no produce efectos, de lo cual se sigue que la propia resolución notificada; tampoco podrá producirlos contra la interesada, ya que la notificación demora el comienzo de la eficacia del acto, de la misma manera ante una notificación defectuosa, no comienzan a correr los plazos para interponer los recursos pertinentes.

Se concluye así que la invalidez de una notificación conlleva su ineficacia. Se agrega que las notificaciones defectuosas, sólo pueden surtir efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan que ha tenido conocimiento de la misma.

La finalidad que se persigue es el funcionamiento de la garantía general del debido proceso, garantizando un proceso regular y legal ante un juez natural que no altere la defensa de las partes o de los derechos, en última instancia la nulidad procesal solo se dicta cuando el vicio en que se incurre causa indefensión o no puede ser subsanado.

Por lo anterior se puede afirmar que se le causó indefensión a la sociedad actora, por el desconocimiento del informe de los auditores elaborado. En este orden de ideas, la irregularidad observada por esta Sala causó indefensión, ya que la actora no tuvo la oportunidad de aclarar ciertas afirmaciones de la auditora, y la Dirección General de Impuestos Internos estaba en la obligación de notificar el informe a fin de garantizarle su derecho de defensa.

Como se expuso anteriormente la doctrina sostiene que la peculiaridad de las sanciones administrativas reside en el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la Administración, derivada de actuar en su propio ámbito interno o doméstico, tutelando su propia organización y funcionamiento.

Por lo antes expuesto ha existido una violación a la Garantía Constitucional del debido proceso, y en particular en lo referente al derecho de defensa, ya que la sociedad actora no tuvo conocimiento de los hechos que se le atribuyen en el informe, que fue empleado en su oportunidad, tal como lo indica el Código Tributario para emitir la correspondiente resolución administrativa.

Por lo que al establecerse en el presente juicio, que la resolución de la Dirección General de Impuestos Internos respecto de la solicitud de la sociedad actora sobre la compensación respecto el saldo adeudado al Fisco, adolece de vicios esenciales consistentes en violación a la Garantía Constitucional del debido proceso y específicamente en el derecho de defensa que debe prevalecer en todo proceso o procedimiento administrativo, se concluye que el acto es ilegal.

Establecida que la actuación de la autoridad demandada adolece del vicio señalado, cualquier otra argumentación vertida por las partes en nada modificaría la consideración realizada respecto a la adecuación del acto al marco legal.

Como medida para restablecer el derecho violado, la Dirección General de Impuestos Internos, deberá reponer el procedimiento administrativo comenzando con la notificación del informe elaborado por la miembro del cuerpo de auditores.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 79-I-2004 de fecha 18/03/2009)

ASOCIACIONES COOPERATIVAS: OBLIGACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido por la Asociación Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Empleados del Centro de Tecnología Agrícola, de Responsabilidad Limitada (ACECENTA de R.L.), demandando la ilegalidad de la resolución dictada por Jefe del Registro Tributario de la Alcaldía Municipal de Santa Tecla que califica a la asociación demandante como empresa financiera y obligada al pago de impuestos municipales; y, el acuerdo dictado por el Concejo Municipal de la misma municipalidad que confirma la anterior decisión.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EXAMEN DE LA CALIFICACIÓN DE EMPRESA FINANCIERA Y DEL CRITERIO DE ANALOGÍA

La parte demandante aduce que las autoridades demandadas le aplicaron un hecho generador que no le corresponde, porque ella no desarrolla una actividad financiera; en ese sentido, apunta que la Administración violentó el principio de legalidad tributaria y no puede cobrar los tributos determinados.

Un hecho generador se configura, y nace la correspondiente obligación tributaria, cuando confluyen cuatro elementos:

- a) elemento material, implica la descripción objetiva del hecho o situación prevista de forma abstracta;
- b) elemento personal, está dado por la persona que realiza el acto gravado o a cuyo respecto se configura el aspecto material, llámase sujeto pasivo de la obligación tributaria;
- c) elemento temporal, indica el momento exacto en que se produce el hecho descrito en la ley; y,
- d) elemento espacial, es el lugar donde se realiza el hecho descrito por el legislador.

Si uno de estos elementos falta no surge la obligación tributaria.

En el caso bajo análisis, el supuesto de hecho que habilita el pago del impuesto municipal está regulado en el artículo 9 de la Ley de Impuestos Municipales de Nueva San Salvador que prescribe: «Considéranse empresas financieras, las instituciones de crédito, los bancos privados, sucursales de bancos extranjeros, asociaciones de ahorro y préstamos, empresas que se dediquen a la compra y venta de valores, empresas de seguros y cualquier otra, que se dedique a operaciones de crédito, bolsa, financiamiento, afianzadoras, montepíos o casa de empeño y otras similares. Pagarán conforme a la tabla siguiente (...)»

Se debe hacer notar que la asociación demandante se creó con base en la Ley General de Asociaciones Cooperativas la cual prohíbe, en el artículo 6 letra a), que las asociaciones realicen transacciones con fines de lucro con terceras personas, ajenas a la asociación. Por otra parte, se establece que los fines de una asociación deben ceñirse a la ayuda de los miembros de sus cooperativas (artículo 4).

La normativa relacionada con antelación prevé además que pueden conformarse diversas clases de cooperativas, entre ellas encontramos de producción, de vivienda y de servicios. Dentro de estas últimas, se enumeran: las de ahorro y crédito, transporte, consumo, profesionales, seguros, educación, comercialización, aprovisionamiento, y escolares y juveniles (artículo 12).

De conformidad con el artículo 20 del Código Civil «Las palabras de la ley, se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal».

En consecuencia, el artículo 9 de la Ley de Impuestos Municipales de Nueva San Salvador enmarcó entre los sujetos a pagar el impuesto a la empresa financiera, y la conceptualiza también como cualquier otra empresa que se dedique a operaciones de crédito.

Consta en autos que la asociación demandante realiza operaciones de crédito y que éstas sí forman parte del giro ordinario de su actividad.

Por otra parte, toda la documentación presentada por la parte demandada no fue controvertida ni redargüida de falsa por la asociación demandante.

Por ende, no obstante que las autoridades demandadas la denominen empresa financiera, tal conceptualización -conforme los artículos 20 del Código Civil y 9 de la Ley de Impuestos Municipales de Nueva San Salvador- no la convierte en una empresa mercantil, sino que

continúa siendo una asociación cooperativa que se dedica a operaciones de ahorro y crédito; por esta última actividad, encaja como sujeto del impuesto cuestionado.

La Administración Tributaria Municipal, al realizar la determinación de impuesto, verificó la ocurrencia de los cuatro elementos del hecho generador supra relacionados.

En consecuencia, la Administración Tributaria Municipal no transgredió el principio de legalidad al calificar a la demandante como empresa financiera y determinarle los impuestos municipales respectivos, ya que comprobó que los elementos requeridos para conformar el hecho generador del impuesto municipal se configuran.

De ahí que los argumentos esgrimidos por la asociación demandante a favor de la ilegalidad de los actos impugnados por violación al principio de legalidad, sobre la base de una inadecuada conceptualización del término empresa, aplicación de calificación de empresa financiera y aplicación de la analogía, deben desestimarse.

EXENCIÓN AL PAGO DE IMPUESTOS MUNICIPALES

La parte actora alega en la demanda que el Ministerio de Economía, por Acuerdo Ejecutivo número 289 del cuatro de abril de dos mil dos, le concedió los beneficios establecidos en el artículo 72 de la Ley General de Asociaciones Cooperativas, entre ellos, la exención de impuestos municipales, señalada en la letra c) de la disposición en comento. Consecuentemente, afirma que las autoridades demandadas no debieron imponerle la obligación de pagar el impuesto. Con posterioridad, comprobó que nuevamente el Ministerio de Economía le concedió, el trece de diciembre de dos mil seis, dicho beneficio por otro período de cinco años a partir del veinticinco de octubre de dos mil seis.

El ordenamiento jurídico salvadoreño regula la figura de la exención de la siguiente manera: «Exención es la dispensa legal de la obligación tributaria sustantiva» (artículo 64 del Código Tributario) y «Exención tributaria es la dispensa legal de la obligación tributaria sustantiva o pago del tributo, establecida por razones de orden público, económico o social» (artículo 49 de la Ley General Tributaria Municipal).

En el caso bajo análisis, ante el argumento planteado por la parte actora, se hace necesario, en primer lugar, hacer un examen en cuanto a la solución de conflictos entre normas, atendiendo a su especialidad y su temporalidad, para luego determinar la

competencia material que detenta el Ministerio de Economía para emitir el acuerdo relacionado supra.

a) La disposición legal (artículo 72 de la Ley General de Asociaciones Cooperativas), acogida por el Ministerio de Economía como fundamento para brindar el beneficio concedido en el acuerdo antes relacionado, y que ha sido alegada por la demandante, prescribe: «Los siguientes privilegios serán concedidos a petición de la Cooperativa interesada por acuerdo ejecutivo en el Ramo de Economía, total o parcialmente, previa justificación con audiencia del Ministerio de Hacienda, por el plazo de cinco años, a partir de la fecha de su solicitud y prorrogables a petición de la Cooperativa por períodos iguales (...) c) Exención de impuestos fiscales y municipales sobre su establecimiento y operaciones». Se hace énfasis que la referida norma data del año de mil novecientos ochenta y seis.

Por su parte, la autoridad demandada expuso que el argumento planteado por el actor fue considerado en su oportunidad, pero se llegó a la conclusión que para el caso de autos es aplicable lo dispuesto en los artículos 50 y 160 de la Ley General Tributaria Municipal que, respectivamente, prescriben: «Solamente por disposición expresa de la ley de creación o modificación de impuestos municipales se podrán establecer exenciones tributarias. En ellas se especificarán los requisitos para su reconocimiento o concesión a los beneficiarios de tales exenciones, los tributos que comprenda, si es total o parcial, permanente o temporal» y «Las disposiciones de la presente Ley prevalecerán sobre cualquier otra que las contraríen». La Ley en alusión, entró en vigencia en el año de mil novecientos noventa y uno.

Nos encontramos, entonces, frente a dos normas que entran en conflicto, la primera es la Ley General de Asociaciones Cooperativas, de mil novecientos ochenta y seis, que establece una exención a favor de las asociaciones cooperativas; mientras que la segunda, la Ley General Tributaria Municipal, que data de mil novecientos noventa y uno, prescribe que las exenciones deben ser establecidas exclusivamente por las leyes que crean o modifican impuestos municipales.

Cuando dos normas de la misma jerarquía jurídica entran en conflicto, se hace necesario recurrir a los criterios que permitan coherencia en el momento de aplicación del derecho: el cronológico, el de especialidad y el de prevalencia.

En el caso de autos, ambas leyes son de carácter especial, sin embargo, se deberá aplicar la norma jurídica más reciente, para el caso, la Ley General Tributaria Municipal, por lo tanto, es ésta la que prevalece. Por consiguiente, las resoluciones emitidas por la

autoridad demandada que determinan impuestos municipales a cargo de la sociedad demandante fueron correctamente fundamentadas en las normas aplicables.

En este orden de ideas, y a guisa de aclaración, la ley dispone para el futuro y no tiene efecto retroactivo, salvo cuando la especialidad de su contenido se lo confiere. Así en nuestro país lo establece el artículo 21 de la Constitución. Por ende, la interpretación auténtica realizada por la Asamblea Legislativa (Decreto número 963 del quince de febrero de dos mil seis, Diario Oficial número 49, tomo 370, del diez de marzo de dos mil seis) de que las exenciones de impuestos municipales, a que alude el artículo 51 de la Ley General Tributaria Municipal, incluyen todas las exenciones de impuestos municipales contenidas en leyes generales o especiales promulgadas con antelación a la misma, tiene vigencia a partir de la fecha de su promulgación.

Determinado lo anterior, se pasa a analizar la competencia material del Ministerio de Economía para emitir el acuerdo apuntado supra. Para ello, debe teorizarse sobre la reserva de ley en materia tributaria.

RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA

La reserva de ley es un medio para distribuir la facultad de producir disposiciones jurídicas entre los órganos y entes públicos con potestad para ello, otorgándole preferencia a la Asamblea Legislativa en relación con ciertos ámbitos de especial interés para los ciudadanos; preferencia que surge precisamente de los principios que rigen al Órgano Legislativo. La reserva de ley supone una garantía para la regulación normativa de determinadas materias, entre las que se encuentra, la tributaria.

Es así que el artículo 131 de la Constitución, en los ordinales 6° y 11°, prescribe que es a la Asamblea Legislativa a la que le corresponde decretar tanto impuestos como beneficios e incentivos fiscales de cualquier naturaleza.

Consecuentemente, por mandato del constituyente, el Ministerio de Economía no podía adjudicarse la competencia de otorgar a la demandante, mediante un acuerdo ejecutivo, un beneficio fiscal, así como tampoco podía fundamentarlo en una ley inaplicable al caso en atención a las reglas de aplicación e interpretación de las normas en el tiempo.

En conclusión, esta Sala determina que el acto de calificación de empresa financiera y el acuerdo municipal que confirma aquel acto no adolecen de ilegalidad, por los motivos estudiados en este acápite.

Al analizar sistemáticamente los argumentos vertidos por las partes, la Sala considera que no se han comprobado los motivos de ilegalidad señalados por la parte actora. Consecuentemente, la actuación del Jefe del Registro Tributario de la Alcaldía Municipal de Santa Tecla y del Concejo Municipal de Santa Tecla se encuentra apegada a Derecho y así debe declararse.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 14-2005 de fecha 27/02/2009)

ASOCIACIONES Y FUNDACIONES SIN FINES DE LUCRO: OBLIGACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL

La parte actora pide que se declare la ilegalidad del Acuerdo pronunciado por el Concejo Municipal de Santa Tecla, que confirmó la resolución emitida por el Jefe de Registro Tributario de la Alcaldía Municipal de Santa Tecla, que impuso a la Fundación Escolar Británico Salvadoreña un impuesto determinado a "Colegios, Escuelas Privadas o Particulares y Universidades".

Por lo tanto, el centro de la controversia se cifra en que si el carácter reconocido de Fundación sin Fines de Lucro de la demandante -propietaria de la Academia Británica Cuscatleca- exonera a dicha institución educativa del pago de impuestos municipales. Para lograr tal determinación es necesario analizar diferentes aspectos.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y POTESTADES TRIBUTARIAS DEL MUNICIPIO

De conformidad al artículo 86 inciso final de la Constitución de la República, la Administración Pública en El Salvador, se encuentra sometida al Principio de Legalidad en un sentido o versión positiva, esta sujeción significa que los entes que la articulan, en el ejercicio de la función administrativa no poseen más potestades que las que la Ley expresamente les reconoce.

Dado que según el artículo 2 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Gobierno local, se constituye como parte de la Administración Pública en El Salvador, la validez de sus actos, obedece al anterior parámetro.

Como esta Sala ha expresado en anteriores sentencias, las potestades administrativo-tributarias del Gobierno local, se encuentran básicamente reguladas por medio del Código Municipal, la Ley General Tributaria Municipal y las Leyes de Impuestos Municipales, propias y específicas de cada Municipio.

En este caso dada la calificación de la Academia Británica Cuscatleca, como obligado tributario, es sujeto además de la aplicación de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, creada mediante Decreto Legislativo número 8 94, publicado en el Diario Oficial número 238, Tomo 333, del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

CARÁCTER DE LA FUNDACIÓN SIN FINES DE LUCRO

En la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, el legislador secundario regula la existencia de agrupaciones jurídicas de derecho privado que se constituyen para desarrollar de manera permanente cualquier actividad legal, en el caso que desarrollen sus actividades sin afán o finalidad de lucro.

Según el artículo 9 de la Ley en comento, se entenderá que una asociación o fundación es sin fines de lucro, cuando ésta no persiga por medio de su actividad el enriquecimiento directo de sus miembros, fundadores y administradores. Consecuentemente queda establecida la imposibilidad de distribuirse beneficios, remanentes o utilidades entre ellos, ni disponer la distribución del patrimonio de la entidad al ocurrir la disolución o liquidación de la misma.

La Fundación Escolar Británico Salvadoreña, fue reconocida como una Fundación sin Fines de Lucro por el Ministerio del Interior, al otorgarle personalidad jurídica mediante el Acuerdo número 45 emitido en fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta. Así mismo el Acuerdo número 194, de fecha cinco de noviembre de dos mil tres, dictado por el Ministerio de Gobernación en el cual se acordó aprobar en todas sus partes los nuevos estatutos de la Fundación y derogó los estatutos aprobados con anterioridad.

Como es lógico, la calificación en referencia situó a la Fundación Escolar Británico Salvadoreña en un régimen jurídico específico respecto a las obligaciones tributarias.

RÉGIMEN JURÍDICO DE EXCLUSIÓN DE PAGO DE IMPUESTOS, EN EL CASO DE LAS ASOCIACIONES Y FUNDACIONES SIN FINES DE LUCRO.

A juicio del demandante, el carácter reconocido de Fundación sin Fines de Lucro de la Fundación Escolar Británico Salvadoreña -propietaria de la Academia Británica Salvadoreña- la exonera del pago de impuestos municipales.

El arribo a tal conclusión es producto de la interpretación que el mencionado profesional hace de los alcances de la falta de finalidad lucrativa que se le ha conferido a la fundación de mérito, así como la utilización de la analogía en cuanto a las exenciones o exclusiones de la imposición de otros tributos a la fundación.

Sobre los puntos señalados se considera, que el status reconocido por el Ministerio de Gobernación sitúa a la Corporación en un contexto jurídico especial, diferente a las personas que desarrollan actividades con la intención de lucro en otras áreas o ámbitos jurídicos.

Este Tribunal aclara que si bien es cierto la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro establece un régimen jurídico especial respecto de tales agrupaciones, dicha norma señala en concreto una regla general y una excepción respecto de las obligaciones tributarias de dichas instituciones.

En concreto, el artículo 6 del régimen jurídico señalado determina, que en cuanto a las responsabilidades tributarias, las Fundaciones sin Fines de Lucro, están sujetas a las mismas obligaciones que establecen las leyes para las personas naturales o jurídicas, siempre y cuando no gocen de una exclusión expresa relacionada en las diferentes normativas.

La simple lectura de la disposición citada permite concluir que, el reconocimiento de Asociación y Fundación sin Fines de Lucro no trae automáticamente aparejada la exención, exclusión o trato preferente en materia de tributos, sino que es el legislador secundario, en el caso de cada gravamen, quien determinará si reconoce o no un tratamiento privilegiado a las agrupaciones citadas. Contrario sensu, si no existe pronunciamiento expreso al respecto de exenciones o exclusiones en una norma que fije

un impuesto, debe entenderse tal como lo establece la primera parte del artículo en mención, que "éstas están sujetas a las mismas obligaciones que establecen las leyes para las personas naturales o jurídicas".

De lo anterior se colige que únicamente en el caso que la Ley de Impuestos Municipales de Nueva San Salvador hoy Santa Tecla, vigente por Decreto Legislativo número 350 del treinta de octubre de mil novecientos noventa y dos, publicado en el Diario Oficial número 236, Tomo 317 del veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y dos, -que es la que contiene el establecimiento de los tributos municipales a pagar en dicha circunscripción territorial-, determine una exclusión del pago de impuestos municipales respecto de las Fundaciones sin Fines de Lucro, podrían éstas estar exentas de dicha obligación.

En este caso no se discute si la referida Academia desarrolla o no actividad económica, y con ello el hecho generador del impuesto en referencia, sino únicamente si dicha actividad pudiera estar exenta de pago de impuesto municipal.

Realizando una lectura de la normativa en comento, esta Sala constata que no existe disposición alguna que expresamente excluya a las Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro del pago de impuestos municipales, y de ello se concluye que respecto de este impuesto, la Academia Británica Cuscatleca -como parte de la Fundación Escolar Británico Salvadoreña- se encuentra en iguales condiciones tributarias que cualquier persona natural o jurídica.

CALIDAD DE SUJETO PASIVO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Como lo señala el artículo 4 de la Ley de Impuestos Municipales de Nueva San Salvador ahora Santa Tecla, serán sujetos pasivos de la obligación Tributaria Municipal, las personas naturales o jurídicas que según la referida Ley estén obligadas al cumplimiento de las prestaciones pecuniarias sea como contribuyente o responsable.

A juicio de la autoridad demandada la referida Academia, se ha convertido en un sujeto pasivo de la obligación tributaria municipal, al desarrollar actividad económica contemplada como hecho generador de impuesto municipal establecido en el artículo 13.22 de la Ley de Impuestos Municipales de Nueva San Salvador ahora Santa Tecla, bajo

el rubro "impuesto por otras actividades de índole económica", específicamente por "Colegios y Escuelas Privadas o Particulares y Universidades".

Tal y como se ha expresado en el presente juicio, la Fundación Escolar Británico Salvadoreña es propietaria de la Academia Británica Cuscatleca, ubicada en la ciudad y Municipio de Santa Tecla, por tanto el carácter de propietaria de la Fundación de la mencionada Academia, la silla en una posición de responsable del pago del tributo generado por dicha institución de enseñanza.

Dado que ha quedado establecido que en efecto la Fundación Escolar Británico Salvadoreña -propietaria de la Academia Británica Cuscatleca-, no está excluida del pago de impuestos municipales por la Ley de Impuestos Municipales de Nueva San Salvador ahora Santa Tecla, resulta ser legítimo el acto administrativo impugnado, que califica a dicha Academia Británica Cuscatleca como obligada tributaria.

De todo lo antes expuesto es concluyente que el acto administrativo impugnado es legal y así debe ser declarado en el fallo de esta sentencia definitiva.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 73-2006 de fecha 27/02/2009)

BENEFICIOS FISCALES RELACIONADOS CON OPERACIONES DE EXPORTACIÓN

REINTEGRO DE CRÉDITOS FISCALES

La parte demandante pretende que se declare la ilegalidad del acto administrativo emitido por la Dirección General de Impuestos Internos, a las catorce horas trece minutos del quince de diciembre de dos mil tres, que declara sin lugar la solicitud de reintegro, hecha por la sociedad demandante, de los créditos fiscales relacionados con operaciones de exportación efectuadas durante los períodos tributarios comprendidos de diciembre de dos mil uno a mayo de dos mil tres.

El punto medular en la presente decisión se centra en la aplicación del artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización. De ahí que, si se concluyere que es aplicable al presente caso, se deberá ordenar la devolución de los créditos fiscales

originados por el servicio de transporte prestados por la sociedad recurrente a AEROMANTENIMIENTO, S.A.

Para la inteligibilidad del referido artículo es necesario definir algunos conceptos -bajo el contexto del presente proceso-, tales como territorio aduanero nacional, zona franca, depósito para perfeccionamiento activo, entre otros.

Se entiende por territorio aduanero nacional, aquella parte del territorio nacional - diferente a las zonas francas y a los depósitos para perfeccionamiento activo- donde son plenamente aplicables las disposiciones de la legislación aduanera de un Estado.

Zona Franca -conforme al artículo 2 letra a) de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización-, es el área del territorio nacional, donde las mercancías que en ella se introduzcan, son consideradas fuera del territorio aduanero nacional, respecto de los derechos de importación y de exportación y por tanto sujetas a un régimen y marco procedimental especial.

Depósito para Perfeccionamiento Activo -artículo 2 letra b) de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización-, es el área del territorio nacional, sujeta a un tratamiento aduanero especial, donde las mercancías que en ella se introduzcan para ser reexportadas, se reciben con suspensión de derechos e impuestos, para ser sometidos a procesos de transformación, elaboración o reparación y donde los bienes de capital pueden permanecer por tiempo limitado.

ANÁLISIS INTERPRETATIVO DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY DE ZONAS FRANCAS INDUSTRIALES Y DE COMERCIALIZACIÓN

A partir de las anteriores definiciones se observa que tanto el depósito para perfeccionamiento activo como las zonas francas, forman parte del territorio nacional pero son excluidos del territorio aduanero nacional.

El legislador, en el artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, establecía que las ventas o transferencias de bienes y servicios realizadas por las personas naturales o jurídicas establecidas en el territorio aduanero nacional a un usuario de zona franca o a un depósito para perfeccionamiento activo, se considerarán como operaciones de exportación definitiva a países fuera del área centroamericana.

De ahí que los servicios o transferencias de bienes que se hagan -al margen de los sujetos que intervienen en las transacciones- del territorio aduanero salvadoreño hacia el lugar que físicamente conforman las zonas francas o al establecimiento que ocupan los depósitos para perfeccionamiento activo, se entenderán -por ficción legal- como exportaciones definitivas. A diferencia del artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios que regula la exportación -real y no ficta- de bienes y servicios.

Desde luego que las operaciones se deben realizar entre los sujetos que el artículo 25 menciona; pero además de ese requisito, las operaciones se deben utilizar dentro del territorio que ocupan los sujetos a quienes se les transfieren los bienes o se les presten los servicios -zonas francas o depósitos para perfeccionamiento activo-.

Ese último requisito es concordante también con los beneficios que gozan los depósitos para perfeccionamiento activo conforme al artículo 19 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización donde, aunque se trate de diferentes relaciones jurídicas al caso en particular, el común denominador es que los beneficios fiscales se otorgan siempre y cuando se realicen dentro de ese territorio que ocupan los depósitos aludidos; de lo contrario, se causarían los diferentes tributos por la importación de los bienes o servicios de conformidad con el artículo 18 inciso 3°, en relación con el artículo 3 inciso 3°, ambos de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, lo que necesariamente nos lleva a otro concepto -por oposición al territorio aduanero nacional-: el territorio extra aduanal.

Tanto los beneficios fiscales, otorgados a las zonas francas y los depósitos para perfeccionamiento activo, como la ficción de la exportación regulada en el artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización responden, además de los sujetos que intervienen en las diferentes relaciones jurídicas, a la circunscripción territorial -territorio extra aduanal- donde se realicen esas relaciones que, para el presente caso, es el requisito que debe ser analizado para delimitar la aplicación del aludido artículo 25.

Esta Sala, por medio de la sentencia de las quince horas del treinta de noviembre de dos mil cuatro en el proceso con referencia 148-S-02, se pronunció sobre una situación jurídica similar a la presente pretensión y manifestó que el artículo 25 en comento, sí era de aplicación para algunos períodos tributarios de aquel proceso.

La relación jurídica de la jurisprudencia citada, consistía en el servicio de seguridad que le prestó la sociedad Seguridad Salvadoreña, Sociedad Anónima de Capital Variable- persona jurídica ubicada dentro del territorio aduanero nacional- a Vestuario de Exportación Salvadoreño, S.A. de C.V. -usuaria de zona franca-. Igual que en el presente proceso, los sujetos que intervienen son una persona jurídica ubicada en el territorio aduanero nacional y un depósito para perfeccionamiento activo que, para estos efectos, se asimilan con los usuarios de zonas francas.

No obstante, como ya se dijo, ese elemento subjetivo no es el único que debe considerarse para concluir en la aplicación del artículo 25 en estudio, sino que además el lugar donde se utiliza el servicio. Esa utilización no debe verse bajo la perspectiva del artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios sino bajo la perspectiva del territorio extra aduanal (requisito muy propio del artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización).

Existe una diferencia sustancial entre la jurisprudencia citada y el presente proceso: el servicio y su utilización.

En la jurisprudencia citada, el servicio consistió en seguridad y en el presente caso es de transporte. De ahí que, por la diferente naturaleza de los servicios, el de seguridad fue utilizado -al margen de lo dicho en esa oportunidad que se utilizó en el territorio aduanero nacional- por el usuario de la Zona Franca dentro del territorio extra aduanal; en cambio, el de transporte es utilizado, en su mayor parte, en el territorio aduanero salvadoreño.

Esas diferencias consustanciales hacen que, en el presente proceso, no se aplique la jurisprudencia citada porque la utilización del servicio se realiza en diferentes territorios y, en consecuencia, para el servicio de transporte no cumple, en su totalidad, con los supuestos del artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización.

En definitiva, el artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización no es de aplicación en la presente pretensión, pues si bien se cumple el requisito subjetivo no se ha cumplido que la prestación del servicio se haya utilizado, en su totalidad, dentro del territorio extra aduanal para entender que exista una exportación de servicios. Al margen que con las reformas -no aplicables al presente caso- del referido artículo 25 se exija, además de los requisitos antes descritos, que la actividad que se les preste a los Depósitos para Perfeccionamiento Activo, en particular, sean necesarios para la actividad beneficiada.

La sociedad demandante intenta afirmar la tesis de la exportación de servicios en estudio con base a tres consultas que la Dirección General de Impuestos Internos evacuó en

fechas cinco de octubre, ocho de noviembre y nueve de diciembre, todas de mil novecientos noventa y dos; no obstante que la parte actora señala esas fechas como la de emisión de las consultas, materialmente aparecen agregadas, en fotocopias simples, las consultas de fechas veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis , veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y dos, seis de noviembre de mil novecientos noventa dos), y cinco de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Al margen que los documentos han sido presentados en fotocopias simples, es necesario aclarar que las consultas evacuadas por la Administración Tributaria, a partir de la vigencia del Código Tributario, son vinculantes siempre que se reúnan los requisitos establecidos en el artículo 26 del Código Tributario.

Uno de los requisitos es, con base en la jerarquía normativa, que su opinión no sea emitida contra legem.

Otro requisito, derivado de la aplicación temporal de las leyes más que del artículo 26 en comento, es que la vinculatoriedad establecida no es de aplicación retroactiva. Las consultas evacuadas con anterioridad a la vigencia del referido artículo 26 no son vinculantes.

De ahí que las referidas consultas dadas por la Dirección General de Impuestos Internos no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 26 del Código Tributario, consecuentemente, no es un fundamento suficiente para demostrar que la relación jurídica entre la parte actora y AEROMANTENIMIENTO, S.A. es una exportación de servicios.

Por las razones apuntadas, esta Sala concluye que el acto administrativo impugnado no adolece de los vicios de ilegalidad alegados por la parte actora y así debe declararse.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 102-D-2004 de fecha 26/2/2009)

CALIFICACIÓN DEL FIDEICOMISO COMO SUJETO PASIVO EXCLUIDO DEL PAGO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

"Antes de conocer las pretensiones del demandante esta Sala considera conveniente hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar cabe recordar que nuestra jurisprudencia reconoce el principio doctrinario del deber de contribuir a los gastos públicos al expresar que "se parte de la base que el Estado no puede subsistir sin los recursos económicos que integran la Hacienda Pública y que a falta de ellos lógicamente desaparecería; que si existen obligados para aportar tales ingresos financieros, es imperativo que lo hagan, debiendo cumplir ese deber en base a las reglas establecidas en la ley para evitar que se incurra en la omisión a ese deber obligación". Sentencia Definitiva del veinticinco de septiembre de dos mil uno, Ref. 134-A-2001.

Esta Sala ha sostenido que para interpretar las normas tributarias, debe partirse de un criterio básico dentro de la teoría general de interpretación de normas, donde debe reconocerse que la norma tributaria es una norma jurídica ordinaria; es decir, no es una norma excepcional, ni onerosa, ni limitativa de los derechos y patrimonios de los particulares. "De tal forma la hermenéutica a aplicar es exquisitamente jurídica, y por tanto, sus efectos también son jurídicos, -sin olvidar salvar los principios de justicia y equidad todavía más importantes, que las formas jurídicas que están obligadas a salvaguardar" Cuadernos de la Sala de lo Contencioso Administrativo trimestre abril-junio de 2004 página 26.

En relación a lo antes expuesto, cabe señalar que en la labor de interpretación nunca existe un único resultado posible; pues dentro del Derecho la "única interpretación", es la denominada auténtica, por lo demás todas las normas son susceptibles de diversas interpretaciones. En ese sentido la interpretación de dichas normas constituye desentrañar el significado de las mismas, por lo que la interpretación nunca será a priori estricta, ni restringida, ni extensiva, sino neutra. Lo que puede ser extensivo o estricto es el resultado de la interpretación, razón por la cual no se puede prohibir los resultados. "Cuadernos de la Sala Junio 2004".

Trasladando lo antes relacionado al caso que nos ocupa, la Ley del Impuesto Sobre la Renta, como ley de la materia, en uno de sus considerandos establece que además de aspectos técnicos, la ley en su administración y aplicación considere facilidades para una mayor certeza, transparencia, neutralidad y facilidad de procedimiento.

Tales aspectos constituyen los principios que rigen la Administración Tributaria, así lo confirma el Reglamento de dicha ley.

En ese sentido el art. 1 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, determina que la obtención de rentas obtenidas por los sujetos pasivos en un período determinado, genera la obligación del pago del impuesto de que trata dicha ley, entendiéndose por renta obtenida según el art. 2 de la misma, "todos los productos o utilidades percibidas o devengadas por los sujetos pasivos, ya sea en efectivo o en especie y provenientes de cualquier clase de fuentes...".

Siendo para los efectos de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, sujetos pasivos de la obligación tributaria sustantiva, los señalados en el art. 5 de la misma, ya se trate de:

- a) de personas naturales o jurídicas domiciliadas o no;
- b) las sucesiones y los fideicomisos domiciliados o no en el país;
- c) de los artistas, deportistas o similares o domiciliados o no en el país...",

Ahora bien, la ley en comento establece la excepción a la regla anterior, otorgándole la calidad de sujetos pasivos excluidos de la obligación tributaria de conformidad con el art. 6 de la misma a: El Estado de El Salvador, a las Municipalidades y a las Corporaciones y Fundaciones de Derecho Público y las Corporaciones y Fundaciones de Utilidad Pública, para lo cual se requiere de una calificación previa otorgada por la autoridad competente.

3. DE LA CALIFICACIÓN DE SUJETO PASIVO EXCLUIDO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA.

Según el Diccionario Latín-español Sopena, el vocablo calificar o "censere", significa "acreditar una persona o cosa", en el caso que nos ocupa la legislación tributaria utiliza dicho vocablo a la actividad encomendada a la Administración Tributaria, a fin que esta efectúe una calificación previa para la determinar la exclusión de sujeto pasivo de la obligación tributaria a las entidades señaladas en dicha legislación.

Tal actividad ha sido atribuida por el legislador a la Dirección General de Impuestos Internos, de conformidad al inciso último del art. 6 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, por lo tanto es la autoridad competente para calificar previamente la no sujeción a las Corporaciones y Fundaciones de Utilidad Pública, la cual puede ser revocada por la misma autoridad al comprobarse que se han dejado de llenar las exigencias relacionadas.

De lo establecido en la disposición en comento se considera que la utilidad pública está relacionada a la naturaleza bajo la cual están constituidas tales entidades, por lo que

habrá que determinar los alcances de dicha disposición, para el otorgamiento de la calificación.

El art. 6, dispone lo siguiente:

"No son sujetos obligados al pago de este impuesto:

- a) El Estado de El Salvador;
- b) Las Municipalidades; y
- c) Las corporaciones y fundaciones de derecho público y las corporaciones y fundaciones de utilidad pública".

Dicha disposición establece que para considerar a una Corporación o Fundación de Utilidad Pública, deberán ser no lucrativas, y estar constituidas bajo los siguientes fines: "asistencia social, fomento, de construcción de caminos, caridad, beneficencia, educación e instrucción, culturales, científicos, literarios, artísticos, políticos, gremiales, profesionales, sindicales y deportivos" y que los ingresos que obtengan, así como su patrimonio se destinen exclusivamente a los fines de la institución y en ningún caso se distribuyan directa o indirectamente entre los miembros que las integran.

Tal y como lo señala la citada disposición para gozar de la exclusión de sujeto pasivo, se debe obtener la previa calificación realizada por la Dirección General de Impuestos Internos, quien en consideración a la utilidad pública que desarrolle la entidad que lo solicite, dictará lo que corresponda.

En ese sentido si la entidad calificada como sujeto excluido de la obligación referida, dejare de cumplir las anteriores exigencias, la Dirección General de Impuestos Internos puede revocar la calificación otorgada, lo cual demuestra que la no sujeción está condicionada al cumplimiento de los fines antes relacionados, de lo contrario no existe otro requisito establecido por la ley formal que impida obtener la calificación.

No obstante, que la ley no otorgue los requisitos formales para obtener la calificación, la Administración Tributaria debe contar con los elementos de conocimiento necesario para considerar si la entidad solicitante posee o no la calidad de utilidad pública que la ley señala para obtener dicha calificación, y, si la ley no los otorga, es aceptable que vía reglamento se desarrollen dichas formalidades.

En ese sentido, el Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, detalla los requisitos para la obtención de la calificación que establece el art. 6 de la referida ley, a fin de que se pueda verificar la existencia plena de las mismas, de la siguiente manera:

"Los sujetos pasivos excluidos de la obligación de pagar impuesto, de que habla el art. 6 de la ley gozan de pleno derecho de tal beneficio y no llenarán ningún requisito ni condición, excepto las corporaciones y fundaciones de utilidad pública, que deberán obtener previa calificación de la Dirección General, cumpliendo además de los requisitos señalados en la ley, los siguientes:

- a) Presentar solicitud por escrito a la Dirección General acompañando el Diario Oficial o fotocopia certificada del mismo, donde aparecen publicados, el acto constitutivo, los Estatutos de la Entidad y el acuerdo donde se le otorga la personería jurídica;
- b) Relación nominal de los miembros que integran la Entidad;
- c) Certificación del Punto de Acta de elección de los miembros del Directorio de la Entidad; y
- d) Permitir la verificación directa por parte de la Dirección General, si ésta lo estima pertinente, previo a la calificación correspondiente..."

Ahora bien, en relación al procedimiento que se debe seguir para el otorgamiento de la calificación en comento, la ley no lo determina, ni tampoco el reglamento en mención, mas sin embargo se deberá tomar en consideración las categorías que la ley formal ha establecido, en base a los documentos que el administrado presente o que en su caso pueda requerir la Administración Tributaria, pues en la ley existe la figura de la verificación directa por parte de esta, de estimarse conveniente, todo con el fin de determinar la utilidad pública.

En vista que tanto la ley como el reglamento relacionado hacen referencia al término corporación y fundación y ser una de las alegaciones de la parte actora, resulta conveniente retomar los siguientes aspectos:

La doctrina define la corporación como "Una reunión de individuos y tiene por objeto el bienestar de los asociados, sea físico, intelectual y moral". No persigue fines de lucro; las cuales por el fin que persiguen la doctrina las define como "Corporaciones de Utilidad Pública", siendo de dicha calidad aquellas personas jurídicas que adoptan forma asociativa, creadas, no por un pacto, sino por un decreto o ley que determina sus fines, estructura y funcionamiento, tal como lo establece el Art. 541 del Código Civil: "*No son*

personas jurídicas las Fundaciones o Corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley o de un decreto del Poder Ejecutivo".

Por su parte la Fundación: Es un establecimiento que persigue un fin especial de beneficencia o de Educación Pública, para lo cual se destinan bienes determinados. En la Fundación no hay personas asociadas sino un conjunto de bienes dotados de personería jurídica, y las asociaciones que por ella actúan son secundarias en contraste con las que actúan en la corporación.

Aspecto que la diferencia de la corporación, que como se señaló hay asociación de personas, que buscan el bienestar de ellos mismos, es decir, de los miembros de la corporación, en la fundación por lo contrario, lo que hay es la "predestinación de bienes a fines sociales", aportados por empresa o personas cuyo objetivo es propender el bienestar o beneficio de personas diferentes a las pertenecientes a la fundación, es decir, su objetivo es beneficiar a terceras personas.

En ese sentido, la legislación salvadoreña, nos brinda una definición mediante la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, la cual establece en su art. 18 que son "aquellas entidades creadas por una o más personas para la administración de un patrimonio destinado a fines de utilidad pública, que los fundadores establezcan para la consecución de tales fines".

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el legislador estableció en la ley de la materia, precisamente que poseen la calidad de Sujetos Pasivos o Contribuyentes aquellos quienes realicen el supuesto establecido en el art. 1 del mismo cuerpo normativo, el cual señala que es la obtención de rentas, y que según lo consignado en el art. 5 literal b) comprende entre otros, "de las sucesiones y los fideicomisos domiciliados o no en el país".

FIDEICOMISO COMO SUJETO PASIVO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Considerando que la ley ha establecido que se consideran sujetos pasivos de la obligación tributaria a los fideicomisos, cabe señalar lo siguiente:

El fideicomiso en principio es de naturaleza mercantil, y los arts. 1233 al 1262 del Código de Comercio, determinan lo siguiente:

Art. 1233.- El fideicomiso se constituye mediante declaración de voluntad, por la cual el fideicomitente transmite sobre determinados bienes a favor del fideicomisario, el usufructo, uso o habitación, en todo o parte, o establece una renta o pensión determinada, confiando su cumplimiento al fiduciario, a quien se transmitirán los bienes o derechos en propiedad, pero sin facultad de disponer de ellos sino de conformidad a las instrucciones precisas dadas por el fideicomitente, en el instrumento de constitución.

Art. 1234.- Los fideicomisos permitidos son de tres clases:

I. Fideicomiso entre vivos, cuya constitución se hará por escritura pública, con las formalidades de las donaciones entre vivos. Si se constituye para fines comerciales y a favor de un fideicomisario colectivo y futuro, sirve de base para la emisión de certificados fiduciarios de participación.

II. Fideicomiso por causa de muerte, cuya constitución se hará por acto testamentario.

III. Fideicomiso mixto, que comienza a ejercerse en vida del fideicomitente y continúa después de su muerte, se constituirá por escritura pública, con las formalidades de los fideicomisos entre vivos, pero deberá confirmarse en el testamento del fideicomitente, teniéndose como incorporadas en él, con valor de cláusulas testamentarias, las disposiciones fideicomisarias, ya sea consignándolas íntegramente o haciendo clara y precisa referencia a la escritura que las contenga.

Por su parte la doctrina clasifica el fideicomiso de la siguiente forma:

1. Fideicomiso Testamentario: en esta figura el fiduciante establece por testamento el nombramiento de un fiduciario para que administre y eventualmente distribuya su patrimonio entre quienes revisten el carácter de herederos, conforme a las normas legales de fondo y al propio testamento.

2. Fideicomiso de Garantía: Se constituye de manera tal de funcionar como garantía de una deuda que el fiduciante posee con un tercero. En consecuencia, se instruye al fiduciario para que, en caso de no ser abonada la suma debida, se utilice el patrimonio fideicomitado para cancelar la deuda del fiduciante, ya sea mediante la entrega del bien del acreedor o enajenando el mismo y utilizando lo producido de su venta para el pago de la acreencia.

3. Fideicomiso de Administración: puede constituirse simplemente para que el fiduciario administre el patrimonio fideicomitado a favor de una determinada persona.

Para el autor Alberto Coto, en su libro Aspectos Tributarios del Fideicomiso la base conceptual sobre la cual se construyó originalmente el fideicomiso fue posibilitar el aislamiento de un bien o grupo de bienes del patrimonio de su titular original (fiduciante), para ser entregados a título de confianza (fides) a un tercero (fiduciario), quien destinaba los bienes citados para un fin previamente determinado, sin que los mismos puedan ser prenda de los acreedores ya sea del titular original o del tercero que los recibía.

Para un entendimiento de los conceptos antes relacionados, el citado autor da la siguiente definición:

Fiduciante: es el titular de los bienes que son transferidos al fiduciario, conformando el patrimonio fideicomitado.

Fiduciario: es el eje central del instituto en cuestión, pues es quien recibe los bienes en fideicomiso, debiendo darles el destino indicado por el fiduciante.

Beneficiario: es quien recibirá los beneficios derivados del fideicomiso como ser, por ejemplo, el producido de la administración de los bienes fideicomitados o bien los bienes mismos, según se hubiera estipulado.

Fideicomisario: podría darse el caso de un fideicomiso en el cual el beneficio derivado de los bienes que integran el patrimonio fiduciario sean percibidos por un sujeto (el beneficiario, según ya hemos visto), pero los bienes en sí mismos sean entregados a otra persona a finalizar el fideicomiso. En tal situación, quien recibe los bienes se denomina fideicomisario.

En relación a la figura del fiduciario como administrador del fideicomiso, se tiene que las obligaciones atribuibles al mismo, dependen en gran medida de pautado en el contrato de fideicomiso, entre las que se encuentran la diligencia en su actuación, la cual debe ejecutar con prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, asimismo están las obligaciones tributarias, las cuales están vinculadas fundamentalmente con el ingreso de los gravámenes por los hechos imposables que puedan generarse en cabeza del fideicomiso, de lo cual le deviene su derecho a la retribución, que como norma general el fiduciario tiene derecho a percibir por el ejercicio de su tarea, así como el reintegro de todos aquellos gastos en que incurra con motivo de su actuación.

Para que la institución fiduciaria se encuentre en posibilidad de realizar todos los actos que tiendan al logro de los fines del fideicomiso señalados por el fideicomitante, éste le transmite el derecho a disponer de los bienes fideicomitados, y no la propiedad plena sobre los mismos, lo que conserva aquél en estado latente, es decir no hay en el

fideicomiso una plena transmisión de propiedad del fideicomitente a la fiduciaria, pues la titularidad de la fiduciaria consiste simplemente en quedar obligada a realizar todos los actos tendientes a la consecución de tales fines y no al aprovechamiento común y corriente de los bienes en cuestión, como si fuera su propietaria. *Domínguez Martínez "El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico". Edit. Porrúa, México 1972.*

De lo antes planteado se deduce que tanto la doctrina como la legislación mercantil, asignan una clasificación al fideicomiso por causa de muerte, constituido mediante testamento, asimismo están en concordancia en cuanto a la obligación del fiduciario como administrador del fideicomiso, en razón de la obligación de ésta última de realizar todos los actos tendientes a la consecución de los fines para los cuales se constituyó el fideicomiso.

En el caso que nos ocupa, el demandante alega que la finalidad del Fideicomiso (demandante), constituido mediante testamento es con un fin de utilidad pública, pues busca obtener fondos o ingresos para beneficiar al Asilo Sara Zaldívar, quien es una entidad no lucrativa, dependencia del Instituto Salvadoreño de Rehabilitación de Inválidos, quien se encuentra exento del pago del Impuesto sobre la Renta, y quién además sufriría la carga del referido impuesto.

De tal alegación se considera que efectivamente el fideicomiso en referencia fue constituido mediante testamento otorgado por el señor [...], el veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, a favor primeramente de la señora [...] y el Instituto Salvadoreño de Rehabilitación de Inválidos, y modificado por el testador el nueve de febrero de mil novecientos ochenta y seis, en el cual hace constar el fallecimiento de la primera fideicomisaria, por lo que los beneficios del fideicomiso pasan en su totalidad al segundo fideicomisario siendo este el Instituto de Salvadoreño de Rehabilitación de Inválidos.

Por lo que de conformidad con el art. 6 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta y el art. 7 del Reglamento de dicha Ley, el fideicomiso en referencia solicitó ante la autoridad demandada la calificación de sujeto pasivo excluido de las obligaciones tributarias sustantivas del Impuesto Sobre la Renta, por considerar este que reúne los requisitos establecido en el art. 6 en referencia.

La citada disposición hace alusión en la parte final del literal c) a las Corporaciones y Fundaciones de Utilidad Pública, en ese sentido, tal y como se ha hecho referencia a la definición de Corporación y de Fundación, no son conceptos en los que puede ubicarse un fideicomiso, pues la naturaleza es distinta, aunque cabe aclarar que la finalidad para la

que fue constituido este, tal y como consta en la documentación agregada al proceso, es de asistencia social, caridad o beneficencia, de los mencionados en el concepto establecido en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, pues se estipuló que debería ser destinado para complementar en lo posible la alimentación de los ancianos del Asilo "Sara Zaldívar", el cual está adscrito al Instituto Salvadoreño de Rehabilitación de Inválidos.

Ahora bien, la autoridad demandada manifiesta en sus informes que a la luz de lo dispuesto en dicha disposición, el demandante no encaja dentro de la clasificación que la ley estima para ser considerado como una Corporación o Fundación de Utilidad Pública, pues el art. 7 del Reglamento de la mencionada ley, establece que para gozar del beneficio de la no sujeción de Impuesto Sobre la Renta es necesario que dichas corporaciones cumplan con ciertos requisitos, como los mencionados por esta última disposición, los cuales han sido determinados con el fin de comprobar que los ingresos que se obtengan y el patrimonio que dispongan dichas entidades se destinen exclusivamente a los fines de la misma y no entre los miembros que la integran.

Además que las Corporaciones y Fundaciones de Utilidad Pública para que puedan operar legalmente, deben estar constituidas en virtud de una ley o de un Decreto del Órgano Ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 540 numeral 1º) y 541 del Código Civil.

Por lo que considera que de conformidad con el art. 5 literal b) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, los fideicomisos son sujetos pasivos ya que realizan el hecho generador.

Lo anterior no es concordante con lo resuelto en el acto impugnado del veintiuno de abril de dos mil cuatro, la cual en lo esencial estableció que el art. 6 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta señala como sujetos excluidos de pago del citado impuesto a las Corporaciones y Fundaciones de Utilidad Pública, pero condiciona la no sujeción de estas dos últimas entidades a la calificación previa de esa Dirección General, y que tales entidades se considerarán de utilidad pública si además de ser no lucrativas se constituyen con fines de asistencia social, que los ingresos que obtengan y su patrimonio se destinen exclusivamente a los fines de la institución y en ningún caso se distribuyan directa o indirectamente entre los miembros que la integran, para lo cual deben anexar a la petición la documentación que establece el art. 7 del Reglamento antes mencionado, y que además el art. 5 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta en forma expresa lo señala como sujeto obligado o contribuyente y no los excluye de tal calidad.

Por lo que las citadas disposiciones le facultan a esa oficina para calificar la "no sujeción al pago del impuesto", mas no le concede la potestad legal para determinar la calidad de "utilidad pública" de tales entidades.

De la resolución impugnada y de los informes de la autoridad demandada se deduce que no fue otorgada la calificación en primer lugar porque no le es aplicable el art. 6 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, sino el art. 5 de dicho cuerpo normativo, por ser este un fideicomiso, quien además es señalado como sujeto pasivo de la obligación en esta última disposición, y en segundo lugar por no haber anexado a su petición la documentación que establece el art. 7 del Reglamento de dicha ley.

Al respecto, consta tanto en el proceso como en el expediente administrativo la documentación adjunta al escrito de solicitud de calificación de la demandante presentado el veintiséis de marzo de dos mil cuatro, los cuales consisten tanto en el testamento mediante el cual se constituyó tal como ha sido relacionado en párrafos anteriores de esta Sentencia, así como la modificación al mismo y las correspondientes escrituras de traspaso de los bienes a favor del Banco Agrícola, S.A., en calidad de fiduciario, en sustitución del Banco Capitalizador, S.A. a quien originalmente se determinó en tal calidad.

CALIFICACIÓN DE LA NO SUJECCIÓN DE UNA ENTIDAD DE UTILIDAD PÚBLICA

Lo anterior demuestra la constitución del Fideicomiso [demandante], el cual efectivamente fue con los fines señalados en el art. 6 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, es decir con fines no lucrativos y de asistencia social, pues fue otorgado con la finalidad de llevar alimentación al referido asilo, el cual según su constitución es dependencia del Instituto Salvadoreño de Rehabilitación de Inválidos, entidad eminentemente de utilidad pública, y además exenta de todo pago de impuestos, en razón de los servicios que brinda, quien en definitiva sería la que soportaría la carga impositiva, que se deducirá del fideicomiso otorgado por la voluntad del testador quien lo otorgó con un fin específico, dicha entidad ha sido creada mediante la ley respectiva por lo que es en base a tales antecedentes que deberá la Administración Tributaria ejercer la supervisión de los fines que hace mención la disposición en discusión, y no en razón de la persona que administra el fideicomiso que tal como la doctrina le denomina es la figura del Fiduciario que en este caso se designó al banco demandante, quien no tiene la propiedad absoluta de los bienes que comprenden el Fideicomiso, pues éste es

únicamente el administrador del mismo, servicio por el cual recibe una remuneración de lo cual está obligado por ley al pago del Impuesto que corresponda por dicho ingreso.

En ese sentido esta Sala es del criterio que se debe atender a la finalidad para la cual fue constituido el Fideicomiso en discusión y no en la figura del fiduciario como tal, y no es aceptable el hecho de denegar una calificación en razón de atenderse a la figura que representa el demandante dentro del Fideicomiso.

Ahora bien, la autoridad demandada alega que no posee facultades para calificar la utilidad pública de una Corporación o Fundación de esta naturaleza, lo cual esta Sala es del criterio que no es ello lo que el legislador quiso encomendar a la Administración Tributaria, sino el hecho de que para el otorgamiento de la calificación previa, se debía de tomar en consideración los fines de la entidad que lo solicita, pues por ello le da también facultades para revocar la misma, al comprobarse que se han dejado de llenar las exigencias anteriores como son, no ser lucrativa, y tener fines de asistencia social entre otras, en ese sentido, no es aceptable la alegación de la autoridad demandada, ya que precisamente para otorgar la calificación de la no sujeción de una entidad de utilidad pública, debe considerar objetivamente los parámetros que señala la ley aplicable, y no únicamente señalar que el fideicomiso no encaja en dicha norma, como se manifiesta, pues para ello debió motivar la resolución con las razones de hecho y de derecho que ampararan la misma, en ese sentido es de tomar en consideración lo que la Sala de lo Constitucional ha señalado en relación a la garantía de audiencia:

"Para que el proceso sea constitucionalmente adecuado, entre otras cosas, es necesario que se respete, integralmente, el derecho de audiencia, cuyo contenido esencial radica en que la privación de derechos -para ser válida constitucionalmente- necesariamente debe ser precedida de un proceso o procedimiento conforme a la ley -inclusive si en la ley secundaria no se establece procedimiento alguno-, tal remisión a la ley no supone que sea de una manera plena, ilimitada y absoluta a la legislación secundaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la sujeción a la ley supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende desde luego a la Constitución. Lo anterior no significa que cualquier infracción procesal o procedimental suponga o implique por sí violación constitucional, pero sí exige que se respete el contenido esencial del derecho de audiencia, es decir, que antes de privar de un derecho a la persona, debe establecerse la causas para hacerlo y el procedimiento a seguir, en el que se conceda al gobernado la oportunidad de ser escuchado en su defensa, porque de lo contrario se estaría vulnerando el derecho de audiencia.

Desde esa perspectiva, la exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso o procedimiento la posibilidad de exponer sus razonamientos y de defender sus derechos de manera plena y amplia, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, constituyen circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia.

Al respecto la Sala de lo Constitucional ha afirmado que existe violación al derecho constitucional de audiencia cuando el afectado por la decisión estatal no ha tenido la oportunidad real de defensa, privándole de un derecho sin el correspondiente proceso o procedimiento, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades esenciales - procesales o procedimentales- establecidas en las leyes que desarrollan el derecho de audiencia.

En el caso de autos, la Ley del Impuesto Sobre la Renta no ha determinado el procedimiento a seguir para el otorgamiento de la calificación en referencia, pero se desprende del tenor del inciso segundo del art. 6 de dicho cuerpo normativo, no encomienda a la autoridad tributaria la competencia para calificar de utilidad pública sino para otorgar la calificación a aquéllas entidades señaladas en la parte final del literal c) que son las Corporaciones y Fundaciones de Utilidad Pública.

En vista de ello, no es exigible a la autoridad tributaria llevar a cabo un procedimiento no definido por la ley, y no es procedente determinarlo en un reglamento si no existe la remisión expresa al mismo, desde la ley formal, como tantas veces esta Sala lo ha advertido, no así es dable reconocer que la Administración para verificar que tales fines los llena la entidad solicitante de la calificación, puede requerir la documentación necesaria a fin de cumplir con la potestad otorgada por el legislador.

En ese sentido es permitido lo establecido por el art. 7 del Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, para tales efectos, pero no es posible restringir de un derecho como el otorgado mediante la exclusión de calidad de sujeto pasivo, pues es en aras de retribuir la función social realizada por las entidades en la ley mencionada.

De lo antes expuesto esta Sala al examinar el expediente administrativo no encontró constancia que denote alguna oportunidad al demandante a fin que se pudiera defender, en vista a que la ley no determina la oportunidad procesal de efectuarlo, la Administración Tributaria como garante de la constitucionalidad, podía considerar la posibilidad de oír a este, a fin que probara la utilidad pública que se discute, mediante la documentación que estimare necesaria, y no emitir una resolución carente de motivación, cuando el demandante relacionó e invocó en su escrito de solicitud, el antecedente en cuanto a la

calificación otorgada a otro fideicomiso a quien se le declaró sujeto pasivo excluido de la obligación tributaria.

A ese respecto conviene referirnos a la segunda de las pretensiones de la parte actora como es el hecho que no se le dio un trato igual en comparación al caso invocado como similar, con lo cual se le violentó su derecho a la seguridad jurídica al haberse efectuado una interpretación restrictiva de su derecho de propiedad, lo cual trataremos bajo los siguientes aspectos.

SEGURIDAD JURÍDICA IGUALDAD EN LA CALIFICACION DE EXCLUSIÓN DE SUJETO PASIVO.

De la Seguridad Jurídica

La Seguridad Jurídica constituye un derecho fundamental que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado, entendido como un deber de naturaleza positiva, traducido no en un mero respeto o abstención, sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico, a fin de que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida, esto quiere decir que los gobernados tengan un goce efectivo y cabal de sus derechos. La Seguridad Jurídica implica una actitud de confianza en el derecho vigente y una razonable previsibilidad sobre su futuro, es la que permite prever las consecuencias de las acciones del hombre así como las garantías de orden constitucional de que gozan tales actos. En consonancia con lo anterior, por *seguridad jurídica* debe entenderse *la certeza que posee el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridad competente, ambos establecidos previamente.*

Entonces, el tratamiento otorgado al principio de Seguridad Jurídica, en la calificación que se otorga a las Corporaciones y Fundaciones de Utilidad Pública, lleva implícito la consideración que estas sean constituidas con fines de asistencia social entre otros, por lo que la no sujeción de las mismas a la obligación tributaria, en primer lugar conlleva a un fin normalmente de beneficencia, el cual el Estado ha considerado otorgarle dicho derecho en razón de tales fines y no por otra circunstancia, por lo tanto es en base a ello y no a otro aspecto que deberá otorgarse la calificación en comento.

Del Derecho de Igualdad

La igualdad es otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional que deriva del Principio de Igualdad, que impide los tratamientos de favor por parte de la autoridad administrativa en relación con los administrados.

Hay igualdad cuando se toman las mismas medidas en condiciones parecidas o análogas; por el contrario, hay desigualdad y parcialidad cuando en las mismas condiciones se niega a un administrado lo que se ha concedido a otro.

El Principio de Igualdad, de rango constitucional (art. 8) y aplicable a todas las actuaciones de la Administración, es límite del poder discrecional, el ejercicio de éste debe ajustar a las exigencias de dicho principio. Por ello se ha hablado de la irracionalidad de la desigualdad, cuando la actividad administrativa ha dado tratamientos distintos a supuestos en esencia idénticos.

La aplicación del principio de igualdad tiene varias posibilidades, entre éstas, especialmente, la llamada vinculación del precedente. En efecto, la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias semejantes, viola el principio de igualdad. La Administración, ante supuestos idénticos, debe decidir de manera idéntica. Sin embargo, el precedente no vincula a la Administración con el rango de fuente del derecho. *Roberto Dromi "Derecho Administrativo", Edit. de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2006.*

Consta en el expediente administrativo a folio 116 la resolución mediante la cual la autoridad demandada otorgó calificación en cuanto a declarar a un fideicomiso constituido mediante escritura pública de testamento, el cual tenía fines de beneficencia destinados a un Asilo de Ancianos.

Asimismo se observa en dicho acto administrativo que en una primera ocasión fue declarado sin lugar la solicitud del administrado por no haber proporcionado en forma oportuna los elementos de juicio pertinente, los cuales no se detallan en dicho acto.

Además se observa que en la parte final de la resolución en comento se realizó una prevención al administrado calificado mediante la misma, en cuanto a la obligación de informar ciertas actuaciones del mismo, lo cual es un indicativo que la Administración Tributaria en la aplicación de la ley, pese a que esta no otorga un procedimiento para dicha facultad, tiene a bien hacer del conocimiento del administrado algunas advertencias mediante la figura de la prevención.

En ese sentido, lo antes señalado, deberá enmarcarse en el caso de autos a fin de determinar si es o no aplicable un tratamiento igual al caso cuyo antecedente ha señalado por la parte actora como similares, y del cual exige su cumplimiento en base a su Derecho de Igualdad.

En vista que la autoridad demandada en sus informes no ha señalado los elementos tanto de hecho como derecho para identificar si existe o no la analogía de ambos pasos, para otorgar un tratamiento tributario equiparado en la garantía de igualdad, pues únicamente ha manifestado que los casos no son iguales, sin dar las razones de su apreciación al respecto, esta Sala lo estimara en base a la documentación agregada tanto al proceso como al expediente administrativo.

De la documentación que la parte demandante ha agregado al proceso se tiene que el fideicomiso ha sido constituido mediante testamento, al igual que el caso invocado (folio 116 del expediente administrativo), por lo que en base a su creación se encuentran en igualdad de condiciones.

Ahora bien, en relación a la finalidad que ambos persiguen se tiene que el fideicomiso demandante fue otorgado con el fin de procurar principalmente que se complemente en lo posible la alimentación de los ancianos del Asilo "Sara Zaldívar", el cual está adscrito al Instituto Salvadoreño de Rehabilitación de Inválidos, debiendo destinarse los rendimientos del mismo a dicho fideicomisario.

En relación al fideicomiso invocado por el demandante como caso similar, no consta documentación que compruebe su finalidad pero la autoridad manifiesta que tuvo a la vista la misma, relacionando en el acto que emite, que el fideicomiso fue constituido mediante Escritura Pública de Fideicomiso Testamentario, y que tiene fines de beneficencia destinados al Asilo de Ancianos San Vicente de Paúl, entre otros.

En ese sentido, esta Sala considera que ambas finalidades son similares, por lo que el trato en cuanto a la apreciación de la documentación presentada y a la estimación de la utilidad pública que demuestran los mismos, debe entonces, otorgarse igual tratamiento en el caso de fideicomiso demandante, lo cual se observa que no se realizó, por lo que efectivamente se considera que existe violación al derecho a la igualdad regulada en el art. 8 de la Constitución de la República.

De la Motivación de los Actos Administrativos

En reiteradas ocasiones esta Sala ha manifestado que el acto administrativo está configurado por una serie de elementos -objetivos, subjetivos y formales- que deben

concurrir en debida forma para que el acto se constituya válido. La doctrina establece que basta la concurrencia de vicios en uno de los elementos para que el acto como tal se torne ilegal.

Uno de los elementos objetivos del acto es su motivación, cuya función, como señala García-Trevijano Fos, es esencial, pues *permite desenmascarar un posible vicio de desviación de poder*. Este elemento es una consecuencia del Principio de Legalidad que rige a la Administración, que requiere de una norma habilitante para toda su actuación.

La motivación del acto administrativo exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y de Derecho que le determinaron a adoptar su decisión. La *Ratio essendi* de la motivación permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable. La doctrina coincide en otorgar a la motivación como principales finalidades: desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado que podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que se funda. Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del *criterio de decisión* que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido.

"La motivación del acto aclara y facilita la recta interpretación de su sentido y alcance, por constituir un elemento esencial del mismo".

El acto administrativo, ya sea que su emisión corresponda a una actividad reglada o discrecional, debe siempre basarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de emitirse; de lo contrario, estaría viciado por falta de causa o motivo. La causa o motivo constituye un elemento esencial del acto administrativo.

Por tratarse de una enunciación de los hechos que la Administración ha tomado en cuenta para la emisión de su voluntad, constituye un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto.

La motivación como una exigencia del Estado de Derecho, es exigible como principio en todos los actos administrativos, y por ello debe ser una auténtica y satisfactoria explicación de las razones de emisión del acto. No se trata de un mero escrúpulo formalista, ni tampoco se admite una fabricación ad-hoc de los motivos del acto. Pues con ella no se busca establecer formas por las formas mismas, sino preservar valores sustantivos lo cual constituye una necesidad tendiente a la observancia al principio de legalidad en la actuación de la Administración, lo cual se traduce en una protección de los

derechos individuales de los administrados, ya que de su cumplimiento depende que éste pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto.

En principio, todo acto administrativo debe ser motivado. La falta de motivación implica no solo vicio de forma, sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad.

Serán motivados, con explicación de las razones de hecho y de derecho que los fundamenten, los actos que: a) decidan sobre derechos subjetivos, concursos, licitaciones y contrataciones directas; b) resuelvan peticiones, recursos y reclamaciones.

Por regla general es que la motivación no puede sanearse; la excepción, que el acto puede ser tardíamente motivado, caso en el cual su vicio queda saneado. Así, se sostiene que la finalidad de la motivación: "...es la de facilitar a los interesados el conocimiento de las razones por las que se legitima su derecho y permitir asimismo la posterior fiscalización de la legitimidad del acto por los tribunales de justicia..."; "...la motivación cumple, por tanto, una función informativa, consistente en identificar inequívocamente, y trasladar al interesado y potencial recurrente, el fundamento jurídico y fáctico de la decisión, a fin de que pueda ser oportunamente contestado...". (Marcos M. Fernando Pablo: La Motivación del Acto Administrativo. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1993). El incumplimiento de la obligación de motivar adquiere connotación constitucional, por cuanto su inobservancia incide negativamente en la *seguridad jurídica* en un proceso o procedimiento, en el sentido que al no exponerse la argumentación que fundamente los proveídos de la autoridad, no pueden los gobernados observar el sometimiento de los funcionarios a la ley, ni permite el ejercicio de los medios de defensa, especialmente el control a posteriori por la vía del recurso. (Sentencia de Amparo número 988-2002 de las quince horas y once minutos del día nueve de junio de dos mil tres).

La obligación de motivar la resolución no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad de la autoridad, sino que deben exteriorizarse los razonamientos que cimientan la decisión de los funcionarios, debiendo ser lo suficientemente clara para que sea comprendida por aquel a quien va dirigida.

En el caso bajo estudio, el Fideicomiso [demandante], solicitó de conformidad con el artículo 6 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, la calificación de sujeto pasivo excluido del pago de la obligación tributaria de que trata dicha ley, en la cual se citó como caso análogo otro fideicomiso constituido con finalidad de utilidad pública, al cual se le otorgó dicha calidad con la única condición que los fines para el cual fue constituido se

mantuvieren inalterables, manifiesto éste que se daban los mismos elementos que el caso del demandante.

La autoridad demandada manifiesta que ambos casos no son iguales pues no se trata de lo regulado por el art. 6 de la ley del Impuesto Sobre la Renta, pero no motivó sus razones para determinar tanto la falta de similitud de ambos casos, así como motivar la razón por la que aun teniendo la finalidad de utilidad pública el fideicomiso demandante según los documentos anexos a la solicitud, no le fue otorgada la calificación, por lo que siendo necesario conocer las razones de la decisión de la Administración, y no haber sido plasmadas en el acto impugnado, se considera que se ha dejado de cumplir el requisito de la motivación en las actuaciones administrativas.

La Administración, no solo violentó la Seguridad Jurídica del demandante al no tomar las mismas consideraciones en casos iguales, sino que además emite una resolución carente de motivación, al no justificar la razón del trato distinto, y se limita a manifestar que no es aplicable, sin detallar las razones de hecho y de derecho bajo las cuales sienta su criterio.

Por todo lo expuesto esta Sala concluye que la resolución impugnada es ilegal y así debe declararse."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 85-F-2004 de fecha 02/10/2009)

CALIFICACIÓN TÉCNICA EN EL PROCESO DE LICITACIÓN

EVALUACIÓN DE LA SOCIEDAD OFERTANTE

"a) Vulneración del Principio de Legalidad

El Principio de legalidad se constituye como uno de los pilares básicos del Derecho administrativo, el cual vincula la actividad de todas las personas entre sí y con el Estado. En el Salvador, por mandato de la Constitución, la Administración Pública se encuentra regida por el Principio de legalidad en una vinculación positiva, en vista que nuestra Carta Magna prescribe en el artículo 86 *in fine* que: "*Los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley*".

En consecuencia, la Administración sólo puede actuar cuando la Ley la faculte, de tal suerte que toda acción administrativa se nos presenta como un poder atribuido previamente por la ley y, consecuentemente, construido y delimitado por la misma.

La sociedad actora aduce que en el presente caso existe una manifiesta violación al Principio de legalidad, ya que el Consejo Directivo del ISSS interpretó abusivamente las bases de la licitación, básicamente porque se apartó de lo previsto en ellas e interpretó los hechos en contra de la ley del referido contrato. En contraposición a tal argumento, la Autoridad demandada sostiene que si bien es cierto que [la actora] ofertó los precios más bajos, dicha sociedad no cumplió con la evaluación técnica prevista en las bases de licitación, ya que debía acreditar la documentación requerida en el apartado 2.3 y tal como se comprueba en el expediente administrativo no lo hizo, por lo tanto no era procedente adjudicarle la licitación en cuanto a los códigos ofertados.

(i) De la Licitación pública y de sus bases

En términos generales podemos aseverar que la licitación se entiende como un procedimiento administrativo de selección, por medio de la cual se elige y acepta la oferta más ventajosa —una vez analizadas las propuestas de los licitantes— entre todas las que cumplen con los requerimientos esenciales técnicos previstos para dicho caso. De tal suerte que, se está frente a un procedimiento de preparación de la voluntad contractual, que finaliza con un acto de la Administración Pública mediante el que se determina y acepta la propuesta más ventajosa, habilitando la futura celebración del contrato.

Respecto a tal procedimiento, la Ley de Adjudicaciones y Contrataciones de la Administración Pública establece lo siguiente: "*Art. 43.- Previo a toda licitación o todo concurso, deberán elaborarse las bases correspondientes, las que sin perjuicio de las Leyes o Reglamentos aplicables, constituyen el instrumento particular que regulará a la contratación específica. Las bases deberán redactarse en forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan en detalle el objeto de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos y armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones*". De lo prescrito se colige que, la Administración Pública al seguir un proceso de licitación debe actuar con estricta observancia de la normativa aplicable y, asimismo, de las bases de licitación.

En lo concerniente al valor jurídico que se le otorga a las referidas bases de licitación, o como se les denomina en la doctrina "pliego de condiciones", podemos afirmar que tienen un carácter normativo. En dichas bases se contienen tanto las condiciones del

contrato a celebrar, así como las reglas del procedimiento de la licitación; las primeras tienen su origen en las necesidades mediatas e inmediatas que se pretenden llenar por la Administración, son fijadas unilateralmente por ésta. En tal sentido, las bases de licitación configuran el instrumento jurídico que fija los extremos contractuales y procedimentales de la licitación, entre ellos su objeto y las condiciones para ser admitido, es decir, que es el programa precontractual en el que se formulan cláusulas específicas dictadas unilateralmente por la Administración, siendo de alcance general y particular dependiendo de su contenido.

Al tocar el tema del contenido esencial de las bases, partimos de lo previsto en el artículo 44 de la Ley de la materia y advertimos que tales bases por regla general abarcan cuatro líneas esenciales de contenido: el elemento objetivo del contrato, que delimita la razón de ser de la contratación; los requisitos atinentes al elemento subjetivo; los elementos obligatorios, por estar previstos en las leyes; y, el elemento formal, que atañe a un aspecto básicamente procedimental.

En primer lugar se identifica el objeto licitado, éste se define tanto cualitativa como cuantitativamente, mediante la enunciación de una serie de elementos que se ciñen a las necesidades de la Administración Pública —se trata de detallar lo máximo posible el objeto del contrato, es decir, la razón de ser del procedimiento licitatorio— tal como se constata por lo previsto en los literales a) y f) del artículo antes referido, que determinan: *"Las bases de licitación o de concurso contendrán por lo menos las indicaciones siguientes: a) Un encabezado conteniendo la identificación de la institución contratante, indicación de la UACI que aplicará el procedimiento, la forma y número de la licitación o del concurso, la clase de contrato y una breve descripción del objeto contractual; (...) f) La cantidad, especificaciones o características técnicas de las adquisiciones de las obras, bienes o servicios, sin hacer referencia en su caso a marcas de fábrica, números de catálogo o tipos de equipo de un determinado fabricante"*.

En segundo término se regulan las exigencias relacionadas con los sujetos, y no tanto en relación a las propuestas, se hace referencia a las condiciones jurídicas de habilitación que lleva inmersa la calificación de capacidad: la habilitación técnica y financiera como condiciones mínimas de un licitante frente a la potencial oferta. Dentro de este apartado puede identificarse lo previsto por la letra c) de la norma en análisis, que establece: *"c) Los requerimientos que deberán cumplir los ofertantes para participar, indicando los documentos probatorios que deberán acompañar con la oferta"*.

En tercer lugar, se sitúan las cláusulas obligatorias o prohibitivas, las cuales pueden tener un carácter expreso o implícito, dado que las mismas regularmente ya se encuentran

contenidas en disposiciones legales positivas, o resultan de la aplicación de los Principios generales del derecho y las directrices contractuales, un ejemplo de esto es lo previsto por los literales h) y w) de la disposición en comento, que prescriben respectivamente: *"h) La oferta del precio o valor en moneda nacional, o alternativamente en moneda extranjera de conformidad con lo establecido en Convenios Internacionales" y "w) Deberán presentar las solvencias de pago extendidas por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y por las respectivas Administradoras de Fondos de Pensiones, de las cotizaciones correspondientes, por lo menos, a los treinta días anteriores a aquel en el que se presente la oferta"*.

Finalmente, en las referidas bases se detallan una serie de actos y afectaciones procedimentales que deben ser observados por la Administración, entiéndase que éstas son las reglas a seguir para efectuar la adjudicación conforme a derecho, se incluyen dentro de esta categoría todos los actos que atañen al ejercicio de ciertos derechos y solemnidades a llenar por el carácter especial del objeto licitado; a manera de ejemplo puede citarse lo previsto por la letra k), del artículo relacionado, que reza de la siguiente forma: *"k) El lugar de presentación de ofertas y el día y hora en que terminará el plazo para presentarlas, así como el lugar, día y hora en que se procederá a su apertura. El plazo para presentarlas deberá ser razonable y establecerse, tomando en cuenta la complejidad de la obra, bien o servicio, pero en ningún caso podrá ser menor de 10 días hábiles"*.

(ii) Cumplimiento de requisitos en la Licitación número M-012/2003- P/2004

Al identificar en el caso examinado lo atinente a las bases de licitación, verificamos que en el Tomo 1/ de 4 del expediente administrativo, a folios 000058-000047, constan los Términos técnicos que regirán a la Licitación pública número M-012/2003-P/2004 sobre el "Suministro de Productos Biológicos y Vacunas", detallándose en el segundo apartado lo referente a la EVALUACIÓN TÉCNICA a que se someterán las ofertantes, siendo su interpretación y aplicación la génesis de la controversia entre las partes de este juicio.

El punto cuestionado de los Términos técnicos reza de la siguiente manera: *"La calificación que deberá obtener el ofertante, será del 100% para ser considerada en el proceso de recomendación y consideración de la propuesta económica. Y se evaluará de la siguiente manera: 2.1. PRODUCTOS PREVIAMENTE OFERTADOS Y CALIFICADOS: Los medicamentos ofertados y que previamente hayan sido notificados como ""CALIFICADOS"" se les ponderará con la nota 100% y deberá adjuntar a la oferta la notificación de calificación emitida por la UACI en Septiembre de 2003. 2.2 PRODUCTOS PREVIAMENTE OFERTADOS Y NO CALIFICADOS: Los medicamentos notificados como NO CALIFICADOS deberán adjuntar a su oferta los documentos reportados como pendientes a la fecha de notificación. 2.3 PRODUCTOS NO EVALUADOS PREVIAMENTE: Los medicamentos ofertados por primera vez*

o que no han sido sujetos al proceso de evaluación, con el fin de que sean sometidos a la evaluación técnica respectiva deberán presentar la documentación técnica con la oferta: ésta deberá ser ordenada por código y dentro de cada uno se deberá separar los documentos obligatorios y los específicos según el número de lista al que pertenece, de acuerdo al orden en los numerales 2.3.1 y 2.3.2".

El punto medular del debate se posiciona en la interpretación del referido apartado, ya que la sociedad demandante aduce que le aplica lo dispuesto en el 2.1, es decir, los **PRODUCTOS PREVIAMENTE OFERTADOS Y CALIFICADOS**; y, en contraposición, la Autoridad demandada señala que corresponde aplicar lo dispuesto por el 2.3, referido a los **PRODUCTOS NO EVALUADOS PREVIAMENTE**.

En primer orden se debe elucidar los alcances de la referida calificación: si la misma sólo atañe a los productos ofertados o, por el contrario, posee una doble vinculación que afecta tanto a los productos ofertados como a las sociedades participantes. Según lo expone la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, en el artículo 12, letra m), la calificación se instituye como una atribución a cargo de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional (UACI), siendo sus alcances precisados por la misma Ley, en los siguientes términos: *"Art. 27.- La Calificación consiste en seleccionar a los potenciales ofertantes de adquisiciones y contrataciones nacionales o extranjeros, para ser considerados elegibles y que puedan presentar sus ofertas (...) Para realizar la calificación, la UACI requerirá públicamente a todos los interesados para ser considerados como potenciales ofertantes, a que presenten la información indispensable"*.

De tal suerte que la calificación, en principio, está dirigida a evaluar a la sociedad ofertante y no a los productos ofertados, lo cual se constata en el caso en discusión cuando el punto 2 se advierte que *"La calificación que deberá obtener el ofertante, será del 100% para ser considerada en el proceso de recomendación y consideración de la propuesta económica"*. A su vez, se establecen tres categorías de ofertantes, en virtud de tal clasificación es imperativo que las Sociedades adjunten documentaciones diversas a sus ofertas, atendiendo a la situación y categoría en la que se encuentren en relación a la Institución. La primera clase, a la cual aduce la parte actora pertenecer, debía presentar junto con su oferta *"la notificación de calificación emitida por la UACI en Septiembre de 2003"*. La segunda categoría recoge los casos de aquellas empresas que han participado con medicamentos que ya han sido presentados, pero aún no han sido calificados y que por tal razón deberán adjuntar a su oferta los documentos reportados como pendientes a la fecha de notificación. En último lugar, la tercera categoría incluye los casos de sociedades que presenten ofertas donde figuren medicamentos que son ofrecidos por

primera vez o que no han sido sujetos de un anterior proceso de evaluación en dicha Institución.

De lo relacionado derivamos la conclusión que en los dos primeros supuestos existen notificaciones previas a las sociedades ofertantes, que denotan una relación existente entre Administración y ofertantes, mientras que en el tercer caso no se trasluce relación alguna entre la Administración y las sociedades participantes en la licitación. A lo cual debe sumarse que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 74 de la Ley de la materia, la Administración licitante tiene la obligación de notificar todo acto que afecte a derechos o intereses de los ofertantes y contratistas, dentro de un plazo de setenta y dos horas hábiles a partir de la provisión del acto.

En el caso sujeto a análisis, podemos advertir que según consta en el Tomo 3/ de 4 del expediente administrativo, a folios 0002108, la sociedad actora cuando presentó su oferta en sede administrativa expresó: *"Adjunto a la presente le enviamos copia de documento donde notifica que los códigos 100626 y 061310 como ""CALIFICADOS"". Por lo que ya fue presentada la información requerida para obtener su calificación"*. Sin embargo, resulta evidente que tal notificación iba referida a [...] y no a la sociedad demandante.

Aplicando las ideas antes expuestas al caso en particular, colegimos que si el requisito establecido en el apartado 2.1 de las Bases de licitación implica la presentación de una notificación específica (la efectuada a raíz de la resolución de la UACI de septiembre de dos mil tres), no puede ni debe entenderse que se cumple con el requisito al presentar una notificación efectuada a otra Sociedad —para el caso la efectuada a [...]— sino que la realizada a la sociedad ofertante que pretende acreditar la capacidad de cumplir con el objeto del contrato ante la Administración licitante (suministro de productos). Es decir, la notificación debía estar dirigida a [la demandante] para considerarse cumplido el presupuesto exigido por el referido apartado 2.1. Ahora bien, a pesar que ambas sociedades pertenecen a un mismo grupo, lo prescrito en la norma de referencia es claro al requerir tal requisito al ofertante en su calidad personal, y no a una Sociedad con la que se encuentre en relación. Recuérdese que se está calificando técnicamente a la sociedad en su carácter particular, no como parte de un conglomerado.

Es, pues, en tal hilo de acontecimientos y argumentaciones que se advierte que la parte actora no cumplió con lo prescrito en el artículo 2.3, apartado que era el aplicable a su situación frente a la Administración licitante, ya que reiteramos no entra en el supuesto previsto en el apartado 2.1 por los motivos antes referidos, entiéndase no existía en sus manos la notificación que le vinculaba directamente con la referida Administración.

Es, pues, por tal razón que esta Sala considera que no existe la violación al Principio de legalidad en los términos expuestos por la sociedad [demandante] en la demanda y, por consiguiente, no puede decretarse la ilegalidad de los actos controvertidos con fundamento en tal causa.

b) Violación del Derecho de petición, por falta de motivación

La parte actora afirma la existencia de una violación a su derecho de petición porque el Consejo Directivo del ISSS no justificó las razones por las cuales no le adjudicó la licitación en los códigos ofertados, a pesar de haber presentado la mejor oferta económica y, además, no señaló los motivos por los que desestimó el recurso de revisión interpuesto en relación a los medicamentos identificados bajo los códigos 060310 y 160626.

Los alcances del derecho de petición y respuesta están sentados por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, en el sentido que: *"respecto al derecho de petición contenido en el artículo 18 de la Constitución, que éste se refiere a la facultad que asiste a las personas –naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras– para dirigirse a las autoridades públicas formulando una solicitud por escrito y de manera decorosa (...) Debe destacarse que, como correlativo al ejercicio de esta categoría, se exige a los funcionarios estatales responder las solicitudes que se les planteen, y que dicha contestación no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición, sino que la autoridad correspondiente debe resolverla conforme a las facultades que legalmente le han sido conferidas en forma congruente y oportuna, y hacerlas saber. Ello no significa que tal resolución deba ser necesariamente favorable a lo pedido, sino solamente la de dar la correspondiente respuesta. En ese sentido, las autoridades legalmente instituidas, quienes en algún momento sean requeridas por determinado asunto, **tienen la obligación de resolver lo solicitado de manera motivada y fundada**, siendo necesario que, además, comuniquen lo resuelto al interesado"* (Sentencia de Amparo referencia 668-2006, pronunciada a las nueve horas y cincuenta y ocho minutos del día cinco de enero de dos mil nueve, las negritas son nuestras).

De lo anterior se puede colegir que, la motivación se reconoce como un elemento esencial del acto administrativo, ya que éste sirve de medio para que el administrado conozca las circunstancias fácticas y jurídicas que inciden en la emisión del acto, y cuya correcta articulación soporta la legalidad del mismo. La referida motivación, es decir, las razones de hecho y de derecho que dan origen a su emisión, aclaran el sentido del mismo y la doctrina acepta la tesis que dicha motivación pueda ser previa, ello ocurre cuando se invocan —en el contenido del mismo— informes o dictámenes, los cuales fueron tomados en cuenta para emitir la decisión y que son del conocimiento del administrado.

Esta Sala advierte que, en cuanto a la motivación del primer acto, el Consejo Directivo del ISSS determinó la procedencia de la adjudicación de la licitación por el informe emitido por la Comisión Evaluadora de Ofertas; lo cual se constata del texto del acto en análisis, que en lo pertinente señala: [...]. Es, pues, con fundamento en dicho informe que el referido Consejo Directivo acuerda por unanimidad adjudicar la licitación pública número [...]a las empresas detalladas en el acta de recomendación presentada por la UACI;

El segundo acto cuestionado tiene su origen en la interposición del recurso de revisión ante el Consejo Directivo del ISSS, por la sociedad demandante, y las causas en las que sustenta al mismo se extraen de la literalidad del texto de la decisión controvertida: *"El Consejo Directivo después de conocer en Puntos de la Dirección General y TOMANDO EN CONSIDERACIÓN EL ACTA DE RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE ALTO NIVEL, NOMBRADA PARA ANALIZAR LOS RECURSOS DE REVISIÓN QUE SE INTERPONGAN CONTRA EL REFERIDO CONSEJO DIRECTIVO, SE ENCUENTRA EL PRESENTADO POR [...] RECURSO QUE FUNDAMENTÓ EN DIFERENTES ASPECTOS, Y EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL, ART. 78 DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SE ADVIERTE QUE: PRIMERO, LA CALIFICACION QUE LA UACI EFECTÚA Y REGISTRA EN SUS ARCHIVOS ES POR PRODUCTO Y POR SUMINISTRANTE; Y SEGUNDO, LA RECURRENTE OFERTÓ LOS CITADOS CÓDIGOS A MENOR PRECIO QUE LOS ADJUDICADOS, SIN EMBARGO, NO ES PROCEDENTE SU ADJUDICACIÓN POR NO CUMPLIR CON LA EVALUACIÓN TÉCNICA EN EL CÓDIGO 060310; Y EN EL CASO DEL CÓDIGO 160626 POR NO CUMPLIR TAMBIÉN CON LA EVALUACIÓN TÉCNICA NI CON LOS TÉRMINOS TÉCNICOS DE LA BASE DE LICITACIÓN".*

De lo anterior se entiende que el Consejo Directivo del ISSS, después analizar los argumentos de la sociedad demandante, desestimó el recurso al convencerse que no podía adjudicársele la Licitación a la demandante por la falta de cumplimiento de los términos técnicos de las bases de la misma. En dicho acto se retoman los datos proveídos en el acto recurrido y, además, las consideraciones de la Comisión Especial de Alto Nivel para ratificar la decisión previamente adoptada. Es decir, se determinan claramente — aunque no extensamente— las causas por las que no se adjudica a la parte actora la licitación en los códigos ofertados. La [demandante], en el líbello de la demanda, aseveró que la parte demandada interpretó errónea y abusivamente los términos técnicos de las Bases de licitación, ya que no le aplicó lo dispuesto por el apartado de las mismas.

Parte de la teleología de la motivación, cómo elemento esencial del acto, atañe al papel que tiene de hacer del conocimiento del administrado las causas de la decisión adoptada por la Administración competente para resolver de su asunto; en el presente caso, el

Consejo Directivo pone en conocimiento de la parte actora que la decisión estaba justificada en el hecho que ella no cumplió con los requerimientos técnicos establecidos por las Bases de licitación. De ahí, que la demandante asevere que la Autoridad demandada da una interpretación, al apartado 2 de las referidas Bases, contraria a sus intereses. Por tanto, la dé la motivación se cumple y no existe en los referidos actos la deficiencia advertida por la demandante al inicio de este proceso.

En atención a lo relacionado, esta Sala concluye que los actos controvertidos están debidamente motivados y no adolecen de ilegalidad por el motivo examinado en este apartado, ya que su fundamento fáctico y jurídico está vinculado a los datos analizados y proveídos por ambas partes, en lo previsto por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y, además, en las Bases de la Licitación pública número M-012/2003-P/2004 sobre el "Suministro de Productos Biológicos y Vacunas".

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 339-C-2004 de fecha 30/10/2009)

CARRERA DOCENTE: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La demandante promueve el presente proceso contencioso administrativo contra la resolución emitida por la Junta de la Carrera Docente en la que se resolvió sancionarla con amonestación escrita por atribuirle la falta menos grave consistente en negligencia en el desempeño de sus labores y con suspensión sin goce de sueldo por un periodo de diez días, y por la comisión de falta grave consistente en proferir expresiones o cometer actos irrespetuosos en contra de sus educandos; y contra resolución emitida por el Tribunal de la Carrera Docente, por medio de la cual se confirmó la resolución recurrida y se declaró ilegal la alzada.

El actor hace recaer la ilegalidad de tales resoluciones, alegando violación al debido proceso, artículos 15 de la Constitución de la República y 84 numeral 3 de la Ley de la Carrera Docente.

Debido a que en el presente caso el segundo de los actos que se impugna es el resultado de un "recurso de hecho" interpuesto en base al artículo 1028 del Código de Procedimientos Civiles, y ya que la Junta de la Carrera Docente, en adelante la Junta ha

alegado falta de agotamiento de la vía administrativa pues señala que para hacerlo debió interponer tanto el recurso de revisión como el de apelación establecidos en el artículo 85 de la referida Ley, este Tribunal previo a analizar el fondo de los actos impugnados, realizará un análisis de la forma en que la vía administrativa fue agotada y establecer así si se cumplió con dicho presupuesto para el ejercicio de la acción contencioso administrativa.

AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

Este Tribunal ha señalado en anteriores fallos que la Ley de la Carrera Docente, en el Capítulo X, "PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICION DE SANCIONES", Sección C, artículo 85, prevé que de las sentencias definitivas proveídas por las Juntas de la Carrera Docente, los interesados podrán interponer: a) recurso de revocatoria ante la misma Junta que emitió el acto que se refuta, para luego -si el resultado no le es satisfactorio- proceder a interponer el recurso de apelación ante el Tribunal de la Carrera Docente; y b) obviar el primero de los recursos e interponer directamente el de apelación.

En cualquiera de los casos, el fallo emitido por el Tribunal de la Carrera Docente, vía incidente de apelación causa estado pues no admite otro recurso, y por el contrario habilita a la parte que se considere agraviada con el mismo, a acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

Consecuentemente, el que la administrada haya optado por interponer únicamente el recurso de apelación, no implica la falta de agotamiento de la vía administrativa.

RECURSO DE HECHO

Este Tribunal en reiterados fallos ha estipulado que si bien es cierto el Tribunal de la Carrera Docente es competente para conocer de las apelaciones que se interponen contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Juntas Departamentales de la Carrera Docente, también lo es para conocer de los "recursos de hecho", en el caso que las referidas Juntas no admitan un recurso de apelación incoado en tiempo y forma.

(Sentencias referencia 205-M-01, de las ocho horas del día dos de octubre de dos mil tres; 79-E-02 de las doce horas y diez minutos del día dieciséis de febrero de dos mil cuatro).

Tal afirmación se fundamenta en:

El artículo 105 de la Ley de la Carrera Docente, la cual señala: "En todo lo no previsto en la presente ley, se aplicarán las normas del Derecho común".

El artículo 1028 del Código de Procedimientos Civiles que estatuye: "Negada la apelación por el Juez, debiendo haberse concedido, podrá el apelante presentarse al tribunal superior dentro de tres días contados desde el siguiente al de la notificación de la negativa, mas el término de la distancia, pidiendo que se le admita el recurso"; y

Lo señalado por la Sala de lo Constitucional, la cual vía amparo ha establecido que "El recurso de apelación constituye, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico una de las concreciones del derecho a recurrir. Posee para ello, en particular, la vía directa y la vía de hecho. Esta última se prevé como una vía subsidiaria en el caso que el tribunal rechace tal recurso indebidamente. Esta forma de proceder es lo que legal y erradamente se conoce como "recurso de hecho", pero que, a título correctivo debe decirse que es simple y llanamente una vía de hecho que no constituye más que el mismo recurso de apelación con esbozos cuantitativamente distintivos y cualitativamente semejantes" (Sentencia de Amparo referencia 194-99, del treinta de mayo de dos mil).

En el caso de autos del estudio de la documentación agregada al expediente administrativo llevado por las autoridades demandadas se establece: Que de la resolución emitida por la Junta, la demandante por medio de su apoderado, interpuso en tiempo y forma recurso de Apelación, el cual fue declarado improcedente por los miembros del referido Órgano colegiado, fundamentando su decisión en el hecho que dicho recurso fue presentado sin que al profesional que se apersonó como apoderado se le haya tenido por parte previamente.

Ante tal decisión la parte demandante interpuso recurso de hecho, el cual fue admitido por el Tribunal de la Carrera Docente, en el que se señaló que tal decisión que obedeció - tal y como el mismo órgano alega- a que desde la "óptica Constitucional" el aplicador de la justicia debe abstenerse de hacer interpretaciones restrictivas y evitar lesionar la seguridad jurídica. De ahí que conoció del recurso, lo tramitó y resolvió.

Lo anterior hace concluir a este Tribunal que la parte demandante agotó en debida forma la vía administrativa pues interpuso los recursos pertinentes en la forma prevista en la ley.

Determinado lo anterior se pasará a conocer el fondo de la pretensión respecto de los actos impugnados.

Es pertinente en este punto retomar los aspectos en los que fundamentaron su sentencia los miembros del Tribunal de la Carrera Docente, quienes confirmaron la sentencia de la Junta y declararon ilegal la alzada, fundamentando tal decisión en que: a) la Junta decidió correctamente declarar improcedente la alzada por falta de representación legal, y b) el recurso de apelación que fue interpuesto no expresa los fundamentos ni los motivos de los agravios alegados.

En relación a la falta de representación legal, la Administración Pública alega que el apoderado de la demandante, interpuso el recurso de apelación sin que se le hubiera notificado que se le tenía por parte.

Ante tal afirmación es pertinente aclarar, que dicha interpretación riñe con los principios constitucionales y legales que buscan otorgar al administrado los medios necesarios para la defensa de sus derechos y el acceso a la justicia. Debido a que ante una eventual falta de legitimación, el artículo 1273 del Código de Procedimientos Civiles establece la manera de proceder frente a tal deficiencia. No obstante, en el caso en estudio el referido profesional había comparecido en legal forma, así se constata del expediente administrativo, por lo que la falta de resolución respecto de su comparecencia es atribuible a la Junta y no es causal de inadmisibilidad del recurso interpuesto.

En cuanto a la falta de fundamentación del recurso, esto queda desvirtuado pues en el escrito de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante se observa que éste entre otros aspectos señaló que dicho recurso obedecía a la inconformidad de su mandante contra la sentencia de la Junta ya que la valoración que se hizo de la prueba aportada al procedimiento fue subjetiva causándole daño moral y económico a su mandante. Además, expresó que no se probó que su mandante no hubiese realizado el examen al educando, que dos testigos de descargo fueron unánimes y contestes al expresar que vieron al niño realizando el examen y que no se tomó en cuenta la prueba documental aportada.

Con lo anterior se comprueba que la parte actora si indicó los agravios que consideraba le causaba la sentencia emitida por la Junta, así como los motivos por los que estimó que tal resolución no estaba apegada a derecho.

En razón de lo apuntado la resolución emitida por el Tribunal de la Carrera Docente en la que se confirmó la resolución recurrida y se declaró ilegal la alzada no está apegada a derecho.

De los alegatos de las partes se establece la inconformidad de la demandante con la sentencia pronunciada por la Junta en la que se le amonestó por escrito por atribuírsele la falta menos grave contemplada en el artículo 54 numeral 2 de la Ley de la Carrera Docente, consistente en negligencia en el desempeño de labores y suspensión sin goce de sueldo por un periodo de diez días por la comisión de la falta grave consistente en proferir expresiones o cometer actos irrespetuosos en contra de sus educandos.

Esta Sala ha examinado el acta de deposición de testigos que consta agregada al expediente administrativo, así como, la documentación que se presentó en el procedimiento llegando a determinar que:

a) Respecto a la falta menos grave contemplada en el artículo 54 numeral 2 de la Ley de la Carrera Docente, consistente en negligencia en el desempeño de labores:

En el fallo de la Junta se enfatizó que "no se establece si efectivamente la profesora [...], realizó o no el examen al menor [...], y si le dijo o no que tenía cero de nota" en razón de lo cual concluyeron que la denunciada no desvirtuó completamente las faltas que se le atribuían.

De lo apuntado se establece que ante la duda de si se había cometido la falta, la Junta decidió desechar por completo la prueba testimonial de descargo y declarar culpable a la denunciada.

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Así las cosas, es pertinente señalar que la valoración que se efectúe de la prueba presentada en un procedimiento sancionador, debe ajustarse a la lógica y a un criterio racional, en tal sentido la Administración está obligada a realizar una actividad probatoria tendiente a esclarecer los puntos en cuestión, de tal suerte que los resultados del análisis no lesionen el derecho de presunción de inocencia del administrado.

La jurisprudencia reiteradamente ha dicho respecto de la valoración de la prueba que se produce un error de derecho en la apreciación de la misma cuando el juzgador aprecia incorrectamente una prueba, dándole un valor distinto al que le asigna la ley, negándole todo valor, desestimando una prueba producida, aplicando incorrectamente el sistema preferencial de pruebas que establece la legislación procesal, o cuando la apreciación de

la prueba efectuada por el juzgador ha sido arbitraria, abusiva o absurda; todo en relación con el sistema de prueba tasada.

En el caso de autos, como se ha sostenido supra, no se estableció si efectivamente la denunciada, realizó o no el examen al menor y si le dijo o no que tenía cero de nota, según se expresa en el fallo de la Junta. Ante los anteriores hechos es pertinente señalar que para condenar y sancionar se exige la certeza de la culpabilidad obtenida en la valoración de la prueba existente, por ende la aplicación de una sanción solo puede estar fundada en la seguridad de la existencia de un hecho sancionable, a contrario sensu, la falta de certeza imposibilita a la Administración a destruir la presunción de inocencia que por ley ampara al denunciado, por lo que no puede sancionársele.

En conclusión es evidente que la Junta violentó el Derecho de Presunción de Inocencia de la demandante, pues ante la falta de certeza del cometimiento del ilícito administrativo, no debía sancionársele. En razón de ello la amonestación realizada deviene en ilegal.

b) Con respecto a la atribución de la falta grave regulada en el artículo 55 numeral 3 de la Ley de la Carrera Docente, que en lo pertinente señala "Son faltas graves (...) 3. Proferir expresiones o cometer actos irrespetuosos en contra de sus (...) educandos, (...) dentro de los centros educativos y lugares de trabajo o fuera de éstos, cuando el educador se encontrare en el ejercicio de sus funciones".

Esta Sala debe destacar en primer lugar que el tipo de falta se refiere a las palabras, frases, enunciados o acciones desmesuradas que atenten contra la dignidad del interlocutor, la persona contra quien van dirigidas, o aquellas ante quienes se profesan.

En el caso concreto a la demandante se le atribuía el hecho de haberle manifestado al educando que no iba a realizarle el examen, dicha expresión o acto material de negarse a realizar la prueba no encaja en el tipo regulado en la norma, por lo que al no adecuarse la conducta al ilícito administrativo la sanción deviene en ilegal.

Es oportuno asimismo señalar que se ha estudiado cuidadosamente los expedientes administrativos, tanto el tramitado por la Junta como por el Tribunal de la Carrera Docente, y no se ha encontrado elementos que demuestren que a la docente se le atribuyó alguna conducta que encaje en el referido supuesto, por lo cual la sanción de suspensión sin goce de sueldo es ilegal.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 141-2006 de fecha 03/03/2009)

COMISIÓN EJECUTIVA HIDROELÉCTRICA DEL RÍO LEMPA: EXENCIÓN DE DETERMINACIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS MUNICIPALES

El presente proceso contencioso ha sido promovido por la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, impugnando de ilegales las actuaciones del Alcalde y el Concejo, ambos del Municipio de San Salvador, por la resolución que declara sin lugar por improcedente la solicitud de la demandante de extensión de solvencia de tributos municipales.

De lo manifestado por las partes en el presente proceso, se observa que la controversia se suscita básicamente al hecho que las autoridades demandadas han calificado a la demandante como sujeto pasivo de la obligación tributaria de Impuestos Municipales, pues consideran que esta realiza el hecho generador descrito en la normativa aplicable en el presente caso, como es el art. 18 inc. 3° de la Ley General Tributaria Municipal, y el art. 1 numeral 06.1.1 de la Tarifa de Arbitrios Municipales de San Salvador, señalando que la demandante es una entidad autónoma que presta servicios de carácter comercial en la generación de energía eléctrica, y que pese a no estar especificada en la última de tales disposiciones, tiene la calidad de sujeto pasivo y debe registrarse en dicha municipalidad en tal calidad y efectuar el pago de los Impuestos Municipales adeudados y determinados de oficio, como requisito para la extensión de la solvencia Municipal requerida por la demandante, quien ha argumentado que no se encuentra incluida en los alcances de la Tarifa de Arbitrios Municipales de San Salvador, pues no aparece expresamente en los rubros que determinan a los mismos, y que además, por la naturaleza de las actividades que realiza y por mandato legal se encuentra exenta de dicho impuesto, según el art. 26 de la Ley de Creación de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, y su régimen es especial de conformidad con el art. 31 de la misma, y por lo tanto procede la extensión del documento relacionado sin el requisito del pago de dicha obligación.

De la anterior consideración, es necesario conocer la naturaleza que alega poseer la parte actora, con los siguientes elementos:

La parte actora expresa que su naturaleza jurídica, es en cumplimiento al mandato constitucional establecido en el art. 110 de la misma, en relación a la prestación de los servicios públicos por parte de las Instituciones Oficiales Autónomas o de los Municipios, es así que mediante Decreto Legislativo número 137 del dieciocho de septiembre de mil

novecientos cuarenta y ocho, se promulgó la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, para constituir una entidad de carácter de Institución de servicio público, sin fin lucrativo, completamente autónoma, facultándola a desarrollar, conservar, administrar y utilizar los recursos energéticos y fuentes de energía, declarando como obras de energía eléctrica.

Dado que las actividades que realiza la demandante por disposición del legislador en algún momento podrían constituirse en hechos generadores, se estableció en la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, el art. 26, en el cual se otorgó la siguiente exención: "Todos los bienes muebles y raíces, así como los negocios y operaciones que efectúe la Comisión se declaran exentos de todo impuesto, contribución fiscal específica o municipal", dicha prerrogativa concedida legalmente sólo se le puede privar si otro ordenamiento legal es de aplicación preferente, y se refiera a la misma expresamente que es aplicable a dicha Comisión, de conformidad con el art. 31 de dicho cuerpo normativo, el cual constituye un régimen especial.

La exención al pago de tributos establecida en el citado art. 26 de la ley que regula a la demandante, sufrió su primera reforma legislativa, con el Decreto N° 45 del treinta de junio de mil novecientos noventa y cuatro, publicado en el Diario Oficial N° 148, Tomo 324 del quince de agosto del mismo año, derogándose en el art. 1 numeral seis del mismo y de manera expresa el Art. 26 de ley en referencia, pero únicamente en lo relativo a la exención de derechos arancelarios de importación. Es decir, que las demás exenciones, por disposición del legislador, continúan vigentes.

Que el legislador ha reforzado el criterio antes señalado, en el sentido que para que una norma se considere aplicable a la demandante, dada su naturaleza, la norma debe referirse expresamente a la misma, un ejemplo de dicha interpretación es el Decreto Legislativo N° 276 del treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y seis, publicado en el Diario Oficial N° 21, Tomo 290 del tres de febrero del mismo año, el cual establecía el Régimen General de Exenciones, disponiendo en lo esencial que "Todas las entidades Que realicen actividades comerciales, industriales o de servicio, deberán pagar los impuestos sobre la renta, de importación y de timbres, sin atender al régimen de exenciones que han venido disfrutando...", exceptuando algunas de ellas en razón de funciones de seguridad social y comercialización entre otros, quedando las referidas entidades públicas comprendidas como sujetos de imposición.

Con la finalidad de aclarar los alcances de dicho Decreto, la Asamblea Legislativa a través del Decreto N° 479 del cinco de abril de mil novecientos noventa, realizó una interpretación auténtica del mismo, en el cual se estableció que la demandante no está

comprendida dentro de los alcances del Decreto N°276 antes relacionado, y en consecuencia siempre ha estado vigente el art. 26 de su ley de creación.

El antes mencionado Régimen General de Exención, fue derogado por Decreto Legislativo N° 74 del diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y uno, publicado en el Diario Oficial No. 206, Tomo 313 del cuatro de noviembre del mismo año, el cual contiene las nuevas Disposiciones sobre el Régimen General de Exenciones. En el cual entre los sujetos pasivos comprendidos en el mismo, no se incluye expresamente a la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, de lo cual resulta que el nuevo Régimen, no surte efectos sobre la citada exención contenida en el art. 26 de la ley de ésta última, y por lo tanto continúa vigente.

De dichas disposiciones legales, se concluye que la demandante posee el carácter de Institución Autónoma, de servicio público y sin fines de lucro, y considerada además como una Corporación del Estado, sin perjuicio de la referida autonomía (arts. 1° y 31° de la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa).

Ahora bien, en vista de lo alegado por la demandante en relación a que está exenta del pago de Impuestos Municipales en base a su ley de creación la cual continúa vigente, y de lo argumentado por las autoridades demandadas, en cuanto a que la norma suprema no permite dicha exención, analizaremos lo que dicho cuerpo normativo determina para el caso que nos ocupa.

EXENCIONES TRIBUTARIAS MUNICIPALES

El Art. 205 de la Constitución de la República establece lo siguiente: "Ninguna ley ni autoridad podrá eximir ni dispensar el pago de las tasas y contribuciones municipales".

Como es sabido, la doctrina y el derecho positivo coinciden en englobar dentro del término genérico "tributo", los impuestos, tasas y contribuciones especiales.

La doctrina tributaria según el autor Héctor Belisario Villegas señala que estas categorías: "no son sino especies de un mismo género, y la diferencia se justifica por razones políticas, técnicas y jurídicas. No solo las facultades de las distintas esferas de poder dependen de esta clasificación en algunos países, sino que además los tributos tienen peculiaridades individualizantes". (Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Ediciones De Palma, Buenos Aires, Pág. 75).

Por su parte el tratadista Pérez Royo -en su Derecho Financiero y Tributario- considera que: "el elemento diferencial de las categorías tributarias se ha establecido a partir de un concepto jurídico fundamental, como es la estructura del hecho imponible".

Al respecto, esta Sala no es del criterio que el término "contribución", establecido en el art. 205 de la Constitución de la República, sea empleado en sentido genérico.

Por lo tanto, el art. 205 de la Constitución de la República -que veda específicamente la posibilidad de otorgar exenciones de tasas y contribuciones especiales- no puede interpretarse extensivamente en detrimento de los administrados, privándoles de la posibilidad de gozar de exenciones a impuestos municipales, cuando una ley así lo establezca (Sentencia 107-S-2000 de las nueve horas del día cuatro de mayo de dos mil uno).

Por su parte, la Ley General Tributaria Municipal, ley marco que rige los tributos municipales, suma al respecto, que son tributos municipales las prestaciones generalmente en dinero que los Municipios exigen a los contribuyentes en virtud de una ley u ordenanza, y sus categorías son: los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales municipales, y define cada uno de estos, así:

El art. 4, establece que son Impuestos Municipales: "los Tributos exigidos por los Municipios, sin contraprestación alguna individualizada".

Art. 5. Son Tasas Municipales, "Los Tributos que se generan en ocasión de los servicios públicos de naturaleza administrativa o jurídica prestados por los Municipios".

Art. 6. Contribución Especial Municipal "Es el tributo que se caracteriza porque el contribuyente recibe real o presuntamente, un beneficio especial, derivado de la ejecución de obras públicas o actividades determinadas, realizadas por los Municipios".

Tales disposiciones, abonan al establecer que existe un criterio esencial que diferencia a los impuestos de las tasas -y contribuciones especiales- cuál es la existencia de una actividad del municipio dirigido inmediato y directamente al sujeto pasivo de la obligación tributaria, actividad que se llama "contraprestación".

Todo lo anterior denota, que dentro de la categoría "tributos", ha de hacerse distingo entre los términos impuesto, tasas y contribución especial, criterio recogido por nuestra propia legislación.

Por lo que procede analizar en el presente caso si la obligación establecida a la demandante se encuentra o no en una de estas categorías de tributos.

Retomando el artículo 4 de la Ley General Tributaria Municipal, son impuestos municipales, "los tributos exigidos por los Municipios, sin contraprestación alguna individualizada".

Según Sáinz de Bufanda, tributo "es toda prestación patrimonial obligatoria - habitualmente pecuniaria- establecida por la ley, a cargo de las personas físicas y jurídicas que se encuentran en los supuestos de hecho que la propia ley determine (Sistema de Derecho Financiero, Tomo I, vol. II, Pág. 22).

Para Belisario Villegas, el impuesto es el tributo exigido por el Estado a quien se encuentra en las situaciones consideradas por la Ley como generadoras de la obligación tributada (hecho imponible), situaciones ajenas a toda concreta acción gubernamental vinculada a los pagadores, el hecho imponible, por la circunstancia de no implicar actividad estatal alguna referida al obligado, no tiene otro camino que relacionarse no con las acciones gubernamentales que atañen o beneficien al contribuyente, sino con sus rentas, bienes o consumos. Por lo que la naturaleza jurídica del impuesto es la sujeción a la potestad tributaria del Estado. (Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, 8° edición, Editorial ASTREA Buenos Aires Argentina, 2003, págs. 157y 158).

HECHO GENERADOR

En Derecho Tributario se define el hecho generador como el supuesto previsto en la norma, presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria. Lo anterior es concordante con lo sostenido por nuestro actual Código Tributario en sus artículos 12, 58 y siguientes.

Para Villegas el hecho generador o hecho imponible es el acto, o conjunto de actos, que una vez sucedidos originan el nacimiento de la obligación tributaria y la norma que instituye el tributo presenta un supuesto de hecho al que asocia determinados efectos en caso de configurarse tal hecho, y que existen aspectos que deben configurarse en los hechos imponibles del tributo. Ello determina si estamos ante el supuesto jurídico establecido en la norma sea ésta nacional o municipal, para que funcione correctamente como condición para que se configure y haga surgir el mandato del pago, en dichos aspectos encontramos el material, subjetivo, espacial, y temporal.

Para efectos del presente caso los elementos que retomaremos de dicha doctrina son el material y el subjetivo. El elemento material es la descripción abstracta del hecho que el destinatario legal tributario realiza o la situación en que se halla, es el elemento descriptivo, al cual para completar el supuesto hipotético se le adiciona el elemento personal, este elemento material siempre presupone un verbo ya sean bienes u operaciones jurídicas o conceptos que el derecho tributario adopte.

En la primera de las resoluciones impugnadas no se hace mención alguna al hecho generador pues únicamente se hace relación de las disposiciones que considera la autoridad suscriptora del mismo, es la aplicable al presente caso, por su parte el Concejo Municipal de San Salvador, en su acuerdo tomado argumenta que el motivo de la denegatoria de la extensión de la solvencia obedece a que la demandante es una Institución Autónoma del Estado y de conformidad a la normativa señalada en el mismo la demandante sí está incluida a efectuar el pago de los impuestos municipales.

Al respecto de lo argumentado por las autoridades demandadas, las mismas no determinan el hecho generador, es decir el acto que grava el impuesto, tal y como se relaciona en párrafos anteriores de esta Sentencia, a fin de determinar el supuesto jurídico descrito en la norma correspondiente, tal y como lo exige el art. 12 de la Ley General Tributaria Municipal.

Ahora bien la referida norma aplicada por la Administración en lo relativo al origen de la obligación tributaria municipal, establece que la misma surge del vínculo personal que existe entre el Municipio y los Contribuyentes, art. 11 de la Ley General Tributaria Municipal, de lo cual se deduce que las autoridades demandadas no han establecido claramente el hecho generador de la obligación, sino que se han limitado a decir y confirmar que la demandante es una Institución Autónoma, en todo caso, si así fuera constituye el sujeto y no el hecho, no obstante no estar establecido el hecho generador en las resoluciones en referencia en el traslado conferido a las mismas se relaciona que la facultad de la Administración Municipal de determinar la obligación tributaria, es de conformidad a los arts. 76, 81 y 100 de la Ley General Tributaria Municipal, entendida tal obligación como el acto por medio del cual se declara que se ha producido el hecho generador de un tributo municipal, por considerar que de acuerdo a la ley de creación de la demandante, ésta es una Institución de servicio público, y que en efecto realiza actividades comerciales tal y como lo establece el art. 28 de la referida ley, en el sentido que se asigna a la demandante las subvenciones necesarias para dotarlas de recursos financieros para la ejecución de los programas energéticos encomendados, así como la implementaciones de las actividades relacionadas con la refinación, industrialización y

comercialización entre otros, mientras no puedan ser costeados directamente por la demandante.

Por lo que se puede afirmar que no obstante no aparecer detallado el hecho generador en las resoluciones objeto de impugnación, en el referido traslado se trata de establecerlo pero únicamente de manera articulada, no señalando un hecho concreto realizado por aquella, por lo que tales alegatos no son válidos para los efectos de considerarlos como la descripción del hecho generador en la norma, para lo cual las analizaremos a continuación.

Otro elemento que argumentan las autoridades demandadas para sustentar que la demandante realiza actividades comerciales, que dan origen al hecho imponible que la ley determina, es lo establecido en el art. 28 de la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, relativo a la asignación que el Estado otorga a la demandante, dentro del Presupuesto General del Estado, la cual es otorgado para dotarla de los recursos financieros para ejecución de sus fines en cuanto a programas energéticos, entre otros.

Las apreciaciones efectuadas por la Municipalidad de San Salvador en cuanto a la tipicidad del hecho imponible, no es razonable, primeramente la tipicidad del hecho imponible es un hecho o situación tomada como hipótesis condicionante el cual debe estar señalado con todos sus elementos que lo componen y debe permitir con certeza si, desde el punto de vista descriptivo dicha hipótesis o circunstancia encaja o no, ya que en materia tributaria no opera la interpretación analógica, no puede cubrir lagunas con respecto a elementos del hecho imponible o sujeto pasivo.

Como se ha expresado, el hecho generador señalado por las autoridades demandadas consiste en la prestación de servicios de tipo comercial, por lo tanto según la norma citada debe atenderse a las relaciones económicas de donde emanan, y en el caso que nos ocupa no se observan relaciones económicas, primeramente porque las funciones que lleva a cabo la demandante deben ser por mandato legal, sin fines de lucro, lo cual no opera en una actividad de naturaleza comercial, en la cual priva el ánimo de lucro, en segundo lugar porque los inmuebles del patrimonio de la demandante que resultarían afectados, de conformidad con el art. 13° de la Ley de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, han sido considerados de utilidad pública, en vista de haberla considerado como una corporación del Estado, por lo que consecuentemente afectaría a éste.

En vista que las actividades de distribución, generación, transmisión, y comercialización se realizaran por el mayor número de entes independientes a la demandante según lo

establecido en el art. 119 de la Ley General de Electricidad, no es aplicable otro tipo de interpretación fuera de su fuente de emanación para configurar el hecho generador.

Ahora bien, las autoridades demandadas han manifestado que la norma base es el inciso primero y tercero del art. 18 de la Ley General Tributaria Municipal, el cual establece lo siguiente:

Art. 18 "El sujeto pasivo de la obligación tributaria municipal es la persona natural o jurídica que según la ley u ordenanza respectiva, está obligada al cumplimiento de las prestaciones pecuniarias, sea como contribuyente o responsable".

Dicha disposición es clara al hacer la remisión a la ley u ordenanza respectiva, es decir debe existir un marco regulatorio de los Tributos Municipales, en este caso sería según lo señalado por las autoridades demandadas, es la Tarifa de Arbitrios Municipales de San Salvador, específicamente el art. 1, que establece;

Art. 1-Las personas naturales o jurídicas, sucesiones y fideicomisos, pagarán en concepto de IMPUESTOS, TASAS, DERECHOS, LICENCIAS Y CONTRIBUCIONES de la siguiente manera:

"06.1 ELECTRICIDAD, GAS Y OTROS, 06.1.1 Empresas dedicadas a la distribución de energía eléctrica, gas y otros.....TABLA COMERCIAL"

Efectivamente, la última ley hace referencia a las empresas dedicadas a la distribución de energía eléctrica entre otras, las cuales se agrupan en una tabla comercial, pero la misma hace referencia a empresas, calidad que como ha quedado establecida no es privada sino de servicio público, y por lo tanto no se puede agrupar en el rubro de empresa, no obstante tener personería jurídica y ser autónoma.

Asimismo, las autoridades demandadas manifiestan que deberá tomarse en cuenta para la imposición del impuesto los artículos 125 y 126 de la Ley General Tributaria Municipal, en las cuales se establece que para la determinación del impuesto se deberá tomar en consideración la naturaleza de las empresas, como puede apreciarse en la Ley que rige a la demandante, la cual dicta de ser una Institución Autónoma.

SUJETO PASIVO DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Para tales efectos, se hace necesario hacer las consideraciones pertinentes en cuanto a lo que debe caracterizar al sujeto pasivo de la obligación tributaria.

Por lo que cabe aclarar que lo fijado en la Ley General Tributaria Municipal, es como se ha declarado en esta Sentencia, el marco normativo general, y no el específico para cada municipio, por lo que son estos últimos los que deben fijar las bases impositivas que establezcan cada uno de los tributos sea a través de una ley u ordenanza, en este caso ya está la correspondiente normativa, por lo que si la municipalidad desea ampliar su cobertura, no es tomando otra ley de tipo general, para determinar un hecho generador, pues ésta no lo otorga, ya que éstos deben estar claramente definidos en relación a la actividad de cada sujeto pasivo, y no de forma general

Otro de los elementos del hecho imponible es el aspecto personal, que es aquella persona que realiza el hecho o se encuentra en la situación descrita por la Ley.

Las autoridades demandadas argumentan que la demandante, es sujeto pasivo de la obligación en vista que encaja en los elementos determinados en el artículo 18 inciso 1° y 3° de la Ley General Tributaria Municipal, en relación con el artículo 1 numeral 06.1.1 de la Tarifa de Arbitrios de la Municipalidad de San Salvador, los cuales determinan que los montos a pagar en cuanto a los actividades es en base a la tabla comercial de dicha Tarifa, por la distribución de la energía eléctrica de las empresas comerciales.

Con lo antes expuesto queda claro que tales sujetos pasivos son empresas, y no Instituciones Autónomas, y la demandante según su ley de creación art. 1°, es de ese carácter, y pese a ello es catalogada como una Corporación del Estado, según lo establecido en el art. 31° de dicho cuerpo normativo, pese a la autonomía otorgada en la misma.

Otro aspecto que diferencia a la demandante, del hecho de ser una empresa es el hecho que sus fondos son controlados por la Corte de Cuentas de la República, lo cual no ocurre con las empresas.

Por lo que la demandante no tiene la calidad de empresa y por lo tanto no está incluida en lo determinado en el art. 1 de la Tarifa Arbitrios Municipales de San Salvador, numeral 1.061.1 específicamente, y consecuentemente sin un sujeto pasivo no existe hecho generador ni impuesto correspondiente, pues es aquel quien ejecuta el hecho generador con sus actos por el cual se obliga con la municipalidad correspondiente.

De lo anterior resulta innecesario determinar las naturaleza de las actividades que realiza la demandante, puesto que no le es otorgada la calidad de sujeto pasivo en la Tarifa en mención, pero si es bien decir, que sus fines no pueden ser lucrativos por mandato legal, pues sus función es pública en cuanto al desarrollo, conservación, administración y

utilización de los recursos energéticos del país, de lo cual le nace su categoría de ley especial.

Por lo tanto no es procedente aplicar únicamente una figura contemplada en una ley general, sin tomar en cuenta lo determinado en la norma específica en cada ley u ordenanza municipal, de la cual pese a no estar incluida expresamente la demandante, se considera como tal a la misma, y no se atiende a la naturaleza de la que han argumentado debe contar la calificación en referencia, por lo que si se desea gravar a la misma con un Impuesto Municipal, esta Sala ya lo ha declarado, debe pronunciarse por las correspondientes reformas de las leyes específicas, a fin que no se viole la Legalidad Tributaria y por ende la Seguridad Jurídica de los administrados, siempre y cuando se siga el procedimiento correspondiente en relación a la exención otorgada a la demandante, la cual indudablemente nace de la naturaleza de la misma.

Queda referirnos a la exención relacionada, alegada por la demandante y de la vigencia de la misma, bajo los siguientes criterios.

EXENCIÓN DEL PAGO DE IMPUESTOS

Luego de haber determinado que en materia constitucional no existe prohibición expresa de otorgar la exención de Impuestos Municipales, habrá que analizar las Fuentes del ordenamiento tributario aplicables al caso.

El Código Tributario en su artículo 5, establece que constituyen "Fuentes del ordenamiento tributario", las siguientes:

- a) Las disposiciones constitucionales;
- b) Las leyes, los tratados y las convenciones internacionales que tengan fuerza de ley;
- c) Los reglamentos de aplicación que dicte el órgano ejecutivo; y,
- d) La Jurisprudencia sobre procesos de constitucionalidad de las leyes tributarias.

Supletoriamente constituirán fuentes del ordenamiento jurídico tributario, la doctrina legal emanada de los procesos de amparo de la Sala de lo Constitucional, así como la proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo ambas de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos".

"Principio de Reserva de Ley

Artículo 6.- Se requiere la emisión de una ley para:

- a) Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho generador de la obligación tributaria, establecer el sujeto pasivo del tributo y la responsabilidad solidaria, la base imponible, la tasa o alícuota, límite máximo o mínimo de la misma, tipo impositivo;
- b) Otorgar exenciones, exoneraciones, deducciones o cualquier tipo de beneficio fiscal;(..."

Por su parte, la Ley General Tributaria Municipal define que las exenciones, constituyen una dispensa legal de la obligación tributaria sustantiva o pago del tributo (art. 49).

Para el citado autor Villegas considera que existen hechos o situaciones descritos hipotéticamente en las normas, y que acaecidos en la realidad, neutralizan la consecuencia normal derivada de la configuración del hecho imponible, o sea, el mandato de pagar el tributo. Estos hechos o situaciones que enervan la eficacia generadora del hecho imponible, se denominan "exenciones", los cuales tienen la función de interrumpir el nexo normal entre la hipótesis como causa y mandato como consecuencia. Lo que sucede en el caso de la exención tributaria es que no interesa si la hipótesis se produjo real o aparentemente. Lo cierto, en cualquiera de ambos supuestos, es que de esa configuración no surge deuda tributaria de sujeto pasivo alguno.

El citado autor clasifica las exenciones en subjetivas y objetivas, en la primera se hace referencia a la persona del destinatario legal tributario, en ellas se encuentran las que se consideran de bien público y no persiguen fines lucrativos, éstas se hallan generalmente exentas, y en cuanto a las segundas las objetivas estas son en relación a los bienes entre los que pueden encontrarse las ganancias derivadas de títulos, acciones y demás valores emitidos o que se emitan en el futuro por entidades oficiales cuando una ley general o especial así lo disponga.

Por su parte la Ley General Tributaria Municipal, establece las condiciones para que las exenciones sean otorgadas, declarando que es únicamente por disposición expresa de la ley de creación o modificación de impuestos municipales.

Como puede apreciarse la ley que se ha aplicado al caso es la Ley General Tributaria Municipal, que como ha quedado establecido en esta Sentencia, es una ley marco.

En cuanto a la Ley de la demandante, esta estableció en su artículo 26 la exención de impuestos, para el caso los impuestos Municipales, el mismo solamente ha sido reformado en lo concerniente a impuestos de importación.

Por su parte el artículo 51 de la Ley General Tributaria Municipal dispone lo siguiente: "La exención comprenderá los impuestos que se establezcan en la ley respectiva y los que estuvieren vigentes por leyes anteriores".

De dicha disposición se desprende que el citado art. 26, se encuentra vigente con anterioridad a la Ley General Tributaria Municipal y será aplicable al presente caso.

En conclusión, de conformidad a los principios de la legislación tributaria, encontramos el principio de justicia, según el cual la Administración Tributaria garantizará la aplicación oportuna y correspondiente de las normas tributarias, es en base a tal principio que la norma aplicable en el presente caso debe atender a la naturaleza del servicio que brinda la demandante, y al régimen especial del que goza, y no se considera que contraría el texto de la Ley General Tributaria Municipal, pues la actividad calificada como hecho generador no es conforme con el artículo 13 inciso segundo de ley en referencia. Por lo que a la institución demandante deberá declarársele exenta de la determinación de la obligación a la que fue sujeto por medio de las resoluciones impugnadas.

En razón de todo lo anterior las actuaciones de las autoridades demandadas son ilegales.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 216-2005 de fecha 28/04/2009)

DENEGACIÓN PRESUNTA

DEFINICIÓN Y REQUISITOS DE CONFIGURACIÓN

"La sección segunda del capítulo dos de la Ley General Tributaria Municipal, establece el procedimiento administrativo para la determinación de la obligación tributaria municipal, el cual por medio de un acto jurídico, declara la existencia de un hecho generador e identifica el sujeto pasivo y calcula su monto o cuantía. Esta petición fue presentada por la parte actora el veintisiete de julio de dos mil uno a la Alcaldesa de San Salvador.

El treinta y uno de enero del año dos mil seis, la demandante presentó nuevo escrito en el cual alega: a) la prescripción de la facultad para determinar la obligación tributaria municipal hecha anteriormente; y b) se modifique la cuenta clave correspondiente. Según el demandado ninguno de los dos escritos generó actividad alguna de parte de la Alcaldesa de San Salvador, de ser así, el silencio o pasividad de la Alcaldesa puede llevar a presumir que la autoridad no quiso otorgar lo solicitado por el peticionario, supuesto que puede servir de presupuesto para establecer una presunción legal que es la denegación presunta (Boquera Oliver, José María; "La protección Jurídica del Ciudadano"; tomo I, página 600, párrafo 4to).

La denegación presunta es un acto jurídico administrativo necesario para incitar la jurisdicción Contencioso Administrativa; este acto es el resultado del derecho de los administrados a dirigir sus peticiones a las autoridades y el deber que tienen éstos de resolver sobre ellas y hacer saber lo resuelto; su fundamento es el Derecho de Acción que tienen los administrados y el principio de Legalidad sobre la actividad de la autoridad contemplado en nuestro ordenamiento jurídico bajo los artículos 18 y 86 de la Constitución de la República; sin embargo para determinar si el silencio de la Alcaldesa deviene a esta presunción en cuestión, es necesario confrontarlo con los requisitos legales establecidos.

El Art. 3 literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece como hechos jurídicos necesarios para la denegación presunta: 1) una petición hecha a la autoridad o funcionario; 2) silencio de la autoridad o funcionario en un lapso de sesenta días ante tal petición; y 3) presentar la demanda ante la Sala en un período de sesenta días contados desde el siguiente desde que se entiende desestimada la petición.

Al analizar los documentos presentados por la autoridad, y confrontarla con la prueba de la demandante, se repara que efectivamente existió [...], una petición realizada por la parte actora, de la cual no existe contestación alguna de parte de la autoridad demandada. Este hecho es evidente al no existir acto, de parte de la Administración ya sea de trámite, comunicación o definitivo, sobre lo solicitado o incluso prevención alguna hecha a la demandante.

ACTO DE NOTIFICACIÓN

La Alcaldesa Municipal de San Salvador manifiesta en sus escritos que la razón por la cual no se pronunció acto administrativo alguno fue por no haber señalado la parte actora dirección para recibir notificaciones. Las excepciones alegadas por la autoridad, no son suficiente para: 1) no haber pronunciado resolución alguna, por los motivos ya expuestos; 2) no haber comunicado dentro de los medios legales (Art. 95 y siguientes de la Ley General Tributaria Municipal) algún acto al peticionario. La Ley General Tributaria Municipal en sus artículos 24 y 25 establece como presunción de Derecho "*...que los sujetos pasivos tienen como domicilio aquel en que se realice el hecho generador de la obligación tributaria respectiva.*"; "*...se tendrá como lugar determinado para efectos de emplazamientos, comparecencia y notificaciones...el que conste registrado en la última actuación del sujeto pasivo...o el que haya declarado el sujeto pasivo para su inscripción en cualquier registro del Municipio...*". La autoridad tendría que haber llevado a cabo la diligencia de notificación por lo menos en el lugar donde se llevó a cabo el hecho generador, en el edificio 25-25. Además es obligación de la autoridad pronunciarse sobre cualquier petición hecha por el administrado y es un deber de la autoridad comunicar por esquila cualquier resolución sobre lo peticionado; por lo que se concluye que es ilegal el acto denegatorio presunto."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 193-2006 de fecha 05/11/2009)

DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

La demandante pretende que se declare la ilegalidad de la resolución emitida por el Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, por la cual cancela por anotación marginal el asiento de inscripción del decimoséptimo Libro de Registro de Juntas Directivas Generales Sindicales, el cual corresponde a la Junta Directiva General del Sindicato General de Costureras, únicamente en cuanto a la Secretaría de Prensa y Propaganda, y requiere la devolución de la credencial emitida a favor de la demandante.

DERECHO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD SINDICAL Y LA FORMACIÓN DE ASOCIACIONES DE TRABAJADORES.

El artículo 7 de la Constitución reconoce el derecho fundamental de asociación. Éste, ha expuesto la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se ejercita en la constitución de asociaciones de todo tipo que, con personalidad jurídica propia y con cierta continuidad y permanencia, habrán de servir al logro de los fines, a la realización de las actividades y a la defensa de los intereses coincidentes de los miembros de las mismas. Es así como, de esta forma, surgen los partidos políticos, sindicatos, asociaciones y colegios profesionales, sociedades mercantiles, fundaciones culturales, de beneficencia y de ayuda mutua, comités de lucha y de defensa, centros y clubes deportivos, etc. (Sentencia del 8-X-1998, amp. 23-R-96).

Una expresión del mencionado derecho fundamental de asociación lo constituye el derecho a la sindicación o de "libertad sindical", el cual consiste en el derecho de los trabajadores y empleadores a organizarse por medio de sindicatos para ejercer aquellas actividades que permitan la defensa y protección de sus intereses laborales.

Su referencia constitucional se encuentra en el artículo 47, el cual prescribe: "Los patrones y trabajadores privados, sin distinción de nacionalidad, sexo, raza, credo o ideas políticas y cualquiera que sea su actividad o la naturaleza del trabajo que realicen, tienen el derecho de" asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos. El mismo derecho tendrán los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas.

Dichas organizaciones tienen derecho a personalidad jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus funciones. Su disolución o suspensión sólo podrá decretarse en los casos y con las formalidades determinadas por la ley".

De igual forma, es posible encontrar en la normativa internacional una explícita referencia a este derecho en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, 1966), el cual impone a los Estados suscriptores del instrumento la obligación de garantizar "El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos (...)" (artículo 8, letra a).

Por último, es preciso resaltar, como dato referencial, que el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio sobre la libertad sindical y la protección

del derecho de sindicación, 1948) establece que la libertad sindical comprende: a) el derecho de los trabajadores y empleadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas; y, b) el derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

De las anteriores referencias normativas puede concluirse que el derecho fundamental a la libre sindicación constituye en la actualidad una conquista irrenunciable e irreversible en el marco de la defensa de los intereses laborales, al cual pueden optar en un plano de igualdad patronos y trabajadores (artículo 204 Código de Trabajo).

Como derecho humano fundamental, la actividad estatal relacionada a dicho ámbito social se encuentra sujeta a la promoción, facilitación y protección de su ejercicio, pues tal como lo ilustra la jurisprudencia constitucional "el reconocimiento de los derechos fundamentales no es sino una declaración de carácter metajurídico si no se acompaña de garantías suficientes que aseguren la efectividad del ejercicio de tales derechos: el reconocimiento de los derechos fundamentales debe ir acompañado de la intervención de mecanismos jurídicos que aseguren su protección efectiva. Por tanto, la efectividad de los derechos fundamentales depende tanto de su reconocimiento formal cuanto de la existencia de mecanismos jurídicos susceptibles de garantizar su eficacia real" (Sentencia del 29-IX-1997, amp. 20-M-95, considerando IV 1).

De igual manera, tal como sucede respecto del catálogo de derechos fundamentales, las limitaciones o restricciones a éste únicamente pueden devenir de una disposición normativa con rango de ley formal, que establezca los supuestos de hecho en que ello sea posible, y de una determinación clara, en la competencia de un órgano facultado también legalmente para ello. De no ser así, la restricción al derecho relacionado sería arbitraria.

POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y JURISDICCIONALES EN MATERIA DE ASOCIACIONES SINDICALES.

El artículo 219 del Código de Trabajo, así como los artículos 4 letra a), 8 letra b) y 22 letra b) de la Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social, establecen como prerrogativa exclusiva del Ministerio de Trabajo y Previsión Social el otorgamiento

de la personalidad jurídica a las asociaciones sindicales, así como su inscripción en el registro correspondiente.

Además de la mencionada competencia registral, el artículo 256 del Código de Trabajo le otorga a la mencionada entidad administrativa potestades de vigilancia sobre las asociaciones sindicales para comprobar si se ajustan a las prescripciones legales en el ejercicio de sus actividades. La entidad encargada de ello es la Dirección General de Trabajo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 22 de la Ley de Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social.

Sin embargo, desde una interpretación sistemática de la legislación laboral conforme a la Constitución, las facultades de vigilancia que ejerce la entidad administrativa no pueden implicar una restricción del derecho de libertad sindical. Este axioma de protección constitucional se traduce en el precepto contenido en el inciso último del artículo 256 del Código de Trabajo, el cual establece: "Al ejercer sus facultades de vigilancia, las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar los derechos y garantías que la Constitución y este Código consagran a favor de los sindicatos".

En tal sentido, para reforzar dicha protección, el ordenamiento prevé que las sanciones aplicables a las organizaciones sindicales (multa, suspensión de actividades o en último caso su disolución) sólo pueden imponerse siguiendo antes un procedimiento judicial, tal y como lo establece el artículo 230 del Código de Trabajo, el cual literalmente dice: "Los sindicatos que en el desarrollo de sus actividades infrinjan las disposiciones de este Código u otras leyes, podrán ser sancionados con multa, suspensión o disolución, las cuales serán impuestas por las autoridades judiciales competentes". Para tal efecto, el artículo 233 del Código de Trabajo establece que se seguirá el procedimiento establecido en los artículos 619 y siguientes del mismo cuerpo legal ante el juez competente.

Así, en particular, la disolución del sindicato opera al haberse comprobado judicialmente - nunca de forma administrativa- alguno de los supuestos contemplados en los artículos 231 inciso último o 232 del Código de Trabajo bajo el procedimiento contemplado en los artículos 619 y siguientes de dicho Código. Sólo de manera posterior a la comprobación judicial puede ocurrir el procedimiento de cancelación de la inscripción del sindicato y de las credenciales de los miembros del organismo de dirección (artículo 235 Código de Trabajo).

Conforme a lo anterior, desde una interpretación garantista de los derechos fundamentales y amparada en el principio contemplado en el artículo 14 del Código de

Trabajo, deriva la regla que toda actuación que constituya una restricción del derecho a la libertad sindical, especialmente el relativo a la capacidad de organizarse, tal como acontece con el nombramiento o remoción de los miembros de los órganos de dirección de un sindicato, resulta un campo vedado para las potestades administrativas. Ello es plenamente coherente con lo estipulado en el artículo 4 del ya citado Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948, el cual enuncia que las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

Esta prohibición de conocimiento del fuero administrativo tiene una base histórica razonable, puesta en relieve por Javier Pérez Royo, quien manifiesta que el que "la suspensión y disolución de las asociaciones únicamente pueda ser acordada por el poder judicial es una reacción frente a la tradicional suspensión y disolución administrativa característica del ejercicio del derecho en la fase inicial de su reconocimiento en el Estado liberal, antes de que se produjera su democratización. Se trata de una garantía lógica, en la medida en que vincula el ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido al legislador y al juez, dejando fuera por completo al poder ejecutivo, excepto en el ejercicio de la competencia registral" (Curso de Derecho Constitucional, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 466).

En conclusión, según se desprende de los anteriores razonamientos, aquellos aspectos relacionados con la entidad sindical ya constituida, y que supongan restricciones al derecho fundamental de asociación, únicamente pueden y deben ser resueltos mediante decisión judicial y no administrativa.

Si bien el objeto del acto impugnado no es la disolución del sindicato sino dejar sin efecto la participación directiva de uno de sus miembros, este Tribunal interpreta que dicha declaración supone una efectiva restricción al derecho de participación en los órganos de dirección, y por tanto, a la libertad sindical. En tal sentido, el conocimiento de esta materia está reservado en forma exclusiva al órgano jurisdiccional -en la jurisdicción laboral- conforme los argumentos supra relacionados.

Es decir, el conocimiento de la controversia que ha suscitado el presente proceso se encuentra reservada en forma exclusiva a la jurisdicción laboral y a los órganos de dirección de la entidad sindical, de conformidad con los argumentos relacionados en el considerando tercero de los fundamentos de Derecho de la presente sentencia, lo cual excluye, contrario sensu, su conocimiento por parte de la autoridad administrativa.

Dicha interpretación resulta reforzada al no existir en el Código de Trabajo o en la Ley de Organizaciones y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social disposición alguna que habilite a la autoridad administrativa para emitir el acto impugnado.

Se advierte entonces que no existe cobertura legal que ampare la actuación administrativa analizada, pues de acuerdo a la incesante jurisprudencia emanada de esta Sala, el reconocimiento del principio de legalidad contemplado en nuestra Constitución implica que la Administración Pública sólo puede ejecutar aquellos actos que el bloque jurídico le permite, y en la forma en que en el mismo se regule; en otras palabras, sólo puede actuar cuando la ley la faculte y en los términos que le delimite (sentencias del 11/12/98, ref. 34-L-97; 11/12/98, ref.120-C-96; 22/12/98, ref. 50-V-97).

En conclusión, al exceder la emisión del acto administrativo el marco de potestades legales establecidas para el Departamento Nacional de Organizaciones Sociales de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, es procedente declarar su ilegalidad.

Finalmente, debe precisarse que, en principio, en el ordenamiento procesal administrativo salvadoreño, la constatación de un solo motivo de ilegalidad en el acto administrativo deriva en la consecuente invalidez de éste último. En reiteradas decisiones de esta Sala se ha establecido que dicha comprobación hace innecesario el examen de otras argumentaciones de ilegalidad, pues la declaratoria de invalidez no admite graduaciones ni la consecuencia será distinta de comprobarse otro u otros vicios alegados. Aunque razones referidas a la naturaleza de las pretensiones planteadas aconsejan en ocasiones la revisión de adicionales fundamentos de la pretensión contenciosa, pues sólo de esa manera es posible satisfacerla en su plenitud, en el presente caso es posible su estimación sin que sea necesario un examen adicional de legalidad. De tal forma que, una vez comprobada la existencia de un vicio en el acto, la Sala considera innecesario y por tanto improcedente continuar el examen del resto de alegatos de ilegalidad planteados.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 280-A-2003 de fecha 28/04/2009)

Relaciones:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Ref. 168-S-2003 de fecha 30/04/2009

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS POR CONTRATO

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido en contra el Director General de Impuestos Internos, impugnando la resolución mediante la cual la administración Pública decidió no renovarle al demandante el contrato de prestación de servicios.

TERMINACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES ORIGINADAS POR UN CONTRATO

Entre los aspectos que generan mayor controversia al operador del derecho, se encuentra el determinar el marco o régimen jurídico aplicable a la configuración, al desarrollo y, sobre todo, a la finalización de las relaciones laborales entabladas entre el Estado - centralizado o descentralizado-, los Municipios y sus servidores públicos.

Para la consecución de sus fines el Estado necesita la concurrencia de personas naturales, que se denominan servidores públicos, entendidos como toda persona que colabora o contribuye a que se lleven a cabo las distintas funciones estatales.

La relación entre los servidores públicos y el Estado, se puede originar a partir de la celebración de un contrato individual de trabajo, de un acto administrativo de nombramiento, o bien, de un contrato de prestación de servicios profesionales o técnicos.

Independientemente de cómo se haya originado el vínculo, entre las partes derivarán derechos y obligaciones, los cuales estarán sujetos a regímenes distintos.

En el caso de autos, se impugna de ilegal el acto mediante el cual se dio por terminada la relación laboral originada de un contrato de prestación de servicios.

De ahí que no estamos ante un acto sujeto al control del Código de Trabajo, pues éste es claro en su art. 2 al señalar que "No se aplica este Código cuando la relación que une al Estado, Municipios e Instituciones Oficiales Autónomas o Semiautónomas con sus servidores, fuere de carácter público y tuviere su origen en un acto administrativo (...); o emane de un contrato para la prestación de servicios profesionales o técnicos".

Tampoco estamos ante un acto sometido a la Ley del Servicio Civil, ya que ésta en su art. 4 estipula "No estarán comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios y empleados siguientes: (...) s) Las personas que prestan al Estado cualquier clase de servicio mediante contrato (...)".

Lo anterior, no implica de manera alguna que el vínculo laboral devenido de ese "contrato de prestación de servicios" se encuentra a expensas de la voluntad de la Administración Pública. Pues el legislador ha previsto para la terminación anormal de este tipo contratos, la aplicación de la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa. La cual establece en los artículos 1 y 2 que para privar de su empleo a un servidor público, éste debe ser previamente oído y vencido en juicio, y en aquellos casos en que las leyes secundarias no hayan previsto un procedimiento específico se deberá aplicar lo prescrito en la Ley en comento.

En tal sentido la Sala de lo Constitucional de esta Corte, en reiterada jurisprudencia ha sostenido que el derecho de audiencia reconocido en el artículo 11 de la Constitución, es considerado como un derecho de contenido procesal que ha sido establecido en primer lugar como la máxima protección efectiva de los demás derechos consagrados a favor de los gobernados en la normativa constitucional, y en segundo lugar como un derecho relacionado con las restantes categorías jurídicas subjetivas protegibles, las cuales no podrán afectarse sino es a través de un proceso o procedimiento de conformidad con la Ley y en el que se otorguen las esenciales oportunidades de defensa.

Es así incuestionable que si se pretende poner fin a un contrato civil de prestación de servicios antes de que el mismo cumpla su plazo debe procederse de conformidad a lo regulado en la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa, no obstante, es preciso apuntar que en el caso de autos estamos ante una terminación de contrato por el cumplimiento del plazo.

ESTABILIDAD LABORAL EN LAS RELACIONES ORIGINADAS POR UN CONTRATO

Establecido lo anterior interesa centrarnos en la estabilidad laboral que se origina mediante la suscripción de un contrato civil de prestación de servicios profesionales o técnicos.

Se ha sostenido que, la estabilidad laboral implica el derecho de conservar un trabajo o empleo independientemente que el servidor esté sujeto a la posibilidad de traslado de funciones o de un cargo a otro. Asimismo, se ha afirmado en muchas decisiones que la estabilidad es relativa, pues el empleado no tiene derecho a una completa inamovilidad, quedándole únicamente la facultad de conservar su cargo sin limitación de tiempo, siempre que concurren -entre otros- factores como son los mencionados por el apoderado del demandante es decir: que subsista el puesto de trabajo; que el empleado no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo; que el cargo se desempeñe con eficiencia; que no se cometa falta grave que la ley considere como causal de despido; que subsista la institución para la cual se presta el servicio y que además, el puesto no sea de aquellos que requieran particular confianza, ya sea personal o política.

Ahora bien, debe entenderse que tal derecho surte plenamente sus efectos frente a remociones o destituciones arbitrarias o caprichosas realizadas con transgresión de la Constitución y las leyes. De acuerdo a lo anterior, no es posible la separación de un servidor público -sea empleado o funcionario- cuando el mismo no represente confiabilidad, no dé garantía de buen acierto al trabajo o concurren otras razones justificativas de despido, sin que se haya dado estricta observancia de la Constitución y las leyes con las excepciones que éstas establecen. No obstante, se insiste que el derecho a la estabilidad laboral de ninguna manera supone inamovilidad absoluta, pues la Constitución no puede asegurar el goce de tal derecho a quienes den motivo para decretar su separación o destitución.

En relación a la estabilidad laboral de las personas que se encuentran vinculadas al Estado por medio de un "contrato", se ha sustentado que son titulares de dicha categoría jurídica en virtud de encontrarse dentro de una relación de supra-subordinación de carácter público -y por las funciones que desempeñan, que son propias de la actividad estatal-, sin embargo, se ha establecido que en estos casos, dicha estabilidad está sujeta además, a la vigencia del plazo de dicho contrato.

En efecto, el marco jurídico de la relación de supra-subordinación entre el empleado público y la Administración es, precisamente, el contrato suscrito de común acuerdo entre los sujetos que se obligan; de tal suerte que el empleado público sabe desde el momento de su ingreso las condiciones de éste, puesto que mientras no se incorpore a la Ley de Salarios, sus derechos y obligaciones emanan directamente de las cláusulas del contrato.

Desde la perspectiva trazada, es pertinente apuntar para efecto de conocimiento del caso concreto, que la estabilidad laboral del empleado público que presta sus servicios a través de un contrato, está condicionada al plazo de vigencia de aquél, el cual de acuerdo al

artículo 83 N° 9 de las Disposiciones Generales de Presupuestos, no puede durar más allá del treinta y uno de diciembre de cada año, ni prorrogarse más de dos meses una vez firmada su vigencia. Prórroga que a su vez debe realizarse por resolución y únicamente por el plazo de dos meses mientras se suscribe el nuevo contrato.

Dentro de ese contexto se afirma que los servidores públicos sujetos a un contrato con el Estado tienen el derecho constitucional de impedir su remoción arbitraria y discrecional por parte de sus superiores dentro de la vigencia del contrato o de su eventual prórroga; de lo cual se colige que, una vez extinguido dicho marco jurídico referencial esta clase de empleado público deja de tener estabilidad laboral, pues no incorpora dentro de su esfera jurídica un derecho subjetivo a ser contratado otra vez o a ingresar forzosamente a la Administración a través de una plaza ya finalizada la vigencia del contrato o su circunstancial prórroga.

Conclusión. Por todo lo anterior se concluye que en el caso de autos no ha existido violación al derecho de audiencia, defensa, presunción de inocencia, debido proceso y estabilidad laboral, ya que no existe un despido, sino que se perfiló la finalización de una contratación por prestación de servicios, debido al vencimiento del plazo, pues como se ha expuesto, en el régimen contractual media la voluntad del servidor público quien suscribe el contrato, el cual es el acuerdo de voluntades por excelencia.

Lo anterior implica, que la "estabilidad laboral" del demandante, se encontraba condicionada por el plazo establecido en el contrato, el cual venció el treinta y uno de diciembre de dos mil seis, por lo que el acto impugnado mediante el cual se decidió no renovar el contrato al demandante es legal.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 72-2007 de fecha 20/05/2009)

Relaciones:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Ref. 54-2007 de fecha 15/06/2009

DESISTIMIENTO DE CONTRATO DE MEMBRESÍA POR VIOLACIÓN A LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

COMPETENCIAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

"La parte actora aduce que la intervención directa de la Dirección General de Protección al Consumidor, en el caso que existe un contrato entre las partes, contraviene el principio de legalidad establecido en el artículo 11 de la Constitución de la República.

En la emisión del acto administrativo deben concurrir sus elementos configuradores pues, de lo contrario, la vocación de permanencia con que fueron dictados se vería afectada con vicios que pueden desvirtuar su validez. Uno de esos elementos configuradores es el subjetivo.

En la configuración del elemento subjetivo se presupone la existencia de una norma atributiva que otorgue competencia a un órgano determinado y, a la vez, la forma o requisitos para poder investir de esa competencia a un sujeto físico titular del órgano.

La competencia, entendida ésta como la medida normativa de la potestad que corresponde a cada órgano, se distribuye, por lo general, en razón de la materia - dentro de ésta por razón del grado-, el territorio y el tiempo.

El criterio para distribuir la competencia por razón de la materia es en base al objeto y contenido de los asuntos encomendados a la Administración pública.

En nuestro sistema legal, la competencia deviene de la Constitución, leyes secundarias y puede también emanar de reglamentos autónomos.

Con relación a lo anterior el artículo 101 inciso segundo de la Constitución de la República señala que: *"El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores"*. Este es el mandato que concretó el legislador con la emisión de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), vigente a la fecha de emisión del acto reclamado.

En la interpretación unitaria de la anterior normativa, surgen ciertas premisas, a saber: 1) conforme a la Constitución de la República, correspondía al Estado por medio de la Dirección General de Protección al Consumidor, defender los intereses de los consumidores; 2) la misma Ley disponía una limitación al ejercicio de la libertad empresarial y, a la vez, una protección a los derechos del consumidor; y, 3) acorde con la Constitución de la República, la Ley en comento, expresamente facultaba a la Dirección

General de Protección al Consumidor aplicar las disposiciones de la misma, siguiendo para ello el trámite correspondiente.

Por consiguiente, la Dirección General de Protección al Consumidor, al tiempo en que se dictó la resolución controvertida, gozaba de plena competencia para conocer y resolver denuncias como la planteada; esto quiere decir que la autoridad administrativa tenía, en ese momento, la facultad de dirimir el conflicto entre la consumidora y la proveedora del servicio y resolverlo conforme a derecho, tal como ocurrió en el caso que se estudia.

Así, el argumento sostenido por la parte actora y antes analizado, queda plenamente desvirtuado cuando se advierte que, conforme a la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), la mencionada Dirección General tenía amplias facultades para proteger y salvaguardar, de acuerdo a la normativa mencionada, el interés de los consumidores dentro del contexto constitucional a que se ha hecho referencia.

De lo anterior se colige que la Dirección General de Protección al Consumidor, se apegó a lo establecido en la citada Ley, no contraviniendo el principio de legalidad.

INNECESARIA EXISTENCIA DE CAUSA PARA LA UTILIZACIÓN DEL DESISTIMIENTO

Es de reconocer que el contrato de suscripción de membresía que la autoridad demandada sostiene no se cuestiona porque fue firmado por la señora [...] a su entera voluntad y conformidad, es de los que se encontraba regulado, en su género, en el artículo 16 de la Ley en referencia, que decía: "Cualquiera que fuere la naturaleza del contrato, se tendrán por no escritas las cláusulas o estipulaciones contractuales que: b) Impliquen renuncia de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o que de alguna manera limite su ejercicio".

También alega la parte actora que se ha violentado la voluntad de las partes en la contratación privada celebrada entre ella y la señora [...], debido a que la citada Dirección General, entre otras, ha ordenado a favor de ésta, la devolución del precio pactado en concepto de prima más el recargo del cinco por ciento.

Este Tribunal ha tenido a la vista el contrato de suscripción de membresía entre hotel Bahía del Sol y la señora [...], tal como se ha señalado en párrafos anteriores, en el que se estipulan los términos del mismo, entre los que se encuentran su precio, forma de pago,

así como las declaraciones del vendedor y del miembro, cláusulas que regulan los derechos y obligaciones de ambas partes, suscrito por las mismas.

Para determinar la naturaleza de la relación jurídica entre [la demandante] y la señora [...], es necesario remitirse a lo regulado en los artículos 2 y 4 del Código de Comercio, que respectivamente establecen: "*Art 2.- Son comerciantes: (...) 11.- Las sociedades, que se llaman comerciantes sociales (...)*"; "*Art. 4. Los actos que sean mercantiles para una de las partes, lo serán para todas las personas que intervengan en ellos*".

Al ser [la demandante], una sociedad que en términos generales puede desarrollar toda actividad lícita mercantil, [...] ejerce el comercio, y por tanto ostenta la calidad de comerciante.

De lo anterior se determina que el contrato es de naturaleza mercantil y que efectivamente existió una voluntad al momento de contratar por parte de ambos, ante tal situación se advierte la prevalencia en la intención común de las partes de contratar.

Así las cosas, es pertinente traer a cuenta el concepto de lo que por contrato se entiende; en tal sentido, Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra "De los Contratos", lo define como: "la convención generadora de obligaciones o bien el acuerdo de las voluntades de dos o más personas destinado a crear obligaciones".

Nuestro Código Civil retoma la definición anterior, cuando en el artículo 1309 dice: "*Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otras u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa*".

De lo anterior se deduce que las características primordiales de un contrato son: a) el acuerdo de voluntades de dos o más personas; y, b) que genere derechos y obligaciones.

Ahora bien, siendo que la voluntad es uno de los elementos base en materia contractual y sobre ésta se ha escrito mucho por los tratadistas y expositores del Derecho, desarrollando ampliamente el denominado principio de la autonomía de la voluntad que es básico y elemental y ha sido reconocido universalmente; en ese sentido, se vuelve necesario hacer algunas consideraciones al respecto.

La voluntad es soberana, es ella la que dicta el derecho; el acuerdo de las voluntades es el que determina con entera libertad los efectos del contrato, salvo aquellos casos en que ésta riña contra la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

De acuerdo a este principio, toda persona capaz de obligarse, es libre de pactar los contratos que le plazcan, según convenga a sus intereses, siempre y cuando tengan un

objeto y causa lícita y no riñan contra la moral y el orden público o las buenas costumbres, como se ha dicho.

Dice Arturo Alessandri Rodríguez en la obra precitada, que "las leyes relativas a los contratos sean, por lo general, supletorias de la voluntad de las partes; sólo se aplican en el silencio de éstas. Y que la misión del Juez, en caso de litigio, sea interpretar o restablecer esa voluntad, pero no crearla, ni mucho menos sustituirla por la suya".

Obviamente, la voluntad de las partes no es absoluta, tiene sus limitaciones como ya se dijo, además de las que propiamente le impone el contrato dados los elementos que lo conforman.

Todo contrato celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Esto último lo determina el artículo 1416 del Código Civil.

La expresión invalidado está utilizada en el precepto no por referencia a la nulidad, sino queriendo significar "dejado sin efecto"; pero el contrato que tiene fuerza de ley es el celebrado legalmente, porque la ley no puede reconocer carácter obligatorio a una convención celebrada en contra de sus disposiciones.

Así hay contratos que pueden dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento y otros que pueden dejarse sin efecto por la voluntad de una sola de las partes, y contratos cuyas causales de disolución están dadas por el evento de la condición resolutoria, la nulidad, la rescisión, la muerte de una de las partes, el plazo extintivo, la imposibilidad en la ejecución y la teoría de los riesgos, etcétera.

Volviendo al presente caso, al no existir acuerdo de la parte demandante sino únicamente de la señora [...], el contrato de membresía no pudo ser dejado sin efecto por mutuo consentimiento. Hay que recordar que la invalidación por consentimiento mutuo de las partes se funda en que la voluntad de las partes, que dio vida al contrato, puede destruirlo de la misma manera, y que esta invalidación que las partes así hacen del contrato es llamada por los tratadistas resciliación.

Para el caso en particular la autoridad demandada ha manifestado que la consumidora alegó ante la misma el incumplimiento en los ofrecimientos y lo pactado en el contrato suscrito. Pero no obstante tener los derechos que surgieron del contrato, a la señora [...] no le fue proporcionado ningún servicio, aún cuando cumplió con parte de las obligaciones que generó el mismo, debido a las consideraciones personales que ella hizo en su momento y que la motivaron a desistir del contrato, siendo ésta una causa legal

para la invalidación del mismo, que preveía el artículo 23 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada). Esta disposición legal determinaba que: "Cuando se contrate la adquisición de un bien o la prestación de un servicio y el consumidor entregue prima, cuota o adelanto y el bien no fuera entregado o el servicio no fuere prestado por las siguientes razones: c) Causas imputables al consumidor como el desistimiento. En estos casos, el proveedor deberá reintegrar lo pagado, pudiendo retener en concepto de gastos administrativos un cinco por ciento de su valor".

En relación a lo anterior conviene traer a cuenta lo que sostuvo esta Sala en la sentencia referencia número 320-C-2003 de las diez horas con cinco minutos del trece de septiembre de dos mil cinco: "El desistimiento, es una facultad que se regula legalmente y permite que una persona se desvincule del pacto que celebró.

La gran característica de esta facultad reside en que no existe necesidad de alegar causa alguna para su ejercicio, pues la utiliza el consumidor a su libre arbitrio. Se pretende que la voluntad del consumidor sea libérrima, beneficiándole así al eximirle de cualquier clase de prueba de la existencia de algún tipo de causa legítima para desligarse del contrato".

El desistimiento de parte de la señora [...] al contrato de membresía no contraría el contenido del artículo 1416 del Código Civil, ya que el artículo 945 del Código de Comercio establece que los contratos mercantiles en general, se sujetarán a lo prescrito en el Código Civil.

Por lo tanto, esta Sala considera que al no haber aceptado el desistimiento antes dicho, ni aún con la intervención de la Dirección General de Protección al Consumidor, la parte demandante le limitó ese derecho a la consumidora, razón por la cual violó la Ley antes referida, y en ese orden de ideas la causa legal a operar para la invalidación del contrato de membresía debía imputarse al proveedor, el cual debió reintegrarle a aquélla la totalidad de lo pagado en concepto de prima, más un recargo del cinco por ciento, como lo establecía el mencionado artículo 23 pero en el literal b). En ese sentido es procedente determinar que tampoco se ha violentado esta disposición legal.

De lo anterior, se concluye que la actuación de la Dirección General de Protección al Consumidor estaba apegada a lo que la misma ley le facultaba, y no habiéndose violentado el principio de legalidad y la prevalencia de la voluntad de las partes en los actos o contratos privados, así como el artículo 23 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada) que señalaba una causa imputable al proveedor para la invalidación del contrato de membresía, es procedente declarar la legalidad de la resolución impugnada."

DESISTIMIENTO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO

La sociedad demandante impugna el acto de la extinta Dirección General de Protección al Consumidor, emitido a las nueve horas del tres de octubre de dos mil cinco, mediante el cual le ordena devolver la cantidad de un mil setecientos diez dólares a otra sociedad por el desistimiento de ésta de recibir el servicio ofertado por aquella, por lo que considera que se violentó el principio de seguridad jurídica ya que no se cumplieron los dos requisitos habilitantes para la aplicación del artículo 23 de la Ley de Protección al Consumidor (hoy derogada).

La Dirección General de Protección al Consumidor decidió aplicar el artículo 23 letra c) de la Ley de la materia ya que tomó en cuenta que el ofertante del servicio si tenía la voluntad de concluir el servicio, pero era la consumidora la que estaba desistiendo del mismo. De ahí que dicha autoridad le ordenó a la demandante que reintegrara el pago que le había hecho la sociedad consumidora, en concepto de anticipo, menos el cinco por ciento por gastos administrativos. Debe tenerse en cuenta que el desistimiento es una facultad que se regula legalmente y permite que una persona se desvincule del pacto que celebró, es decir, que está en la facultad de dar por terminado, en este caso, un servicio, ya que la gran característica de esta facultad reside en que no existe necesidad de alegar causa alguna para su ejercicio, pues la utiliza el consumidor a su libre arbitrio. Se pretende que la voluntad del consumidor sea libre, beneficiándole así el eximirle de cualquier clase de prueba de la existencia de algún tipo de causa legítima para desligarse del contrato.

Por tal razón, la normativa aplicada al caso en concreto sí está apegada a lo que determina la Ley de la materia, no violándose así el principio de legalidad, alegado por la sociedad demandante.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 38-2006 de fecha 31/03/2009)

DETERMINACIÓN DE IMPUESTOS MUNICIPALES EN BASE A LA DECLARACIÓN DE CAPITAL INVERTIDO

EJERCICIO DE LA POTESTAD TRIBUTARIA MUNICIPAL

"Los Municipios son parte integrante de la institucionalidad del Estado, cuya naturaleza jurídica es la de ser entes descentralizados por su territorio del Estado.

En ese sentido, la concepción de gobierno local o municipalidad es de índole constitucional, la cual fija los límites de éste, entonces podemos decir que los municipios no son más que subdivisiones de los Departamentos de El Salvador y en ésta subdivisión territorial determinada cada municipio goza de un gobierno local que debe tener como fin primordial la persona humana, de conformidad con los arts. 1 y 202 de la Constitución de la República; por lo que es indispensable que el municipio tenga determinadas competencias que le permitan autonomía en lo económico, técnico y administrativo, reguladas de igual forma por un Código Municipal, de acuerdo a lo establecido en el art. 203 del citado cuerpo normativo.

Ahora bien, el municipio al igual que el Estado, además de su característica de soberano, necesita de la legitimación democrática otorgada por el ciudadano, lo cual es la base fundamental para elaborar políticas para las finanzas públicas y el derecho tributario central o municipal, de la cual se posibilita la imposición de tributos como medio de llevar los fondos públicos al municipio, las cuales deben cumplir con los parámetros de legalidad y constitucionalidad.

Es así, que para el ejercicio de la potestad tributaria de la que goza el municipio, deben privar ciertos principios, los cuales son de índole doctrinal y constitucional, en los primeros encontramos: el de Justicia, el de Certidumbre, el de Comodidad y el de Economía, y en los segundos, están el de Legalidad, el de Proporcionalidad, de Equidad, y el de Igualdad, entre otros no menos importantes, y que para los efectos de la presente Sentencia, nos referiremos a algunos de ellos.

El principio de Justicia, tiene como finalidad procurar que los gobernados contribuyan al sostenimiento del Gobierno dentro de la proporción de las rentas o haberes de que gozan bajo la protección del Estado, los cuales deben tener la característica de generalidad, es decir que paguen los impuestos todas las personas que se encuentren dentro de las hipótesis que establezca la ley, así como ser de carácter uniforme, en el sentido que todos los ciudadanos estén en igualdad de condiciones frente al impuesto, es decir conforme a

su capacidad contributiva de aportación, el cual además debe garantizar la aplicación oportuna y correspondiente de las normas tributarias.

Por su parte el Principio de Certidumbre, refleja que el tributo al que el ciudadano está obligado a pagar sea cierto y determinado y no arbitrario, de lo contrario se caería en una figura de recaudación y no de en gobierno. Por lo tanto la ley que crea el tributo debe ser clara y comprensiva, nunca ambigua, la tasa, la forma y los plazos de pago deben de ser claros y ser conocidos con anterioridad al hecho que coloca al contribuyente dentro del supuesto normativo.

Tales principios son óbices de los Principios de Legalidad y Equidad que establece la Constitución de la República, el primero de los cuales, determina que la ley material que crea el tributo debe definir claramente el hecho imponible, el sujeto pasivo de la obligación y el objeto y cantidad de la prestación, y principalmente que el nacimiento del tributo y todos sus elementos, deben constar en una ley formal y materialmente válida, es decir expedida por la Asamblea Legislativa (arts. 131 ord. 6, 204 ord. 1, y 231 inc. 1°). El segundo de los mismos, el de Equidad, es el que exige para la validez constitucional del impuesto la satisfacción de tres requisitos fundamentales que son: ser proporcional, equitativo y destinado al pago de los gastos públicos, lo cual se traduce en una justicia distributiva, que se cumple atendiendo a la capacidad contributiva del ciudadano (arts. 1, y 118).

Es por todo ello, que la doctrina define los tributos como: "toda prestación patrimonial obligatoria -habitualmente pecuniaria- establecida por la ley, a cargo de las personas físicas y jurídicas que se encuentran en los supuestos de hecho que la propia ley determine (**Sáinz de Bujanda, Sistema de Derecho Financiero, Tomo I, vol. II, Pág. 22**).

En ese sentido, la ley marco que rige los tributos municipales, es la Ley General Tributaria Municipal, y determina para tales efectos en su art. 3, que los tributos municipales, son las prestaciones generalmente en dinero que los Municipios exigen a los contribuyentes en virtud de una ley u ordenanza, los cuales son de tres categorías: impuestos, tasas y contribuciones especiales municipales.

De lo antes expuesto se concluye que la legislación salvadoreña ha definido a los tributos como "las obligaciones que establece el Estado por medio de la Asamblea -en el caso de los Impuestos- o el Municipio -en cuanto a contribuciones especiales y tasas se refiere- en ejercicio de su poder de imperio cuya prestación en dinero se exige con el propósito de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines".

En el caso que nos ocupa, y por no discutirse lo contrario por las partes, la categoría aplicada es la relativa a los impuestos, de los cuales es necesario conceptualizar los elementos y supuestos que lo conforman, referidos por la doctrina y la legislación salvadoreña, como se menciona en párrafos anteriores de esta Sentencia, ellos son: el hecho imponible, el sujeto pasivo de la obligación y el objeto y la cantidad de la imposición

a. El impuesto y el hecho generador

a.1) Impuesto:

Retomando la Ley General Tributaria Municipal, esta define en el art. 4 los impuestos municipales, como "los tributos exigidos por los Municipios, sin contraprestación alguna individualizada".

Para Belisario Villegas, el impuesto es "el tributo exigido por el Estado a quien se encuentra en las situaciones consideradas por la ley como generadoras de la obligación tributaria (hecho imponible), por lo que la naturaleza jurídica del impuesto es la sujeción a la potestad tributaria del Estado. (Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, 8° edición, Editorial ASTRE Buenos Aires Argentina, 2003, págs. 157y 158).

a.2) Hecho Generador

En Derecho Tributario se define el hecho generador como el supuesto previsto en la norma, presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria. Lo anterior es concordante con lo sostenido por nuestro actual Código Tributario en sus artículos 58 y siguientes, así como en la Ley General Tributaria Municipal, art. 12.

Para Villegas, el hecho generador o hecho imponible es el acto, o conjunto de actos, que una vez sucedidos originan el nacimiento de la obligación tributaria y la norma que instituye el tributo presenta un supuesto de hecho al que asocia determinados efectos en caso de configurarse tal hecho.

Existen aspectos que deben configurarse en los hechos imponibles del tributo, para determinar si se está ante el supuesto jurídico que la norma establece sea ésta nacional o municipal, a fin que funcione correctamente como condición para que se configure y haga surgir el mandato del pago, dichos aspectos son el material, subjetivo, espacial, y temporal, de los cuales, para el caso que nos ocupa, nos interesa el material y el subjetivo, siendo el aspecto material: la descripción abstracta del hecho que el destinatario legal

tributario realiza o la situación en que se halla, presuponiendo siempre un verbo, los cuales a su vez pueden referirse a bienes físicos a operaciones jurídicas, o a conceptos que el derecho tributario adopte, y que para completar el supuesto hipotético se le adiciona el elemento personal, al que más adelante nos referiremos.

En conclusión, el hecho imponible, por la circunstancia de no implicar actividad estatal alguna referida al obligado, no tiene otro camino que relacionarse con las acciones gubernamentales que atañen o benefician al contribuyente, sino con sus rentas, bienes o consumos, pero que el hecho elegido como generador (o imponible) no es un hecho cualquiera de la vida, sino aquél que esté ligado a la potencialidad económica de cada uno, es decir la naturaleza reveladora de la posibilidad de contribuir en alguna medida al sostenimiento del Estado.

En el caso de autos, las resoluciones impugnadas, han determinado que es sobre la base del capital invertido que aparece reflejado en el balance correspondiente al treinta uno de diciembre de dos mil cinco, el cual fue presentado por la Sociedad demandante con la respectiva declaración, con el cual se determino la rectificación del impuesto municipal a cargo de ésta, lo cual refleja que el hecho generador del impuesto en el presente caso ha sido el capital invertido que la normativa aplicable al caso establece, como concepto adoptado por la misma a la operación de índole económica, que reflejada en la información proporcionada por el contribuyente genera la obligación tributaria, por lo que habrá que determinar mediante esta Sentencia si dicho hecho revelador, designado por la norma, es el mismo que ha sido aplicado por la Administración Tributaria.

b) Sujeto Pasivo de la obligación Tributaria

Otro de los elementos del hecho imponible es el aspecto personal, que es aquella persona que realiza el hecho o se encuentra en la situación descrita por la ley al definir el elemento material.

Así para García Vizcaíno, el elemento personal está dado por la persona o personas respecto a la cual o a las cuales se configura el hecho material (Derecho Tributario t I. p. 313).

Las autoridades demandadas han determinado el impuesto objeto de la rectificación en la cuenta comercial a cargo de la Sociedad demandante, la cual por su parte ha manifestado que su giro es la distribución de productos textiles, y que realiza sus actividad en el municipio competencia de las autoridades demandadas, y que la naturaleza de su empresa la convierte en sujeto pasivo de la obligación tributaria señalada, por el art. 3 numero 18 de la Tarifa General de Arbitrios a Favor de la Municipalidad de Soyapango, la

cual establece tal calidad a cada uno de los Comerciantes Sociales o Individuales, del referido Municipio, ante lo cual, la Sociedad demandante, está constituida dentro de la referida calidad, y por lo tanto sujeta al impuesto que conforme a su capacidad contributiva le corresponda.

c) El objeto y la cantidad de la imposición o Importe Tributario

c.1 El objeto

Es la prestación que debe cumplir el sujeto pasivo, es decir, el mismo tributo que debe ser pagado por estos y cuya pretensión corresponde al sujeto activo.

c.2 Cantidad de la Imposición o Cuantificación del Impuesto (base imponible)

Conocida en doctrina como el elemento cuantificante de la relación jurídica tributaria, que se da cuando el hecho imponible acaece, entonces surge la potencial consecuencia de que el sujeto pasivo pague al fisco la suma generalmente dineraria denominada "importe tributario". Este elemento es de trascendental importancia, pues tiene la función de dimensionar la porción de capacidad contributiva atribuible a cada hecho imponible realizado, el mismo, según la doctrina tributaria no es un elemento integrante del hecho imponible, pues es un mero instrumento destinado a dilucidar la cantidad de deuda, pero no forma parte del presupuesto de nacimiento de la obligación tributaria sustancial.

Según Villegas, en los impuestos, los hechos imponibles deber ser reflejos idóneos de aptitud de pago público, y para no desnaturalizar tales hechos imponibles, los importes tributarios deben asignar una dimensión razonable y no desproporcionada a tal aptitud, en ese sentido el legislador debe encontrar una congruente vinculación entre la acción del destinatario legal tributario, previamente considerada como hipótesis por la norma, y el importe tributario que se debe pagar ante la realización de esa acción, llámese importe tributario a la tarifa tributaria, cuota tributaria, tipo impositivo, etc., a la "cantidad que el fisco pretende y que el sujeto pasivo está obligado a pagarle, el cual puede ser fijo o variable, en el fijo la cuantía del tributo está especificada ab initio en el mandato legal, lo contrario ocurre con el variable, en el cual la cuantía del tributo no está definida en norma.

INTERPRETACIÓN DE LA UTILIZACIÓN DEL CONCEPTO DE CAPITAL INVERTIDO COMO HECHO GENERADOR DEL TRIBUTO MUNICIPAL

En el caso que nos ocupa, las partes han manifestado que se efectuó rectificación de la determinación del impuesto establecido en la Tarifa de Arbitrios Municipales a favor de la Municipalidad de Soyapango, la cual determina lo siguiente:

Art 3 Impuestos:

N° 18 -"COMERCIANTES SOCIALES O INDIVIDUALES, cada uno, al mes, con capital invertido....."

La parte actora ha alegado que esta es la parte de la disposición que no ha sido aplicada por la Administración Tributaria tal y como la ley lo establece, en la determinación del impuesto rectificado.

De lo cual se deduce que el importe tributario en el presente caso, no es fijo pues no ha sido establecido en dicha disposición, sino variable, pues depende del capital invertido de cada Comerciante la respectiva determinación.

Por lo que es necesario recordar que la determinación tributaria, es el acto o conjunto de actos dirigidos a precisar en cada caso si existe una deuda tributaria (an debeaturs), quién es el obligado a pagar el tributo al fisco (sujeto pasivo), y cuál es el importe de la deuda (quantum debeaturs).

En la determinación de los impuestos, es indispensable tener en cuenta que los hechos imponible deben ser reflejos idóneos de la capacidad de pago, para no desnaturalizar los mismos, por lo tanto los importes tributarios, deben asignar una dimensión razonable y no desproporcionada a tal aptitud, los cuales pueden ser fijos o variables, el primero es aquel en que la cuantía del tributo está especificada en la norma, y el variable aquel en que la cuantía del tributo no está especificada en el mandato de pago de la norma.

Para la cuantificación es necesario recurrir a otro concepto denominado base imponible, la cual es la "magnitud que es generalmente pecuniaria, de tal forma que sobre ella podamos aplicar un cierto porcentaje, pero puede también consistir en un elemento de cierta relevancia económica que resulte útil para que de ella obtengamos el importe tributario sin utilización de porcentajes.

En el caso que nos ocupa, el elemento que la normativa ha adoptado para establecer el importe tributario a que hemos hecho alusión, es el capital invertido, como reflejo de la capacidad contributiva del obligado.

Ahora bien, siendo el objeto de la controversia la interpretación que se ha efectuado a dicho concepto adoptado por la norma tributaria, es preciso tener en cuenta que se interpreta una ley, cuando se descubre su sentido y alcance de esta, por lo que corresponde entonces al intérprete determinar qué quiso decir la norma y en qué casos resulta aplicable, para ello se debe utilizar todos los métodos a su alcance, debe examinar la letra de la ley, y analizar cuál ha sido la intención del legislador, adecuándolo a la realidad circundante; debe además coordinar la norma con todo el sistema jurídico y contemplar la realidad económica que se ha querido reglar, así como la finalidad perseguida, tal y como lo dispone el art. 8 de la Ley General Tributaria Municipal, en el sentido que: "Las normas de ordenamiento tributario municipal se interpretarán con apego a las reglas y métodos admitidos en Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significado económico"....."Las palabras empleadas en dicho ordenamiento se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda a menos que haya definición expresa".

Las partes alegan que es de conformidad a lo que establece el citado art. 3 de la Tarifa General de Arbitrios a favor de la Municipalidad de Soyapango, que se debe determinar la obligación tributaria, la cual señala que es con capital invertido, el cuál según la demandante la autoridad demandada ha aplicado un concepto distinto que es el de activo, los cuales no son sinónimos pues reflejan realidades económicas distintas, en el caso del capital invertido, este se expresa contablemente no sólo por el valor del capital efectivamente invertido (capital social), sino también por las "utilidades retenidas (menos, en su caso, las pérdidas acumuladas y el superávit reservado o asignado), y además, según nuestro sistema normativo por la reserva legal.

La autoridad por su parte manifestó en sus informes que es en base al capital invertido que se efectuó la determinación del impuesto, y además se atendió a lo establecido en el manual sobre rendición de cuentas municipales emitido por la Corte de Cuentas de la República, el cual determina que "cuando la tarifa solo dice CAPITAL INVERTIDO, sin distinguir entre el propio y el ajeno, los valores sujetos a gravamen corresponden al total del ACTIVO, es decir, los bienes ya sean propios o ajenos que forman parte ; de la inversión en la actividad comercial sujeta del impuesto".

Al respecto de lo argumentada por las partes, cabe aclarar que en la referida norma, figura la adoptado de un concepto técnico como es el capital invertido, y siendo que la normativa relacionada no nos brinda una definición expresa del mismo, se hace necesario, conocer el sentido de dicho término, pues la normativa marco que rige los tributos municipales nos manda que debemos tomar en cuenta para la interpretación los fines y el

significado de las palabras empleadas en el ordenamiento, sea este jurídico, técnico o usual, según proceda.

En el caso de autos, la norma ha pretendido gravar con el impuesto sobre el capital invertido de una empresa sea de naturaleza Social o Individual, siendo para el caso, el sujeto pasivo obligado de la relación tributaria los Comerciantes Sociales o Individuales, y como elemento material del hecho imponible, lo constituye el capital invertido, que como ha quedado sentado en párrafos anteriores de esta Sentencia, puede referirse a operaciones jurídicas, o a conceptos que el derecho tributario adopte; de lo cual se deduce que la palabra capital invertido, es un concepto técnico adoptado por la normativa en mención, comúnmente utilizado en el ámbito contable o financiero, el cual es reflejado en los balances que los comerciantes elaboran anualmente, y que muestra la cantidad tanto de activo como de pasivo y capital en una fecha específica, y que para el cumplimiento de la normativa tributaria, es declarado ante la municipalidad correspondiente.

Según el autor Gerardo Guajardo, la estructura contable tiene cinco cuentas o clasificaciones básicas, que son (activo, pasivo, capital, ingresos y gastos). El activo es un recurso económico propiedad de un negocio, del cual se espera que rinda beneficios en el futuro, y el valor del activo se determina por el costo de adquisición del artículo. Los tipos de activos de un negocio varían de acuerdo a la naturaleza de la empresa, pero ejemplos de activos son: el efectivo, materiales, terrenos, edificio, maquinaria, equipo y mobiliario; el pasivo por su parte, representa lo que el negocio debe a otras personas o entidades conocidas como acreedores, como ejemplos están las cuentas por pagar a proveedores, los sueldos o salarios por pagar, los impuestos por pagar y los préstamos bancarios; y el capital, es la aportación de los dueños, representa la parte de los activos que pertenecen al dueño del negocio, y es la diferencia entre el monto de los activos que posee el negocio y los pasivos que debe.

La estructura de los conceptos relacionados en materia contable, se representan por la fórmula de (activo es igual a pasivo más capital), en otras palabras el activo, es el recurso, de valor poseído, el cual es igual al pasivo que representa la cantidad que se debe más el capital que es, el capital invertido por los dueños o derechos de estos sobre los activos, dicha estructura es la que forma la contabilidad básica, y que es reflejada en el, balance general, el cual muestra los recursos que posee el negocio, lo que debe y el capital aportado por los dueños.

Consta a folio 1 del expediente administrativo relacionado al presente caso, la primera de las resoluciones impugnadas, mediante la cual se efectuó una rectificación de la cuenta de

impuestos municipales a nombre de la Sociedad demandante, la cual señala que es referente al balance presentado en dicha municipalidad correspondiente al treinta y uno de diciembre de dos mil cinco, relacionando que es por un capital invertido de: diez millones seiscientos cuatro mil ciento nueve colones con ochenta y seis centavos, y que se efectuó tal rectificación de conformidad con el art. 3 numeral 18 de la Tarifa General de Arbitrios a Favor del Municipio de Soyapango.

Asimismo consta agregado a folios 4 del expediente administrativo el balance de la situación general de la Sociedad demandante al treinta y uno de diciembre de dos mil cinco, el cual refleja un total de activo por la cantidad de un millón doscientos once mil ochocientos noventa y ocho dólares con veintisiete centavos de dólar de los Estados Unidos de América, equivalentes a diez millones seiscientos cuatro mil ciento nueve colones con ochenta y seis centavos.

Lo anterior demuestra que el monto que la autoridad demandada tomo como base para efectuar la rectificación del impuesto corresponde al monto que aparece reflejado en el balance como total del activo de la demandante, que es igual al total del pasivo y capital.

Al respecto, de tomar como parámetro el activo de una empresa como revelador de riqueza para los efectos de la determinación del impuesto municipal, la jurisprudencia reciente de la Sala de Constitucional ha sostenido que: "el término activo se refiere al concepto económico que, a su vez, puede comprender un concepto comercial contable y el concepto jurídico. El concepto comercial contable es más amplio, ya que comprende en el activo el total de los valores efectivos que un comerciante tiene a su favor, reducibles a dinero y de los cuales se tenga la facultad de disponer libremente, v.gr. los bienes inmóviles o inmovilizables, el dinero efectivo, los valores negociables y las mercaderías. También quedan comprendidos los bienes y las cosas en propiedad total o parcial y aquéllos (sic) que se tengan en posesión tales como las cosas compradas a plazos con garantía prendaria o hipotecaria o los derechos sujetos a condición pactada. Asimismo, se pueden incluir los bienes sobre los cuales no se tiene título alguno, como es el caso de las mercaderías en tránsito (...) a simple vista podría deducirse que el activo aparece como un supuesto que normalmente es indicativo de capacidad económica pues, al menos en abstracto, refleja valores cuantificables a nivel pecuniario. No obstante lo anterior, también se sabe que el activo incorpora no sólo los bienes y valores que se encuentran libres de carga sino también aquéllos (sic) que se ven afectados por alguna obligación a cargo del comerciante, así como aquellos respecto de los cuales no se tiene título alguno. Estas dos últimas categorías no representan-una-verdadera riqueza a favor del sujeto y, por lo tanto, no pudieran ser objeto de gravamen:" **(Sentencia definitiva Amp. Ref. 386-**

2005, de las trece horas con cincuenta y nueve minutos del quince de noviembre de dos mil seis).

Agrega la referida jurisprudencia que el impuesto que se aplique en base a la referencia del activo, no toma, como base para la imposición, un índice revelador de capacidad económica y contributiva, violentándose con ello el derecho de Tributación en forma Equitativa de los contribuyentes, contemplado en el art. 131 N° 6 de la Constitución de la República, así como también sus derechos de Seguridad y de Propiedad, establecido en el art. 2 de dicho cuerpo normativo.

Asimismo la Sala de lo Constitucional, se ha pronunciado en relación al Principio de Capacidad Económica, en el sentido que "están obligados a contribuir al sostenimiento del Estado las personas que tengan capacidad económica para soportar las cargas que ello representa. Ahora bien, es usual equiparar la capacidad económica de una persona con la titularidad de riqueza o con la disponibilidad de medios económicos, de tal manera que este principio exige no sólo la participación en el sostenimiento de los gastos públicos por quien tenga la capacidad de pago suficiente, sino que, además, esa participación se establezca en función de su respectivo nivel económico, en el sentido que quién (sic) tenga capacidad económica superior contribuya en mayor cuantía que los que están situados en un nivel inferior. Lo anterior implica que el legislador sólo puede elegir como hechos que generan la obligación de tributar aquéllos (sic) que, directa o indirectamente, reflejen, revelen o guarden una relación lógica y racional con una cierta capacidad económica; y no puede elegir como hechos significativos, a la hora de repartir la carga tributaria, situaciones que no tengan significado económico."

Ahora bien, las autoridades demandadas han manifestado que es en base a lo establecido en Tarifa General de Arbitrios a Favor de la Municipalidad de Soyapango, y al Manual sobre Rendición de Cuentas Municipales, que sustentan la legalidad del impuesto determinado a la Sociedad demandante; al respecto es conveniente traer a cuenta que la ley marco "Ley General Tributaria Municipal", la cual establece que la "determinación se rige por la Ley, ordenanza o acuerdo vigente en el momento en que ocurre el hecho generador de la obligación" art. 100, así mismo, el citado cuerpo normativo establece que la Administración Tributaria determinará la obligación tributaria, en aquellos casos en que la ley u ordenanza de creación e tributo municipales, así lo ordene y la efectuará con fundamento en los antecedentes que obren en su poder, art 101.

Por su parte, el Código Tributario, en el art. 5, establece que constituyen fuentes del ordenamiento tributario: ".....Las disposiciones constitucionales, las leyes, los tratados y las convenciones internacionales que tengan fuerza de ley, los reglamentos de aplicación

que dicte el órgano ejecutivo, la Jurisprudencia sobre procesos de constitucionalidad de las leyes tributarias, y supletoriamente constituirán fuentes del ordenamiento jurídico tributario, la doctrina legal emanada de los procesos de amparo de la Sala de lo Constitucional, así como la proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo ambas de la Corte suprema de Justicia...".

Lo establecido en las citadas disposiciones están acorde con el Principio de Legalidad que rige a la Administración Tributaria, por lo que no puede atenderse a otra regulación que no sea la establecida en el sistema de normas que rigen los tributos, de lo contrario se atenta contra la Seguridad Jurídica de los Contribuyentes, la cual implica que el contribuyente debe tener la certeza pronta y definitiva, acerca de la cuantía de la deuda tributaria, según la normativa aplicable. Por lo tanto, no es procedente el aplicar el concepto de activo para la determinación de la obligación tributaria, ni aplicarlo de manera analógica al concepto de capital invertido, ya que no se admite la analogía para extenderse más allá de los términos estrictos del ámbito del hecho imponible.

Lo anterior obedece a que el concepto de activo en primer lugar no es determinante de la riqueza del Contribuyente, y que de conformidad con el art. 127 de la Ley General Tributaria Municipal, en la determinación de la base imponible y en la estructuración de las tarifas correspondientes, deben ser consideradas aquellas deducciones y pasivos, en los límites mínimos y máximos que se estimen adecuados, a fin de asegurar la conservación del capital productivo y de cualquier otra fuente generadora de ingresos, y el estímulo a las inversiones productivas.

En razón de todo lo anterior las actuaciones de las autoridades demandadas son ilegales."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 221-2006 de fecha 10/11/2009)

DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL

"a) De la Administración Tributaria Municipal

La Ley General Tributaria Municipal, en lo correspondiente a la autoridad competente para determinar las obligaciones tributarias, establece: *"Art.72.-La determinación,*

aplicación, verificación, control, y recaudación de los tributos municipales, conforman las funciones básicas de la Administración Tributaria Municipal, las cuales serán ejercidas por los Concejos Municipales, Alcaldes Municipales y sus organismos dependientes, a quienes competirá la aplicación de esta Ley, las leyes y ordenanzas de creación de tributos municipales, las disposiciones reglamentarias y ordenanzas municipales atinentes".

El legislador, siguiendo la tendencia antes advertida, regula en el artículo 81 que la Administración Tributaria Municipal tendrá facultad para la determinación de la obligación tributaria municipal, la que se aplicará de acuerdo a los procedimientos establecidos en el capítulo III, del Título IV de la Ley. Luego, lo concerniente a dicha facultad se desarrolla en el artículo 101, que prescribe que la Administración Tributaria Municipal determinará la obligación tributaria, en los supuestos que la ley u ordenanza de creación de tributos municipales así lo ordene, y la verificará con fundamento en los antecedentes que obren en su poder.

De lo que antecede puede colegirse que, en cada Municipio se reconoce la capacidad para determinar obligaciones tributarias tanto a los Concejos Municipales, como Alcaldes Municipales y organismos dependientes. Ahora bien, al aplicar tales conceptos al caso sujeto a análisis verificamos que el primer acto controvertido es emitido por el Alcalde Municipal y es mediante el mismo que se establece la obligación tributaria a cargo del demandante, lo cual resulta coherente y respetuoso de la normativa municipal relacionada con la materia. Es, pues, evidente que la primera de las decisiones controvertidas si cumple con lo dispuesto en la Ley General Tributaria Municipal, ya que se reconoce indudablemente competencia a dicho funcionario para dictar tales clases de actos.

Por otra parte, el segundo acto sometido a control de esta Sala es dictado por el Concejo Municipal, dando respuesta al recurso de apelación interpuesto por la sociedad actora. Respecto del recurso de apelación, los arts. 123 y 124 de la Ley General Tributaria Municipal prescriben que la competencia para conocer del mismo se reconoce al Concejo Municipal de cada Municipio. Por lo cual, en este caso no estamos frente a un supuesto de incompetencia, tal cual lo alegó la parte actora en su demanda.

En definitiva, se llega a colegir que ni al Alcalde Municipal ni el Concejo Municipal, ambos de Santa Tecla, vulneraron el Principio de Legalidad al dictar los actos cuestionados en esta sede jurisdiccional, ya que ostentaban en virtud de la Ley relacionada la competencia para emitir ese tipo de decisiones administrativas.

b) Del procedimiento de determinación tributaria

La determinación de la obligación tributaria consiste, según lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley General Tributaria Municipal, en el acto jurídico por medio del cual la Administración Tributaria Municipal verifica la ocurrencia del hecho generador de un tributo municipal, el sujeto pasivo de la obligación tributaria y el monto de la misma.

En términos generales debemos recordar que la Administración Pública se encuentra vinculada positivamente a la Ley, en atención al artículo 86 inciso final de la Constitución. Es, pues, bajo tal parámetro que debe entenderse que es la Ley la que habilita para actuar a la Administración, pero también debemos reconocer que en la mayoría de casos esa habilitación conlleva una obligación a cargo de la Administración para erigirse como un Ente vigilante de la actuación de los administrados vinculados a una determinada ley. De tal suerte que, en atención a las leyes de naturaleza tributaria la Administración Tributaria Municipal está compelida a verificar —dentro de su competencia territorial— la ocurrencia de los supuestos de hecho de la obligación tributaria, los cuales conllevan a la obligación del pago de los tributos municipales. En estos casos es irrefutable que no depende de la voluntad de la Administración llevar a cabo tal potestad, sino que es un imperativo impuesto legalmente.

La determinación de la obligación tributaria puede realizarse por dos vías: mediante las declaraciones juradas realizadas por el sujeto pasivo o, bien, por la determinación de oficio. El primer caso se presenta cuando en virtud de la ley u ordenanza de creación de tributos municipales se establezca que los contribuyentes o responsables deben presentar su declaración jurada a la Administración Tributaria Municipal, en los plazos establecidos, con los datos y anexos pertinentes para que se efectúe la determinación de tributos. Por otra parte, cuando el sujeto pasivo omita la presentación de tal documentación a la Municipalidad, ésta se ve habilitada en virtud de la Ley para realizar oficiosamente la determinación.

Ahora bien, como antecedente necesario para- -la determinación de oficio de tal obligación tributaria debemos suponer la existencia de una vinculación o relación mínima entre el sujeto pasivo y el Municipio que ejerce tal potestad. Tal relación se entabla cuando cada persona —ya sea natural o jurídica— decide fijar su residencia y domicilio dentro de la circunscripción territorial de la Municipalidad. Es, pues, en este momento desde cuando la persona en cuestión se somete al cumplimiento de las leyes municipales, entre las que están las disposiciones relativas a los impuestos municipales de tal distrito.

Siguiendo el orden de ideas expuesto, resulta evidente que si la persona no incurre en ninguna de las categorías impositivas, la Administración Tributaria Municipal no tiene la capacidad para vincularla al pago de un tributo. Sin embargo, para que dicha situación

pueda verificarse la Administración municipal debe contar con la información necesaria y suficiente, por lo que se vuelve imperante que las personas cumplan con su obligación de registrarse y aportar la información que la Municipalidad les requiera al momento de fijar su domicilio, a efecto que la misma pueda tener conocimiento de su naturaleza jurídica — para el caso de las personas jurídicas— y del giro de sus actividades dentro del Municipio.

Una vez que la Administración Tributaria Municipal cuente con el cúmulo de información requerida, tiene los medios suficientes para hacer cumplir las leyes pertinentes a la materia tributaria. Es, entonces, por tal razón aunado a la falta de determinación por declaración jurada, que se habilita a la Administración para actuar de oficio. Esto resulta coherente con la idea que le corresponde verificar y vigilar el acaecimiento de las obligaciones tributarias —que en la mayoría de los casos no son identificadas voluntariamente debido a la correlación monetaria que conllevan— mediante el procedimiento regulado en el artículo 106 de la Ley General Tributaria Municipal, el cual se puede resumir de la siguiente manera:

1° La Municipalidad deberá notificar y transcribir al contribuyente, todas las observaciones o cargos que tuviere en su contra, incluyendo las infracciones que se le imputen.

2° El contribuyente o responsable debe formular y fundamentar sus descargos, dentro del plazo señalado y cumplir con los requerimientos que se le hicieren; tiene derecho a ofrecer pruebas para probar sus argumentos.

3° El procedimiento se abrirá a prueba por el término de quince días, si lo solicita el administrado. La Administración Tributaria Municipal podrá de oficio o a petición de parte, ordenar la práctica de otras diligencias dentro del plazo que estime apropiado.

4° Si el contribuyente o responsable no formula y fundamenta sus descargos, caducará dicha facultad.

5° La Municipalidad debe hacer constar los casos en que el contribuyente acepte los cargos determinados por ella.

6° La Administración Tributaria Municipal deberá, en un plazo de quince días, determinar la obligación tributaria. [...]

Es necesario dirigir nuestra atención al hecho que, dentro del procedimiento de determinación de oficio no es vinculante la existencia de una etapa probatoria, ya que su apertura depende de la petición del administrado. Ahora bien, se vislumbra como con la resolución de modificación viene a darle una nueva dimensión a la situación del

demandante, al liberarle de la obligación para ciertos períodos impositivos y, asimismo, se da respuesta a los argumentos de la sociedad actora, la cual tuvo oportunidad real y efectiva de pronunciarse ante la Municipalidad —a pesar que se consigna que el abogado no legitimó debidamente la personería en dicha sede administrativa. De tal suerte, que con tal emisión no se advierte una vulneración gravosa del principio de legalidad en cuanto al procedimiento, al verse adecuado lo sucedido en sede administrativa a las etapas esenciales previstas en la Ley General Tributaria Municipal para el mismo y la situación especial de iniciación a solicitud de la parte. Asimismo, se verificó que una vez emitida tal resolución, la parte actora discutió sus argumentos dentro del correspondiente recurso de apelación, seguido ante el Concejo Municipal.

c) De la calificación de comerciante social y empresa financiera

[La demandante] sostiene que las autoridades demandadas le aplicaron un hecho generador que no le corresponde, porque ella no desarrolla una actividad comercial ni financiera; lo cual se constata porque carece de establecimiento, personal y no ofrece bienes o servicios al público. En ese sentido afirma que la Administración violentó el Principio de legalidad tributaria y no puede cobrar los tributos determinados.

Un hecho generador se configura, y nace la correspondiente obligación tributaria, cuando se verifica el acaecimiento de cuatro elementos a saber: a) el *elemento material*, implica la descripción objetiva del hecho o situación prevista de forma abstracta; b) *el elemento personal*, está dado por la persona que realiza el acto gravado o a cuyo respecto se configura el aspecto material, llámese sujeto pasivo de la obligación tributaria; c) *el elemento temporal*, indica el momento exacto en que se produce el hecho descrito en la ley; y, d) *el elemento espacial*, es el lugar donde se realiza el hecho descrito por el legislador. Si uno de estos elementos falta no surge la obligación tributaria.

En el caso *sub júdice*, el supuesto de hecho que justifica la calificación realizada y el correspondiente pago del impuesto municipal es el artículo 9 de la Ley de Impuestos Municipales de Nueva San Salvador, ahora Santa Tecla, que prescribe: «*Considéranse empresas financieras, las instituciones de crédito, los bancos, sucursales de bancos extranjeros, asociaciones de ahorro y préstamo, empresas que se dediquen a la compra y venta de valores, empresas de seguros y cualquier otra, que se dedique a operaciones de crédito, bolsa, financiamiento, afianzadoras, montepíos o casa de empeño y otras similares. Pagarán conforme a la tabla siguiente (...)*». Lo anterior conlleva a que, la Administración tuvo que constatar que la demandante incurría en alguno de los supuestos previstos de manera indudable, para poder legitimar la referida imposición de tributos.

Resulta un hecho constatado que la finalidad social de la demandante, según la certificación de su escritura social de constitución (la cual corre agregada de folios 7 al 15 del expediente administrativo) versa sobre la compra y venta de títulos valores, que en lo pertinente reza de la siguiente forma: *"FINALIDAD SOCIAL. La sociedad tendrá por finalidad: a) la compra y venta de acciones o participaciones de Sociedades tanto nacionales como extranjeras; b) la posesión, ejercicio del dominio y administración de las acciones o participaciones; c) la adquisición de toda clase de títulos valores emitidos por entidades particulares, el estado, municipales, ó entidades autónomas o semi- autónomas; (...) e) la asesoría económica financiera a cualquier tipo de empresa o industrias (...) En general cualquier acto mercantil lícito no comprendido en la enumeración anterior, la cual debe entenderse ejemplificativa y no taxativa"*.

Aunado a lo anterior, es útil hacer un recorrido doctrinario sobre los elementos caracterizadores del supuesto de hecho referido en tantas ocasiones, y constatar que la parte actora incurre efectivamente en la categoría determinada como empresa financiera. En primer lugar, debe aclararse que al término empresa debe reconocérsele una acepción general y no una restrictiva, de tal manera que cuando utilicemos el concepto de empresa en sentido jurídico puede entenderse *"una verdadera organización de actividades, de bienes patrimoniales y de relaciones materiales de valor económico, movidos por la idea rectora del empresario y por la actividad de este y la de sus auxiliares para la obtención de una ganancia"* (Curso de Derecho mercantil, Joaquín Garrigues, Tomo I, séptima edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia).

En segundo lugar se tiene que apuntar que existen varios tipos de empresas, que si bien es cierto tienen como objetivo común el obtener utilidades, éstas se diferencian entre sí por la actividad mercantil que realizan. En el presente caso, interesa aclarar lo correspondiente a las empresas comerciales y de servicios en general y, asimismo, las empresas financieras en particular. La empresa comercial es una empresa intermediaria entre el productor y el consumidor; su función primordial es la compra-venta de productos terminados. De una forma muy sencilla, puede decirse que las empresas de servicios son las que brindan servicios a la comunidad. Ambas categorías son reguladas por la Ley de Impuestos de Nueva San Salvador, sin aportarse elementos distintivos para acotar la pertenencia o no de un sujeto a cada una de ellas, por lo cual estos planteamientos doctrinarios sirven como un indicador de pertenencia.

Por otra parte, los sujetos comprendidos en las llamadas empresas financieras no están en los mismos términos de incertidumbre o indefinición que los antes relacionados, ya que la Ley de Impuestos Municipales de Nueva San Salvador establece una serie de casos en los

cuales se entenderá que una determinada persona jurídica puede comprenderse dentro de tal rubro, entiéndase: (i) las instituciones de crédito, entre las que se enumeran a los bancos, las sucursales de bancos extranjeros y las asociaciones de ahorro y préstamo; (ii) las empresas que se dediquen a la compra y venta de valores; (iii) las empresas de seguros y (iv) cualquier otra que se dedique a operaciones de crédito, bolsa, financiamiento, afianzadoras, montepíos o casa de empeño y otras similares.

En lo que respecta al caso en estudio, debemos recordar que el artículo 9 de la Ley de Impuestos Municipales de Nueva San Salvador considera que son empresas financieras las que se dediquen a la *compra y venta de valores*. Y de lo confirmado en sede administrativa, se puede apuntar también que la finalidad social de la parte actora se adecúa a tal supuesto, ya que en los tres primeros literales de la escritura en la parte de la finalidad se detallan actividades que envuelven la compra y venta de títulos valores, tal es el caso de las acciones o participaciones. Al unir ambos elementos se desprende irrefutablemente que la sociedad demandante sí incurre en la actividad gravada por la Ley en comento, verificándose así el elemento objetivo de la obligación tributaria.

A pesar que se ha comprobado que realiza la actividad sometida a tributación, el abogado de la demandante argumenta que tales transacciones no se realizan habitualmente, ya que la parte actora es una simple tenedora de acciones y que los beneficios que obtienen provienen sólo de las rentas que estas acciones producen. Ante tal afirmación debe recordarse que, para que nazca la obligación tributaria es imperante que en la realidad se verifique el supuesto de hecho previsto en la norma, porque la obligación tributaria (tal como es aceptado pacíficamente en la doctrina) tiene un nacimiento *ex lege*; entiéndase que la obligación nace con independencia de la voluntad de las partes, ya que una vez se realice el hecho descrito y tipificado se devengará inevitablemente la obligación, de acuerdo al mandato de la ley.

En nuestro caso, la ley prescribe que si la sociedad se dedica a la venta y compra de títulos valores nace la obligación tributaria. Además, no puede alegarse que la sociedad no tiene dentro de su finalidad —entendida como la razón de ser de su creación— el cumplimiento de tal actividad, su nacimiento como persona jurídica está supeditado a obtener beneficios de acuerdo a su giro, es decir, con la venta y compra de títulos valores.

Según lo constatado en el expediente administrativo y por lo expuesto por las partes, la Municipalidad de Santa Tecla determinó la ocurrencia de la obligación tributaria en el siguiente sentido: (1) En primer lugar acreditó el *elemento material de la obligación*, ya que comprobó la ocurrencia de la actividad gravada, que como antes se detalló se refiere a la compra y venta de títulos valores; (2) posteriormente, se estableció el *elemento*

personal, lo cual sucedió cuando identificó como sujeto pasivo de la obligación a [la demandante], ya que es tal persona jurídica la que materializa el supuesto de hecho; (3) luego, delimitó el *elemento espacial*, cuando vinculó la ocurrencia del supuesto con el área metropolitana de Santa Tecla, por ser éste la circunscripción donde realiza sus actividades el sujeto pasivo y ser el lugar de su domicilio y tiene aplicación la Ley de Impuestos Municipales de Nueva San Salvador, ahora Santa Tecla; y (4) en último lugar relacionó el *elemento temporal de la obligación*, ya que precisó que las actividades gravadas se ejecutaron desde el período de mil novecientos noventa y siete hasta el año de mil novecientos noventa y nueve.

Es, pues, en el orden de ideas expuesto que se concluye que los actos controvertidos no adolecen de las ilegalidades que la sociedad actora apuntó, ya que las referidas autoridades tenían la competencia suficiente para dictar los actos, siguieron procedimientos apegados a la normativa vigente y aplicaron las normas correspondientes en debida forma, comprobando la ocurrencia efectiva del supuesto de hecho impositivo."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 79-2006 de fecha 30/10/2009)

El presente juicio ha sido promovido en contra de la emisión de la resolución emitida por el Jefe del Departamento de Catastro de Empresas de la Alcaldía Municipal de Santa Ana, en la que se recalificó de oficio a la sociedad demandante, y se fija una nueva base imponible para el pago de la tasa correspondiente; y en contra de la resolución emitida por el Concejo de dicha municipalidad en la que confirma la resolución anterior.

El punto central en este proceso consiste en determinar si en la calificación de oficio efectuada por el Jefe del Departamento de Catastro de Empresas, se debió aplicar el procedimiento previsto en la Ley General Tributaria Municipal, tal y como lo sostiene la parte actora, o, como manifiestan las autoridades demandadas, dicho procedimiento sólo se aplica cuando se trata de impuestos municipales y no en el caso de las tasas municipales, además que éste solo tiene aplicación para calificar a un contribuyente que ha omitido inscribirse para el pago de las obligaciones tributarias, y que en este caso, la obligación tributaria ya estaba calificada. [...]

FACULTAD PARA DETERMINARLA

La Administración Tributaria Municipal tiene entre sus principales funciones las de: "determinación, aplicación, verificación, control y recaudación de los tributos" según lo prescrito por los arts. 72 y 76 de la LGTM.

El citado cuerpo legal le confiere a la Municipalidad, en sus artículos 72, 76 n° 2° y 81, la facultad de determinar la obligación tributaria conforme a los procedimientos establecidos en su capítulo III.

El Capítulo III de la LGTM se denomina "Del procedimiento administrativo tributario municipal", en la sección primera, establece las reglas generales, en la sección segunda, los procedimientos para determinar la "obligación tributaria municipal".

El artículo 100 de dicho cuerpo normativo señala que: "(...) la determinación de la obligación tributaria municipal es el acto jurídico por medio del cual se declara que se ha producido el hecho generador de un tributo municipal, se identifica al sujeto pasivo y se calcula su monto o cuantía. La determinación se rige por la Ley, ordenanza o acuerdo vigente en el momento en que ocurra el hecho generador de la obligación".

El acto de determinación de la obligación tributaria municipal como tal, es el resultado que surge de una serie de actuaciones entre la Administración y el sujeto obligado, orientadas a asegurar la realización de un interés público que consiste en la adquisición del tributo sujetándose a las reglas establecidas en la Ley para ese fin. Implica entonces, que la Administración como titular de la función tributaria, debe actuar y cumplir cada una de las etapas que la ley le impone para que pueda emitir su decisión que contenga el monto de la obligación correspondiente. La Ley General Tributaria Municipal, en su art. 106 prescribe cuales son las formas o reglas a seguir previo la emisión del acto en cuestión.

TRIBUTOS MUNICIPALES

Esta Sala estima conveniente determinar, para los efectos de esta sentencia, el alcance de la denominación "tributo municipal".

Inicialmente, se destaca el concepto de tributo como una obligación de dar una suma de dinero establecida por la ley -conforme al principio de capacidad - a favor de un ente público para sostener sus gastos.

Los tributos doctrinariamente se han clasificado en: impuestos, tasas y contribuciones especiales; esta clasificación es retomada por el legislador salvadoreño, tal como lo dispone el art. 3 de la LGTM.

Los impuestos se caracterizan porque el Estado los exige a los contribuyentes, no tienen como contrapartida un derecho a una contraprestación fiscal concreta. Las tasas, en cambio, generan para el contribuyente una contraprestación de forma directa, le produce un beneficio individualmente determinable. Finalmente, en las contribuciones especiales el cobro al contribuyente genera beneficios para éstos, pero de forma indirecta.

De lo anterior puede colegirse que el impuesto y la tasa se diferencian en que, el primero es exigido sin que se genere ninguna contraprestación o beneficio para el contribuyente; por otra parte, la tasa sí genera un beneficio directo para el particular, esta característica es la que determina su esencia.

Siguiendo el orden de ideas expuestas, se concluye que si el hecho imponible del tributo se encuentra normativamente vinculado a una actividad del ente público, referida directamente al contribuyente y vinculada a una contraprestación, dicho tributo es una tasa.

La tasa se define en el artículo 5 de la LGTM como: "(...) los tributos que se generan en ocasión de los servicios públicos de naturaleza administrativa o jurídica prestados por los Municipios".

Lo anterior implica que la Administración Pública podrá ejercitar el cobro de una tasa siempre y cuando concurren dos condiciones: (i) que el hecho generador se encuentre previamente regulado en la ley u ordenanza; y, (ii) que la prestación del servicio sea efectiva, verificable y tenga un destinatario en concreto individualizable.

Con relación a la primera condición indicada, visto el tributo como una prestación ex lege, la doctrina es abundante y coincidente, puesto que no podría concebirse la idea de un tributo sin regulación legal previa.

En cuanto a la segunda condición, es menester que la Administración tenga las herramientas legales y materiales que hagan susceptibles de evaluación y comprobación la existencia del hecho generador individualizado en el administrado. Lo anterior, puesto

que es condición indispensable en el caso de las tasas que exista efectivamente la prestación de un servicio, lo que trae aparejado como consecuencia la inexistencia de la obligación tributaria en aquellos casos en que no se pueda comprobar la prestación individualizada.

La misma tendencia sigue la Sala de lo Constitucional, al reconocer que los tributos pueden ser clasificados de numerosas formas. Siguiendo una teoría tripartita, pueden ser: impuestos, tasas y contribuciones. En ese sentido, en la Inconstitucionalidad acumulada 31-2002, dicho Tribunal advirtió: "el criterio esencial para la diferenciación entre impuesto municipal y tasa municipal, es la existencia o no de una actividad del municipio referida inmediata y directamente al sujeto pasivo de la obligación tributaria; actividad que se presenta imprescindible en el caso de las tasas, y que el art. 4 de la Ley General Tributaria Municipal llama "contraprestación". Sin embargo, siguiendo el último precedente jurisprudencial citado, es de aclarar que tal concepto no debe entenderse de la misma forma que ocurre en materia de contratos sinalagmáticos -pues la tasa comparte la naturaleza de los otros tributos, en el sentido de ser obligaciones ex lege-, sino como la vinculación del hecho imponible a la actividad del municipio, consistente en la prestación de un servicio público, de carácter administrativo o jurídico, que es el presupuesto para el nacimiento de la obligación del contribuyente de pagar la tasa".

Se entiende entonces que dentro del género tributo, se encuentran tanto las denominadas contribuciones especiales, como los impuestos y las tasas. En consecuencia, si el legislador se ha referido a la "obligación tributaria municipal" o al "tributo municipal" sin efectuar ningún tipo de diferenciación, se debe entender, de conformidad a las anteriores consideraciones, que dentro de dicho rubro se encuentra comprendido tanto el impuesto como la tasa, además de las denominadas contribuciones. Y es el aplicador de la Ley -que en el caso de mérito es la Municipalidad de Santa Ana-, el que debe respetar, de conformidad al principio de legalidad, lo previamente establecido en la misma, estudiando su viable aplicación a cada caso en concreto, de tal manera que al limitar la esfera jurídica del administrado, no se trasgredan sus derechos.

PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL

El art. 105, del cuerpo normativo en estudio, establece que la Administración Tributaria Municipal procederá a determinar de oficio la obligación tributaria, en tanto no prescriba la facultad correspondiente, en los casos siguientes: "1°. Cuando el contribuyente o

responsable hubiere omitido presentar declaraciones, estando obligado a hacerlo, o hubiere omitido el cumplimiento de la obligación a que se refiere el art. 108 de esta Ley; 2°. Cuando la administración tributaria municipal tuviere dudas razonables sobre la veracidad o exactitud de las declaraciones presentadas, o no se agregaren a éstos, los documentos anexos exigidos; 3° Cuando el contribuyente no llevare contabilidad, estando obligado a ello por esta Ley y otro ordenamiento legal o no la exhibiere al serle requerida, o la que llevare no reflejare su capacidad económica real".

Por su parte, el artículo 106 de la LGTM prescribe el procedimiento que la Municipalidad debe seguir para determinar de oficio la "obligación tributaria", de la siguiente forma: primero, la Municipalidad notificará y transcribirá al contribuyente, las observaciones o cargos que tuviere en su contra, incluyendo las infracciones que se le imputen; posteriormente, el contribuyente o responsable deberá formular y fundamentar sus descargos, dentro del plazo de quince días prorrogables, cumplir con los requerimientos que se le hicieren y ofrecer las pruebas pertinentes de sus argumentos. Después de que se dé la contestación del contribuyente, se abrirá a prueba por el término de quince días, si se hubiese pedido. La Administración Tributaria Municipal podrá de oficio o a petición de parte, ordenar la práctica de otras diligencias dentro del plazo que estime apropiado.

Si el contribuyente o responsable no formula y fundamenta sus descargos, esta facultad caducará. La Municipalidad debe hacer constar los casos en que el contribuyente acepte los cargos determinados por ella. Finalmente, la Administración Tributaria Municipal deberá, en un plazo de quince días, determinar la obligación tributaria.

En este sentido, es oportuno señalar, que el procedimiento administrativo, como elemento formal del acto administrativo, desempeña una función de plena garantía para el administrado, ya que le proporciona la oportunidad de intervenir en su emisión, y objetar -si lo desea- los puntos con que esté en desacuerdo, a través de las pruebas que considere pertinentes.

Es así, que los vicios procedimentales, acarrear la ilegalidad del acto, cuando éste se haya dictado colocando al administrado en una situación de indefensión, es decir, con una disminución efectiva, real y trascendente de sus garantías.

Las autoridades demandadas, manifestaron que es falso que no se le haya seguido el procedimiento previo para la determinación de la obligación tributaria tal como lo exige la LGTM, pues en coordinación con empleados de dicha sociedad y empleados del Departamento de Catastro de Empresas de la Alcaldía Municipal se realizaron todos los trámites necesarios para determinar el monto de la obligación tributaria, amparándose en

lo establecido en el artículo 11.71.1 de la Ordenanza Reguladora de Tasas por Servicios Municipales de la ciudad de Santa Ana. [...]

De todo lo apuntado es pertinente tener claro los siguientes aspectos:

Dentro de la obligación tributaria municipal, se encuentran comprendidos tanto los impuestos como las tasas y las denominadas contribuciones especiales. En consecuencia, el art. 105 de la LGTM, establece los supuestos en los cuales la municipalidad procederá a determinar de oficio la "obligación tributaria", sin distinguir si se trata de una calificación o recalificación como lo sostienen las autoridades demandadas; y,

Que el cálculo del monto o cuantía del tributo debe resultar de una serie de actuaciones realizadas entre la Administración y el sujeto obligado, orientadas a asegurar la ejecución de un interés público que consiste en la adquisición del tributo sujetándose a las reglas establecidas en la Ley para ese fin.

Esta Sala, al revisar los hechos acaecidos en sede administrativa, comprueba que al existir una apreciación técnica para determinar el hecho generador efectuado por la demandante, que sirve de base de la obligación tributaria municipal y tratándose de una tasa cuya prestación carece de inmediatez, el Jefe del Departamento de Catastro de Empresas, antes de emitir la resolución de fecha veinticinco de octubre de dos mil cinco, debió aplicar el procedimiento regulado por el art. 106 de la LGTM, ya que, la conducta de la sociedad actora, al no presentar la información requerida para la correspondiente recalificación, encaja en los supuestos regulados en el art. 105 de la LGTM. Por lo tanto, dicha autoridad debió seguir el procedimiento tasado en la Ley para garantizar a la demandante el ejercicio de sus derechos.

En este sentido, es importante destacar que en sede administrativa el debido proceso se enfoca principalmente en el derecho del administrado a ser oído en el procedimiento y encuentra su concreción cuando los administrados plantean sus alegatos, tienen una real oportunidad de probarlos y, por consiguiente, son tomados en cuenta por la Administración Pública al momento de resolver. Además, el acto administrativo se encuentra configurado por una serie de elementos "subjetivos, objetivos y formales", los cuales deben concurrir en debida forma para que el mismo se constituya válido, bastando la concurrencia de vicios en uno de los elementos para que dicho acto devenga en ilegal.

Consecuentemente, siendo que el procedimiento constituye un elemento formal del acto administrativo y habiéndose establecido en el presente juicio, que el Jefe del

Departamento de Catastro de Empresas de la ciudad de Santa Ana, al efectuar la recalificación de contribuyente y la determinación del impuesto municipal que se discute, omitió la aplicación del procedimiento legalmente establecido, resulta, que el acto administrativo impugnado pronunciado por dicha autoridad, deviene en ilegal por ese vicio, y, por consiguiente, se determina que con dicha actuación existió violación a los derechos de audiencia y defensa aludidos por la sociedad demandante, vulnerando con ello el principio de legalidad.

Finalmente, se debe apuntar, que debido a que el Acuerdo emitido por el Concejo Municipal de Santa Ana -segundo acto administrativo impugnado-confirma la Resolución supra relacionada, basándose en que el Jefe de Catastro de Empresas no tenía que seguir el procedimiento regulado por la LGTM, este Tribunal, como consecuencia de tal confirmación, también debe declarar la ilegalidad del mismo.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 87-2006 de fecha 21/05/2009)

DIRECCIÓN GENERAL DE IMPUESTOS INTERNOS: DETERMINACIÓN DEL COMPLEMENTO AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

CTE S.A. DE C.V. impugna de ilegales: a) resolución dictada por la Dirección General de Impuestos Internos, en la que determina pago de complemento del Impuesto Sobre la Renta e impone una multa; y b) la resolución pronunciada por el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas, que confirma en todas sus partes la anterior resolución.

La parte actora fundamenta su pretensión en los siguientes puntos:

a) La designación de auditores fue realizada por la Subdirección de Medianos Contribuyentes y no por la Subdirección de Grandes Contribuyentes. La designación es ilegítima pues ha sido hecha por una entidad que no poseía capacidad administrativa para hacerlo.

b) El informe de auditoría es insuficiente ya que no se establecen con detalle las razones por las cuales objetan los gastos en concepto de publicidad para servicios de telefonía celular.

c) Los auditores también objetaron los gastos, relacionados con la amortización de complemento de Crédito Mercantil. CTE S.A. DE C.V., no está de acuerdo con esta objeción pues los inmuebles cuya obsolescencia registró la sociedad son causal directa del incremento del Crédito Mercantil. El desecho y comprobación de inexistencia de los activos no constituyen una pérdida de capital. No se necesita autorización previa de la Dirección General de Impuestos Internos para proceder a la deducción de cantidades identificadas como Crédito Mercantil.

d) El Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas ha violentado el artículo 6 de la Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas pues no analizó a profundidad los argumentos planteados en la apelación.

AUTO DE DESIGNACIÓN DE AUDITOR

La parte actora ha sido calificada por parte de la Administración como "Gran Contribuyente" y la designación de las facultades de los auditores emanó de la Subdirección de Medianos Contribuyentes. Considera que esta entidad carece de las facultades administrativas suficientes para ordenar fiscalizaciones sobre un Gran Contribuyente.

De acuerdo con el art. 4 de la Ley Orgánica de la Dirección General de Impuestos Internos, dicha dependencia es dirigida y administrada por un Director General y un Subdirector General, quienes actúan con atribuciones propias determinadas por la Ley.

Así, el art. 7 prescribe las funciones del Subdirector General, dentro de las cuales se encuentra la descrita en la letra e) ejercer el seguimiento y control del sistema de funciones operativas a efecto de optimizar el cumplimiento tributario, lo que incluye la emisión de actos y resoluciones administrativas.

La Ley en comento autoriza al Director General como al Subdirector General poder delegar una o más funciones que esa les confiere a cualesquiera de sus funcionarios, técnicos y demás empleados. Tanto el Director como el Subdirector conservan siempre las responsabilidades inherentes a sus cargos (art. 8 incisos segundo y tercero).

En el caso de autos, el Coordinador de Grupos de Fiscalización de la Sub- Dirección de Medianos Contribuyentes designó a dos auditores por delegación de la Subdirección General.

El Acuerdo Número Doce, emitido por la Dirección General de Impuestos Internos a las nueve horas treinta minutos del catorce de marzo de dos mil uno, faculta a los Coordinadores de Grupos de Fiscalización de la Subdirección de Grandes Contribuyentes, Subdirección de Medianos Contribuyentes, Subdirección Central de Fiscalización, así como a los Coordinadores de Grupos de Fiscalización de las Oficinas Regionales de Oriente y Occidente autorizar con su firma y sello todas aquellas actuaciones administrativas y proveer los autos necesarios para el fiel cumplimiento y aplicación del Código Tributario o de leyes tributarias que administra la Dirección General de Impuestos Internos. Entre tales actuaciones se mencionan los siguientes: autos de designación de auditores o peritos a quienes se faculta para realizar la fiscalización, verificación y control del cumplimiento de las obligaciones tributarias, los autos de requerimientos, prevenciones y emplazamientos a los sujetos pasivos, entre otros.

En ese sentido, el artículo 174 inciso quinto del Código Tributario dispone que "los auditores tienen las facultades que de conformidad a este Código les asigne la Administración Tributaria en el acto de su designación." En consecuencia, las facultades para emitir los autos de designación de auditor, según el Acuerdo Número Doce antes citado son los Coordinadores de los Grupos de Fiscalización, independientemente de que estén adscritos a cualquiera de las Subdirecciones u Oficinas Regionales.

Por tanto, el auto de designación de auditor en este caso, si bien fue suscrito por un funcionario de la Subdirección de Medianos Contribuyentes, es legal puesto que es emitido por delegación expresa de la autoridad competente para tal efecto: la Subdirección General de Impuestos Internos. Ésta representa a la Administración Tributaria, que es la que en última instancia y conforme al artículo 174 del Código Tributario tiene la facultad de fiscalización.

OBJECCIÓN A LOS GASTOS DE PUBLICIDAD

La parte actora alega que el Informe de los Auditores es "diminuto" porque no se estableció con suficiente detalle la razón de fondo por la cual objetaban los gastos de publicidad para servicios de telefonía celular; la objeción fue determinada "a priori".

Expone que el Informe de Auditoría no ha ilustrado suficientemente a la Dirección General de Impuestos Internos para que pueda determinar con justicia el impuesto complementario a pagar.

Sin embargo, consta en el expediente administrativo que la objeción de los gastos de publicidad no ha sido determinada "a priori" pues los auditores determinaron tal objeción a partir del análisis practicado a las cuentas registradas en la contabilidad de CTE, S.A. DE C.V.; así mismo fueron verificados también los libros de contabilidad de la contribuyente.

El Informe de Auditoría fue notificado a la sociedad demandante, se le dio audiencia, se abrió a pruebas y con todos estos datos, la Dirección General dictó la resolución que determina el impuesto complementario. La sociedad actora ha tenido amplia oportunidad de presentar pruebas contundentes para desvirtuar la objeción a los gastos de publicidad, tanto en la Dirección General de Impuestos Internos como en el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas, sin embargo se limitó únicamente a alegar su descontento con el informe de auditoría que sirvió como base para la determinación del impuesto complementario a pagar.

Esta última autoridad nombró un analista tributario contable que también verificó el registro contable de la publicidad, concluyendo que los pagos fueron por cuenta de un tercero. En virtud de ello, el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas confirmó la resolución de la Dirección General en el sentido de declarar procedente la objeción a los gastos de publicidad.

Por tanto, el Informe de Auditoría ilustró de manera técnica y legal a la Dirección General de Impuestos Internos la objeción a los gastos de publicidad y la parte impetrante no ha sabido controvertir de manera contundente dicha objeción.

Objeción a los gastos relacionados con la amortización de complemento de Crédito Mercantil

"El crédito mercantil o derecho de llave es el sobrepago que se paga por adquirir una empresa, por el simple hecho de ser una empresa en marcha. Quien adquiere una empresa en marcha, no pagará solamente el valor de las cosas que la forma (...) El enajenante tiene derecho a cobrar algún excedente, desde luego que transfiere una empresa que tiene ya una clientela establecida, de la cual se aprovechará el adquirente; esta cantidad constituye el derecho de llave o crédito mercantil." Así define el crédito mercantil el autor Roberto Lara Velado en su obra "Introducción al Derecho Mercantil".

Señala CTE, S.A. DE C.V., en su escrito de demanda que al adquirir ANTEL, adquirió una serie identificable de activos los cuales poseían un valor contable bastante elevado, el cual al ser cruzado con el valor justo de mercado, arrojó una cantidad que fue reconocida como Crédito Mercantil mediante nota emitida el trece de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.

CTE, S.A. DE C.V., reconoce que muchos de los bienes adquiridos son obsoletos o inexistentes. Argumenta que la pérdida de capital está conceptualizada en el artículo 14 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta y pretende justificar un incremento en el Crédito Mercantil motivado por la determinación de Activos Fijos Identificables, en calidad de obsoletos.

Evidentemente hubo un decremento de activos fijos, la cual constituye una pérdida de capital no siendo deducible de la renta obtenida, según lo establecen los artículos 28 inciso primero y 29-A- numeral 10 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta.

La pérdida de capital debe entenderse como el fenómeno contrario a la ganancia de capital (artículo 14 de la referida Ley) y como una erogación con importancia para determinar si es o no deducible de la renta obtenida, que suceden cuando existen los casos de daños, destrucción, extravío, robo u obsolescencia de bienes.

En el presente caso, la sociedad consideró que el desecho de activos obsoletos y la depuración del activo por bienes sobrevaluados e inexistentes es causal directa de incremento del Crédito Mercantil y por tanto tenía derecho a deducción del Impuesto Sobre la Renta.

No obstante, la valuación posterior de los bienes adquiridos por CTE, S.A. DE C.V., no encaja como deducción admisible porque en esencia no se trata de erogaciones de la naturaleza de gasto o costo sino de una pérdida relacionada con el monto de la inversión que realizó originalmente CTE, S.A. DE C.V., al adquirir ANTEL.

Es conveniente aclarar que el Código de Comercio y las Normas Internacionales de Contabilidad no son la base para pretender acceder a deducciones de la Renta obtenida, debido a que en virtud al Principio de Reserva de Ley Tributaria, las deducciones en esta materia deben estar preestablecidas de forma expresa en la Ley de Impuesto Sobre la Renta. (Artículos 28 y 29).

En conclusión, la Dirección General emitió una resolución legal, al determinar el pago de impuesto complementario y multa. Los Auditores objetaron correctamente los gastos en concepto de amortización de Crédito Mercantil.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIONES DE LOS IMPUESTOS INTERNOS Y DE ADUANAS

Sobre el artículo 6 de la Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas, éste establece:

"El Tribunal podrá conocer de cualesquiera situaciones de hecho que plantee el recurrente, siempre que hayan sido previamente deducidas ante la Dirección General. Podrá igualmente recibir pruebas que no fueron producidas ante la Dirección General, cuando se justificaren ante ésta como no disponibles".

Se ha tenido a la vista el expediente administrativo que el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas llevó a nombre de CTE, S.A. DE C.V., y la parte actora tuvo la oportunidad de plantear sus argumentos tanto en el escrito de interposición del Recurso como en los alegatos finales, ya que el incidente de apelación fue declarado de mero derecho.

El Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas conoció de todas las situaciones expuestas por la sociedad demandante, nombró a un analista tributario contable para que verificara y analizara la actuación de la Dirección General de Impuestos Internos. Dicho analista rindió informes al Tribunal en los cuales expresó sus conclusiones sobre los hechos alegados en el escrito de interposición del recurso.

El Tribunal estaba "obligado a emitir una resolución en la cual, previo análisis fáctico y jurídico respecto de los hechos planteados, determine la procedencia o improcedencia de la objeción".

A criterio de esta Sala, el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas sí cumplió con la obligación referida. CTE, S.A. DE CV., no puede alegar violación al derecho de audiencia establecido en el artículo 11 de la Constitución de la República "porque el Tribunal no analizó a profundidad los hechos".

La resolución dictada por el Tribunal de Apelaciones no quebranta el art. 6 de la Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas y por lo tanto es legal.

Con base en lo antes expuesto y por haber sido desestimados todos y cada uno de los argumentos en que la parte actora pretendía hacer recaer la ilegalidad de los actos reclamados, esta Sala concluye que los mismos son legales.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 363-C-2004 de fecha 10/2/2009)

DIRECCIÓN GENERAL DE LA RENTA DE ADUANAS

La sociedad demandante dirige su pretensión contra los actos emitidos por el Jefe del Departamento Jurídico de la Dirección General de la Renta de Aduanas (en adelante DGRA), por medio de la cual se determina una infracción tributaria y, en consecuencia, se condena a la sociedad demandante al pago de complementos en concepto de Derechos Arancelarios a la Importación y del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, además se le impone una multa.

En vista que dos de los actos impugnados han sido pronunciados por el Jefe del Departamento Jurídico de la Dirección General de la Renta de Aduanas, y no por el Director General de dicha institución, se vuelve necesario analizar previamente el aspecto relativo a la competencia del referido funcionario para realizar dicha actuación.

Durante todo el análisis del presente caso debe tenerse como base el contenido del Principio de Legalidad, pilar fundamental del Estado de Derecho. En virtud de este principio, los funcionarios públicos deben actuar con estricto apego al ordenamiento jurídico y sólo pueden ejercer aquellas potestades que dicho ordenamiento les confiere, por los cauces y en la medida que el mismo establece (art. 86 inc. 3° Cn.).

ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS POR PARTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Esta Sala ha indicado en reiteradas sentencias que la competencia constituye un elemento esencial de todo acto administrativo y debe ser entendida como la medida de la potestad que corresponde a cada órgano. Como elemento esencial del acto administrativo, la competencia condiciona necesariamente su validez.

Asimismo, se ha considerado en repetidos pronunciamientos que la competencia es en todo caso una determinación normativa, porque el ordenamiento jurídico es el que sustenta las actuaciones de la Administración mediante la atribución de potestades, habilitándola a desplegar sus actos. "En síntesis, el acto administrativo requiere una cobertura legal, es decir, la existencia de una potestad habilitante que otorgue competencia al órgano o funcionario emisor" (Sentencia definitiva dictada en el proceso contencioso administrativo ref. 69-S-96, de las nueve horas y cuarenta y siete minutos del día quince de diciembre de mil novecientos noventa y siete).

Lo anterior encuentra su fundamento en el inciso primero del art. 86 de la Constitución, que reza en lo pertinente: "El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establezcan esta Constitución y las leyes". Ello se complementa con el ya referido inciso tercero del mismo artículo: "Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley". Finalmente, el art. 131, No. 21 establece que: "Corresponde a la Asamblea Legislativa: ...21° Determinar las atribuciones y competencias de los diferentes funcionarios cuando por esta Constitución no se hubiese hecho".

Entonces, puede afirmarse que en el ordenamiento jurídico salvadoreño, la atribución de competencias, cuando no estuviera reglada en la Constitución o en los reglamentos autónomos derivados del mismo texto constitucional, será una materia reservada a ley formal. Como es sabido, la reserva de ley impide que otros órganos regulen una determinada materia o que el mismo Órgano Legislativo se desvincule de dicha potestad normativa vía la deslegalización de la materia. Al respecto, la Sala de lo Constitucional ha afirmado: "la reserva de ley es la garantía de que un determinado ámbito vital de la realidad, dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes de aquellos involucrados necesariamente en dicho ámbito: los ciudadanos" (Sentencia de inconstitucionalidad ref. 27-1999 de las nueve horas del día seis de septiembre de dos mil uno).

Esta decisión del constituyente de apartar para el legislador ordinario la materia particular de la atribución de competencias, contribuye indudablemente al control del poder público concretado en la Administración, que de lo contrario podría autoatribuirse competencias, alejándose del mandato de su soberano: los administrados. Así ha afirmado la Sala de lo Constitucional: "la preferencia hacia la ley en sentido formal para ser el instrumento normativo de ciertas materias, proviene del plus de legitimación que posee la Asamblea

Legislativa por sobre el resto de órganos estatales y entes públicos con potestad normativa, por recoger y representar la voluntad general" (Sentencia citada supra).

A partir de los presupuestos antes aludidos, interesa ahora determinar el marco jurídico que sustenta la competencia de la Dirección General de la Renta de Aduanas, y en su caso, del funcionario emisor de los dos primeros actos impugnados.

CREACIÓN Y ESTRUCTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA RENTA DE ADUANAS

La Dirección General de la Renta de Aduanas fue creada mediante Decreto Legislativo número 43 de fecha siete de mayo de mil novecientos treinta y seis, publicado en el Diario Oficial número 104, Tomo 120, del día doce del mismo mes y año, como "dependencia del Ramo de Hacienda".

En el art. 1° del referido Decreto Legislativo, se determina que la Dirección se crea "bajo la responsabilidad de un Jefe denominado Director General de la Renta de Aduanas". De esta disposición se infiere que el Director General de la Renta de Aduanas es la máxima autoridad de dicho órgano, y en consecuencia, a quien corresponde la titularidad de la institución. En el art. 4° del mismo decreto se establecen "las principales atribuciones y facultades de la Dirección General de la Renta de Aduanas".

Esta atribución (competencia) es reiterada en otras normas de materia aduanal. Así, debido a su valor normativo equiparable al de ley formal conforme al art. 144 de la Constitución, es necesario referirse al inciso primero del art. 5 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano (aprobado por acuerdo de los representantes plenipotenciarios de los países centroamericanos de fecha siete de enero de mil novecientos noventa y tres) el cual determina que "la Dirección General de Aduanas es el organismo superior aduanero, a nivel nacional, dependiente del ramo de hacienda o finanzas que tiene a su cargo la dirección técnica y administrativa de las Aduanas u oficinas aduaneras, y demás actividades del ramo". Resulta también ilustrativo a efectos de esta sentencia citar el inciso segundo de dicho artículo: "Para el efectivo cumplimiento de sus funciones la Dirección General de Aduanas, establecerá su propia organización interna de acuerdo a la legislación de cada país".

De esta última disposición citada se colige que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia sobre la materia aduanera a la Dirección General de la Renta de Aduanas, la

cual a su vez podrá organizarse internamente a efecto de cumplir con sus fines. Asimismo, se establece que el ejercicio de las potestades atribuidas por el ordenamiento a la Dirección General de la Renta de Aduanas corresponde en principio a su Director, a menos que el legislador las asigne a otro órgano o autorice la delegación de las mismas.

Adicionalmente, el Órgano Ejecutivo ha dictado el Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección General de la Renta de Aduanas (Decreto Ejecutivo número 114, de fecha doce de octubre de mil novecientos noventa y ocho, publicado en el Diario Oficial número 204, tomo 341 del tres de noviembre del mismo año) que "tiene por objeto regular el marco de atribuciones que competen a la Dirección General de la Renta de Aduanas (...) y permitir de una manera flexible, el establecimiento de su estructura orgánica, a efecto de garantizar su constante readecuación a las exigencias del comercio internacional, dentro de un enfoque de aseguramiento de la calidad de sus servicios" (art. 1).

El reglamento en comento hace eco de la atribución competencial del decreto de creación y del Código Aduanero Uniforme Centroamericano, antes citados, al establecer en su art. 8 lo siguiente: "La Dirección es la máxima autoridad dentro de la estructura orgánica funcional de la Institución y es la encargada de dictar, coordinar y controlar las políticas, normas y disposiciones que regulan las actividades aduaneras. La Dirección será ejercida por el Director General de la Renta de Aduanas". Por su parte el art. 9 del mismo reglamento enumera las funciones de la Dirección General.

FUNCIÓN FISCALIZADORA

Debido a la naturaleza de los dos primeros actos impugnados, es decir, la Resolución DJCO-704 y la Resolución DJCO-797, interesa determinar sucintamente cuál es el funcionario competente para el ejercicio de la función fiscalizadora en materia de aduanas. Así, de conformidad con el art. 33 inciso segundo del Código Aduanero Uniforme Centroamericano, corresponde a la Dirección General "la fiscalización de las operaciones contenidas en la declaración". Por su parte, la Ley de Simplificación Aduanera hace referencia a las potestades de "fiscalización, inspección, investigación y control", que corresponden a la Dirección General en materia de aduanas (art. 14).

En todo caso, debe entenderse que siendo el Director General el titular de la institución, es a este funcionario a quien corresponde, en principio, el ejercicio de tales potestades relativas a la materia aduanal.

DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS

La primera resolución impugnada DJCO-704, fue emitida por el Jefe del Departamento Jurídico de la Dirección General de la Renta de Aduanas. En dicho acto, el funcionario - actuando en nombre de la Dirección General de la Renta de Aduanas- determinó la cantidad de setenta y un mil seiscientos treinta nueve dólares con setenta y seis centavos en concepto de impuesto complementarios que debe cancelar la sociedad demandante y le impuso una multa.

La resolución DJCO-797 también fue emitida por el Jefe del Departamento Jurídico, actuando en nombre de la Dirección General de la Renta de Aduanas. El funcionario declaró sin lugar el recurso de reconsideración interpuesto por la parte actora y confirmó en todas sus partes la resolución DJCO-704.

Como se ha determinado previamente -a la vista del marco jurídico vigente- la titularidad de la Dirección General de la Renta de Aduanas recae sobre su Director General, y por tanto lo convierte, en principio, en el funcionario competente para la emisión de actos como los impugnados relativos a la función fiscalizadora y sancionadora en materia aduanal, y para conocer del recurso de reconsideración.

Sin embargo, se advierte que en las resoluciones DJCO-704 y DJCO-797, se hace alusión al Acuerdo 59 de fecha cinco de julio del año dos mil, por el cual la Dirección General delegó a partir de esa fecha y de forma indefinida en el Jefe del Departamento Jurídico la función de autorizar "con su firma las Resoluciones, autos y demás actos o decisiones que se emitan en relación a la Legislación de Aduanas (sic)". Debido a que la delegación constituye una de las formas aceptadas por el ordenamiento jurídico administrativo para transferir competencias entre funcionarios, resulta necesario examinar sucintamente si dicho acuerdo sustenta en este caso, y por esa vía, la actuación del Jefe del Departamento Jurídico de la Dirección General de la Renta de Aduanas.

A este efecto debe tenerse en cuenta el ordenamiento aplicable al caso subjúdice y comprobar si dicha modalidad de transferencia de competencia está contemplada en el mismo.

A la fecha de emisión de las referidas resoluciones, dos de octubre de dos mil uno y uno de noviembre de dos mil uno, ya estaba vigente el Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección General de la Renta de Aduanas al que se ha hecho alusión antes.

El art. 1 -ya citado- del Reglamento en mención establece como objetivo del mismo regular el marco de atribuciones que competen a la Dirección General de la Renta de Aduanas. A continuación, el art. 2 establece que ésta "tiene como función privativa el ejercicio de la potestad aduanera", determinando a continuación las que denomina "sus funciones principales". Adicionalmente, dicho artículo configura la naturaleza orgánica de la Dirección General de la Renta de Aduanas, como "la dependencia del Estado, facultada para emitir pronunciamientos técnicos tributarios, sobre la aplicación de las disposiciones legales en materia aduanera".

Los siguientes artículos del Reglamento regulan la estructura orgánica de la Dirección General y las respectivas funciones de sus dependencias. Así, el art. 8 reza a la letra: "La Dirección es la máxima autoridad dentro de la estructura orgánica funcional de la Institución y es la encargada de dictar, coordinar y controlar las políticas, normas y disposiciones que regulan las actividades aduaneras. La Dirección será ejercida por el Director General de la Renta de Aduanas". Posteriormente, el art. 9 enumera las funciones asignadas al Director General.

Por otra parte, el art. 22 del Reglamento dispone: "Los funcionarios de los niveles Directivo y Ejecutivo podrán delegar funciones, debiendo hacerlo por medio de una resolución y especificando al funcionario o cargo bajo su dependencia directa, al que se le delegue, detallando además las funciones, período y alcance de dicha delegación. El funcionario o empleado en quien recaiga la delegación, contraerá todas las responsabilidades que se deriven de los actos que autorice, en el ejercicio de las funciones delegadas".

Esta última disposición citada constituye la única referencia del ordenamiento aplicable, que hace alusión a la delegación de competencias y de ahí que resulte necesario analizar la legalidad de este tipo de delegaciones.

Como es sabido, la delegación es una modalidad de transferencia del ejercicio de la competencia, en virtud de la cual un órgano de la Administración puede trasladar a un

inferior el ejercicio de funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye, siempre que el mismo ordenamiento lo habilite expresa y específicamente para ello.

Sin embargo, aún cuando el Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección General de la Renta de Aduanas permitía expresamente la delegación de potestades propias de los funcionarios de niveles Directivo y Ejecutivo a funcionarios jerárquicamente inferiores, esta disposición reglamentaria violenta la reserva de ley sobre la materia de atribución de competencias. Así como sólo el legislador -a falta de disposición constitucional o reglamento autónomo- puede asignar competencias, también la delegación de las mismas sólo puede ser autorizada por éste. En definitiva, no puede un reglamento autorizar la transferencia de competencias conferidas por el legislador.

De esta forma, el art. 22 del Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección General de la Renta de Aduanas -norma de rango inferior a las normas legislativas-, resulta contrario al ordenamiento jurídico, en cuanto autoriza la delegación de potestades por parte de diferentes órganos de la Dirección General de la Renta de Aduanas.

Con fundamento en lo anterior, se establece que las referidas normas no pueden servir de sustento al acto de delegación y se concluye que el ordenamiento jurídico aplicable no autoriza la delegación de las competencias propias de la esfera del titular de la Dirección General de la Renta de Aduanas.

En consecuencia, los actos dictados en ejercicio de la competencia delegada por el Director General al Jefe del Departamento Jurídico de la Dirección General de la Renta de Aduanas, impugnados en este proceso, son ilegales por ser el funcionario incompetente para dictarlos.

Establecido que la actuación del funcionario demandado adolece del vicio señalado, cualquier otra argumentación vertida por las partes en nada modificaría la consideración realizada respecto a la adecuación del acto al marco legal, por lo que resulta inoficioso pronunciarse al respecto.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO VIOLADO

Una vez que se ha concluido en los considerandos anteriores que los actos impugnados adolecen de los vicios alegados por la parte actora y que, por lo tanto, esta sentencia debe declarar su ilegalidad, corresponde ahora examinar si en el caso que se analiza, han de

dictarse medidas para restablecer el derecho violado según lo ordena el inc. 2° del art. 32 de la LJCA.

De acuerdo con esta disposición, 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. Se instituye de esta manera en el contencioso administrativo un mecanismo para que la Sala pueda restablecer plenamente los derechos del demandante que hubieran sido violados por el acto impugnado.

Sobre lo dispuesto en la citada disposición debe precisarse, especialmente por el significado que ha de atribuirse a la expresión "en su caso", que a pesar de que esta Sala estime que procede declarar la ilegalidad del acto impugnado, no siempre procederá la adopción de medidas para el restablecimiento del derecho violado, pues la presencia de estas medidas será necesaria únicamente, y de ahí que el legislador haya utilizado tal expresión, en aquellos casos en los que la situación jurídica del demandante efectivamente hubiera sido alterada como consecuencia del acto impugnado, pues es ahí cuando, para que la sentencia alcance su estado de efectividad, se vuelve imprescindible dictar las medidas oportunas para que la situación del demandante vuelva al estado primitivo en el que se encontraba antes de la emisión del acto impugnado.

Quiere decir, entonces, que habrá supuestos en los que el acto administrativo, no obstante su presunta validez y su eficacia, no modifica la situación material del demandante, o bien las posibles modificaciones no constan en el proceso, en cuyo caso el Tribunal no adoptará ninguna medida concreta tendente al restablecimiento del derecho violado.

Sobre este tema debe añadirse que las medidas que se adopten han de perseguir que el restablecimiento de todas las condiciones que en la esfera jurídica del demandante hubieran sido alteradas por el acto impugnado sea *in natura*, es decir, devolviendo las cosas al exacto estado en el que originalmente se encontraban.

Corresponde ahora trasladar al caso que se analiza el significado y modo de operar de las medidas para el restablecimiento del derecho violado.

Según queda establecido en el preámbulo de esta sentencia, en el presente caso se impugna la determinación de una infracción tributaria y la condena al pago de complementos en concepto de Derechos Arancelarios a la Importación y de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. No se ha hecho constar en

este proceso que las autoridades demandadas, como consecuencia de los actos impugnados, hubieran ejecutado alguna medida que haya podido alterar la situación material que tenía el demandante hasta antes de la emisión de los actos; en consecuencia, a pesar de que esta sentencia vaya a declarar la ilegalidad de los actos impugnados, no procede dictar ningún tipo de medida concreta sobre el restablecimiento de los derechos violados.

No obstante, cumpliendo con la obligación de garantizar la efectividad de la sentencia, sí es posible, y corresponde a esta Sala, declarar que las autoridades demandadas no podrán, basadas en los actos impugnados, exigir al demandante el cumplimiento de las obligaciones tributarias determinadas en dichos actos; asimismo, también procede declarar que se deja sin efecto cualquier medida adoptada por las autoridades demandadas como consecuencia de los actos cuya ilegalidad será declarada en esta sentencia y que hubiera podido modificar la situación material del demandante.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 83-E-2002 de fecha 25/05/2009)

DIRECCIÓN GENERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

IMPOSICIÓN DE MULTA POR OFRECIMIENTO AL PÚBLICO DE PRODUCTOS CON FECHA POSTERIOR A SU FECHA DE VENCIMIENTO

" a) Ley de Protección al Consumidor.

La Ley de Protección al Consumidor fue creada por Decreto Legislativo número 666 de fecha catorce de marzo de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial número 58 tomo 330 del veintidós de marzo del mismo año y derogado posteriormente por Decreto Legislativo número 776 del treinta y uno de agosto de dos mil cinco publicado en el Diario Oficial número 166 tomo 368 del ocho de septiembre de dos mil cinco. De conformidad a lo expresado en sus considerandos, surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de cumplir con la obligación de propiciar el desarrollo económico y social, motivación que guarda coherencia con el artículo 101 de la Constitución de la República.

Como parte de ello se deben crear condiciones óptimas tanto para el incremento de la producción de bienes como para la defensa de los intereses de los consumidores. Debe el Estado, en este contexto, además de fomentar la libre competencia, conferir a los consumidores de los derechos necesarios para su legítima defensa.

En ese sentido, el artículo 11 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, establecía la prohibición de ofrecer al público cualquier clase de **productos con posterioridad a la fecha de vencimiento** o cuya masa, volumen, calidad o cualquier otra medida especificada en los productos, se encuentre alterada.

El artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor derogada establecía que: *"Las infracciones a las disposiciones de esta Ley se sancionarán, según la gravedad de la infracción, de la siguiente manera: b) Cuando la infracción sea cometida por segunda vez, se impondrá al infractor una multa cuyo monto será de ₡1,000.00 hasta ₡100,000.00;"*

De la lectura de la normativa citada se observa como elemento indispensable del tipo sancionatorio descrito, la llamada "reincidencia", en virtud de la cual, la multa a la que el artículo hace referencia únicamente puede aplicarse, *si la Dirección General de Protección al Consumidor verifica que la infracción a algún supuesto específico contenido en la Ley, se ha cometido por segunda vez.*

Evidentemente si la reincidencia no ha sido constatada, corresponde la aplicación del literal a) del citado artículo, el cual prescribe la posibilidad de amonestar por escrito al infractor.

b) *Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.*

El artículo 29 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, ordenaba la *aplicación supletoria*, de las normas establecidas en la *Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología*, en materia de normalización, metrología y certificación de la calidad.

Así el artículo 30 de la Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, creada mediante el Decreto Legislativo número doscientos ochenta y siete del quince de julio de mil novecientos noventa y dos, publicado en el Diario Oficial número ciento cuarenta y cuatro, tomo trescientos trece del diez de agosto del mismo año, establecía en el artículo 30 que las normas salvadoreñas obligatorias se identifican con las iniciales NSO "Norma Salvadoreña Obligatoria", seguida del número que le corresponda y de las dos últimas

cifras del año de su aprobación. La violación a las Normas Salvadoreñas Obligatorias, configura un nuevo tipo de infracción, en perjuicio de los derechos de los consumidores.

Entre esas normas, se encuentran las NSO No. 67.10.01:03 Etiquetado de Alimentos preenvasados, NSO No. 59.22.01:02 Etiquetado de Productos textiles, prendas de vestir y sus accesorios; y NSO No. 62.21.01:00 Etiquetado de calzado, las cuales han sido creadas por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de El Salvador (CONACYT), Institución consciente de la importancia que el etiquetado tiene para el consumidor y del derecho que éste tiene a ser debidamente informado de las condiciones de los productos o servicios que adquiere o recibe, tal como lo establece la Ley de Protección al Consumidor derogada.

Debe agregarse que las *Normas Salvadoreñas Obligatorias*, se encuentran reguladas en una legislación diferente a la Ley de Protección al Consumidor, por lo que la violación a éstas, no puede tipificarse como violaciones directas a la Ley de Protección al Consumidor, sino más bien como violaciones a los derechos de los consumidores tutelados por la citada Ley.

SOBRE LA VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD, LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURIDICA.

El apoderado de la sociedad demandante sostiene que con las resoluciones impugnadas la Administración Pública ha violado los principios de tipicidad, legalidad y seguridad jurídica, ya que a [la demandante] se le han impuesto multas con base en la conducta tipificada en el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor, sin que la autoridad demandada haya efectivamente comprobado la "reincidencia" en las infracciones detectadas en una primera inspección.

La Tipicidad es la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo llamado atipicidad que es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo legal sujeto a sanción. Con base en lo expuesto, debe tenerse en cuenta en el caso de autos, que si la "reincidencia" como elemento del tipo sancionatorio descrito en el artículo 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor derogada, no ha sido plenamente establecida, no es posible adecuar la conducta del administrado, a la que describe la norma en comento.

En ese sentido, es indispensable que los actos administrativos que sancionan a la sociedad demandante, se encuentren plenamente fundamentados y motivados, para que no quede duda con respecto a *la reincidencia* en la infracción y la consecuente legalidad de las multas impuestas.

CONFIGURACIÓN DE LA REINCIDENCIA

Al respecto debe señalarse que en términos generales la reincidencia se entiende como la *reiteración de una misma culpa o defecto* o bien *recaer en falta o delito*. En Derecho Penal, cuyos Principios e Instituciones son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, la reincidencia consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa, siendo indispensable que el inculpado ya hubiese sido sancionado por otra falta, y que dicha falta atente contra el *mismo bien jurídico* o sea de igual naturaleza. Es decir, que dicho término se aplica al sujeto activo que enfrenta un delito de igual naturaleza, por el que recibió condena, convirtiéndose la reincidencia en una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.

Se encuentra agregada [...] el acta correspondiente a la primera inspección realizada el veintiuno de enero de dos mil tres por los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor, en el establecimiento [...] ubicado en la ciudad de Zacatecoluca. En dicha inspección se detectó la existencia de producto ofrecido al público con posterioridad a su fecha de vencimiento, conducta que fue objeto de una "amonestación" por parte de la autoridad demandada en aplicación del literal a) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor derogada [...]. En la segunda inspección realizada en el mismo establecimiento el treinta de junio de dos mil cuatro [...] el resultado fue similar al de la primera inspección, ya que en esa oportunidad los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor encontraron nuevamente la existencia de producto ofrecido al público con posterioridad a su fecha de vencimiento y además la infracción a Normas Salvadoreñas Obligatorias. Estas Normas Salvadoreñas Obligatorias, como ha quedado establecido, no constituyen directamente infracciones a la Ley de Protección al Consumidor.

En la primera inspección realizada en el establecimiento [...] el veintitrés de enero de dos mil tres, los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor detectaron la existencia de producto ofrecido al público con posterioridad a su fecha de vencimiento, lo cual quedó plasmado en el acta respectiva [...] conducta que también fue objeto de amonestación por la autoridad demandada en aplicación del artículo 31 literal a) de la Ley de Protección al Consumidor derogada [...]. El catorce de mayo de dos mil cuatro la autoridad demandada realizó una segunda inspección en la cual se detectó nuevamente producto ofrecido al público con posterioridad a su fecha de vencimiento y además la

infracción a Normas Salvadoreñas Obligatorias [...]. Estas normas no constituyen directamente infracciones a la Ley de Protección al Consumidor derogada.

De lo ocurrido en sede administrativa, y como consta en las actas de inspección respectivas, es posible determinar que efectivamente los establecimientos [...], ofrecieron al público producto vencido de forma reiterada, adecuando con ello su conducta a lo establecido en los artículos 11 y 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor. Debe apuntarse que la reincidencia no debe interpretarse como una total coincidencia de elementos como: *productos encontrados, marca, cantidad, color, etc.* sino más bien que habrá reincidencia, si la administrada incurre por *segunda vez* en la violación a un supuesto que atente contra el mismo bien jurídico tutelado o sea de igual naturaleza. Por ello este Tribunal considera que no es cierto como afirma la actora que la autoridad demandada le haya impuesto las multas impugnadas con base en un supuesto fáctico distinto al previsto expresamente en la Ley, ya que ambos establecimientos inspeccionados incurrieron en una infracción especificada en la Ley de Protección al Consumidor -ofrecer al público producto con posterioridad a la fecha de vencimiento- y fueron "amonestadas" de acuerdo a la referida Ley, sin embargo en una segunda inspección llevada a cabo dos años después de la amonestación, ambos establecimientos se encontraban nuevamente ofreciendo al público producto con posterioridad a la fecha de vencimiento, adecuándose dicha conducta a la reincidencia tipificada en el literal b) del artículo 31 de la mencionada Ley.

Por lo expuesto, deben ser desestimados estos puntos de ilegalidad planteados por el apoderado de la sociedad actora.

SOBRE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Doctrinariamente el Principio de Proporcionalidad se ha entendido como "un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio (...)".(JAVIER BARNES, "El Principio de Proporcionalidad", Cuadernos de Derecho Público número 5, Septiembre-Diciembre, 1998, INAP).

Se afirma también que es un principio de carácter relativo, ya que compara dos magnitudes y se concentra en confrontar los medios previstos por la norma jurídica y su correlación con los utilizados por los poderes públicos. La Administración Pública se encuentra indudablemente circunscripta al Principio de Proporcionalidad, en el sentido

que su injerencia en la situación jurídica de los particulares está limitada atendiendo a su competencia y, además, al respeto a los derechos concedidos a los mismos. De las ideas expuestas se puede colegir que, la proporcionalidad es un instrumento que el ordenamiento jurídico establece para controlar que los límites y controles a la actividad estatal se ejerciten adecuadamente.

En virtud del Principio de Proporcionalidad, toda limitación a derechos fundamentales debe respetar a su vez, la existencia de una relación *medio-fin* en la que el primero, cumpla con las características de **idoneidad**, es decir, *que sea útil para el fin que pretende alcanzar*, **necesidad** que es que *no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar dicho objetivo*, y finalmente que *no se cause más perjuicios que beneficios* en el conjunto de bienes jurídicos en juego.

En el caso de autos, el apoderado de la sociedad demandante sostuvo que los actos administrativos impugnados han violentado el referido principio, ya que las multas impuestas, no son proporcionales a la cantidad de productos vencidos que fueron encontrados en los establecimientos propiedad de su mandante. Alegó que los productos encontrados al momento que se realizaron las inspecciones eran muy pocos en relación a la gran cantidad de mercadería que esa sociedad comercializa.

Al respecto, esta Sala considera que al analizar la normativa aplicable y el contenido del Principio de Proporcionalidad es claro que los establecimientos [...] inspeccionados, efectivamente incurrieron en las infracciones reguladas en los artículos 11 y 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor, esto pues según las actas respectivas se encontraban comercializando -por segunda vez- producto cuya fecha de vencimiento se había cumplido días antes de que se practicaran las referidas inspecciones. La reincidencia en las citadas infracciones hace que las conductas detectadas en los supermercados propiedad de [la demandante] encajen en el supuesto establecido en el artículo 31 literal b) del mismo cuerpo legal, el cual determina un rango de 01,000 a 0100,000 colones como margen para imponer la respectiva multa. Dentro de ese amplio margen, la Dirección General de Protección al Consumidor, impuso a la demandante por cada establecimiento inspeccionado una multa por tres mil dólares de los Estados Unidos de América (\$3,000.00), equivalentes a veintiséis mil doscientos cincuenta colones (026,250.00) por la infracción cometida, cantidad que se encuentra por debajo de la suma máxima que pudo imponerse.

Debe considerarse además que la normativa aplicable no establece parámetros en cuanto a cantidad, o tiempo transcurrido desde el vencimiento del producto para determinar la gravedad de la infracción. Sin embargo en el presente caso, luego de analizar que los

establecimientos inspeccionados sin duda, y pese a una primera amonestación, se encontraban ofreciendo a los consumidores productos que atentan contra la salud de los mismos por estar vencidos, se impuso a la demandante una multa *proporcional* al daño causado, si se toma en cuenta que la misma cumple una finalidad, la cual en el caso que nos ocupa es que se vendan los productos a los consumidores en buen estado, cumpliendo con las normas establecidas. Además las multas son moderadas pues no se ha impuesto la cantidad máxima que se podía imponer al infractor de acuerdo al artículo 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor derogada, y finalmente lejos de causar algún perjuicio, se benefician los intereses en juego en el sentido que se frena el cometimiento de ese tipo de infracciones, situación que repercute favorablemente en el respeto a los derechos de los consumidores.

CONCLUSIÓN.

Por todo lo expuesto esta Sala concluye que las resoluciones impugnadas son legales ya que no existen las violaciones alegadas, en cuanto pudo establecerse la reincidencia de las conductas cometidas y además que la multas impuestas son proporcionales a las infracciones cometidas por [la demandante] pues son idóneas, moderadas y beneficiosas para los intereses de los consumidores."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 42-2005 de fecha 19/11/2009)

DEBER DE MOTIVACIÓN EN LA IMPOSICIÓN DE MULTA POR REINCIDENCIA

La parte actora impugna los actos administrativos pronunciados por la Dirección General de Protección al Consumidor, mediante la cual le impone multas por supuestas infracciones a la Ley de Protección al Consumidor.

La parte actora hace recaer la ilegalidad de dichos actos esencialmente en la violación de los siguientes aspectos:

- 1) El Derecho a la Motivación.
- 2) Los Principios de Tipicidad, Legalidad y Seguridad Jurídica, y el artículo 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor.

3) El Principio de Proporcionalidad.

El artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor ahora derogada, establece que: "Las infracciones a las disposiciones de esta Ley se sancionarán, según la gravedad de la infracción, de la siguiente manera:

a) Cuando la infracción sea cometida por primera vez, se amonestará por escrito al infractor;

b) Cuando la infracción sea cometida por segunda vez, se impondrá al infractor una multa cuyo monto sera de ¢ 1, 000.00 hasta ¢ 100, 000.00;"

De la lectura de la normativa citada se observa como elemento indispensable del tipo sancionatorio descrito, la llamada "reincidencia", en virtud de la cual la multa a la que el artículo hace referencia únicamente puede aplicarse, si la Dirección General de Protección al Consumidor verifica, que la infracción a la Ley de la materia, se ha cometido por segunda vez. Evidentemente si la reincidencia no ha sido constatada, corresponde la aplicación del literal a) del citado artículo, el cual prescribe la posibilidad de amonestar por escrito al infractor.

TIPICIDAD

La tipicidad es la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo llamado atipicidad que es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo legal sujeto a sanción. Con base en lo expuesto, debe tenerse en cuenta en el caso de autos, que si la "reincidencia" como elemento del tipo sancionatorio descrito en el artículo 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor, no ha sido plenamente establecida, no es posible adecuar la conducta del administrado, a la que describe la norma en comento.

En ese sentido, es indispensable que los actos administrativos que sancionan a la sociedad demandante, se encuentren plenamente fundamentados y motivados, para que no quede duda con respecto a la reincidencia en la infracción y la consecuente legalidad de la multa impuesta.

MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En reiteradas ocasiones esta Sala ha manifestado que el acto administrativo está configurado por una serie de elementos -objetivos, subjetivos y formales- que deben concurrir en debida forma para que el acto se constituya válido. La doctrina establece que basta la concurrencia de vicios en uno de los elementos para que el acto como tal se torne ilegal.

Uno de los elementos objetivos del acto es su motivación, cuya función, como señala García-Trevijano Fos, es esencial, pues permite desenmascarar un posible vicio de desviación de poder. Este elemento es una consecuencia del Principio de Legalidad que rige a la Administración, que requiere de una norma habilitante para toda su actuación.

La motivación del acto administrativo exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y de Derecho que le determinaron a adoptar su decisión. La Ratio essendi de la motivación permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable. La doctrina coincide en otorgar a la motivación como principales finalidades: desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado que podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que se funda. Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del criterio de decisión que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido.

Así, se sostiene que la finalidad de la motivación: "...es la de facilitar a los interesados el conocimiento de las razones por las que se legitima su derecho y permitir asimismo la posterior fiscalización de la legitimidad del acto por los tribunales de justicia..."; "...la motivación cumple, por tanto, una función informativa, consistente en identificar inequívocamente, y trasladar al interesado y potencial recurrente, el fundamento jurídico y fáctico de la decisión, a fin de que pueda ser oportunamente contestado...". (Marcos M. Fernando Pablo: La motivación del Acto Administrativo. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1993).

El incumplimiento de la obligación de motivar adquiere connotación constitucional, por cuanto su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica en un proceso o procedimiento, en el sentido que al no exponerse la argumentación que fundamente los proveídos de la autoridad, no pueden los gobernados observar el sometimiento de los funcionarios a la ley, ni permite el ejercicio de los medios de defensa, especialmente el

control a posteriori por la vía del recurso. (Sentencia de Amparo número 988-2002 de las quince horas y once minutos del día nueve de junio de dos mil tres).

Esta obligación de motivación no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad de la autoridad, sino que el deber de motivación que la Constitución exige, impone la exteriorización de los razonamientos que cimienten la decisión de los funcionarios, debiendo ser lo suficientemente clara para que sea comprendida por aquel a quien va dirigida.

En el caso bajo estudio, la demandante manifestó que las actuaciones de la Dirección General de Protección al Consumidor carecen de motivación, pues las mismas se han emitido a través de un formulario, que se caracteriza por presentar escuetamente los elementos fácticos y jurídicos que sostienen las multas impuestas. Según la actora "...la mayoría de las infracciones que ha provocado las sanciones administrativas cuestionadas se han calificado simplemente como "Normas Salvadoreñas Obligatorias".

Lo anterior es verificable mediante la lectura de los actos impugnados, los cuales se encuentran agregados al presente expediente judicial y a folios 12, 14 y 16 de los expedientes administrativos que fueron remitidos por la demandada, donde se observa además que las infracciones atribuidas a la recurrente, no han sido plenamente identificadas, no se indica claramente la disposición que se ha trasgredido y más aún, no consta en los referidos actos el fundamento de la supuesta reincidencia atribuida. Se advierte entonces que los actos impugnados lejos de estar legalmente motivados, no reflejan justificación alguna que derive de las leyes, orientada a lograr la convicción del recurrente en sede administrativa en cuanto a que las mismas están apegadas a derecho; pues según se señaló, dicha labor de convencimiento no puede alcanzarse con la simple manifestación de las disposiciones correspondientes a la fuente normativa que sirvió de base para dictar las resoluciones, sino que además, es necesario que las resoluciones estén precedidas de la argumentación que las fundamente, de la secuencia de corolarios que condujeron a tomar la decisión.

Las circunstancias antes expuestas permiten concluir de manera inequívoca que, la Dirección General de Protección al Consumidor, al momento de emitir los actos mediante los cuales impuso multas a la Sociedad demandante, no observó la obligación de motivar sus resoluciones, olvidando que tanto las conductas verificadas como las normas transgredidas, deben estar sujetas a una mínima explicación que determine su coherencia con la realidad y ser además el fundamento de la sanción impuesta al administrado.

Sobre la Reincidencia.

Como consecuencia de la falta de motivación de los actos administrativos impugnados, resulta imposible para el juzgador calificar la reincidencia de las infracciones a las "normas salvadoreñas obligatorias", ya que no existe en los referidos actos una descripción clara de la conducta sujeta a infracción y de la norma que se ha violentado. En concordancia con lo anterior, tampoco es posible determinar la reincidencia en el acto cuyo expediente administrativo no fue remitido a este Tribunal, debido a que no se cuenta con la información pertinente para calificarla.

En ese sentido, no puede tipificarse la conducta de la sociedad demandante al supuesto planteado en el artículo 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor, en cuanto la reincidencia como elemento del tipo sancionatorio establecido en el referido artículo, no se encuentra claramente determinada en los actos administrativos impugnados.

Por todo lo expuesto, esta Sala concluye que las resoluciones impugnadas son ilegales.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 41-2005 de fecha 29/1/2009)

DIRECCIÓN GENERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: ACTUACIÓN ILEGAL AL UTILIZAR EN LA APLICACIÓN DE MULTA DOS INFRACCIONES DE DISTINTO CONTENIDO COMO PRESUPUESTO DE REINCIDENCIA

EXISTENCIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS PREENVASADOS SIN ETIQUETA DE INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA EN CASTELLANO; EXISTENCIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS VENCIDOS Y EXISTENCIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS SIN FECHA DE VENCIMIENTO

La parte actora impugna la resolución emitida por el Ministerio de Economía, por medio de la Dirección General de Protección al Consumidor, a través de la cual resuelve imponerle al establecimiento de su propiedad una multa por verificarse la supuesta existencia de productos alimenticios preenvasados que no tenían redactada en su etiqueta la información complementaria en castellano, por la existencia de productos alimenticios cuya fecha de vencimiento que ya había expirado y productos alimenticios que no traían impresos en su empaque o envase la fecha de vencimiento .

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Según importantes corrientes doctrinarias, el ius puniendi del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento. Dicha función administrativa desarrollada en aplicación del ius puniendi, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración.

Como otras potestades de autoridad, ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de la Constitución de la República. En tal sentido, los artículos 7, 22, 32 de la Ley de Protección al Consumidor, y 40 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor derogados, sujetaban inicialmente la potestad sancionadora administrativa al cumplimiento del debido proceso: "...la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas...". Pero sobre todo, en congruencia con la Constitución de la República y los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, la potestad sancionadora encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del artículo 86 de la Constitución de la República. Así pues, en virtud de la sujeción a la Ley, la Administración sólo podrá funcionar cuando aquella la faculte, ya que las actuaciones administrativas aparecen antes como un poder atribuido por la Ley, y por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudablemente extensible a la materia sancionatoria, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad.

PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Corolario de la identidad de la potestad penal de la judicatura y la sancionadora de la Administración, es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente

configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Por esa razón, tradicionalmente se habla de la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, obviándose referencia a su identidad matriz.

Resulta pues que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Sabido es que existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho, aunque ello no debe inhibir a la Administración de la aplicación de los principios rectores del ius puniendi al ámbito administrativo sancionador, pues estos tienen origen primordialmente en la norma fundamental. Puede de esta manera afirmarse sin ambages, que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal encauzando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados.

La Ley de Protección al Consumidor, contenida en el Decreto Legislativo número seiscientos sesenta y seis, del catorce de marzo de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial número cincuenta y ocho, tomo trescientos treinta, de fecha veintidós del mismo mes y año, que fue derogada por el Decreto Legislativo número setecientos sesenta y seis, del treinta y uno de agosto de dos mil cinco, publicado en el Diario Oficial número ciento sesenta y seis, tomo trescientos sesenta y ocho, del ocho de septiembre del mismo año, expresaba en sus considerandos que surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de cumplir con la obligación de propiciar el desarrollo económico y social, motivación que guarda coherencia propia con el artículo 101 de la Constitución de la República.

Como parte de ello se deben crear condiciones óptimas tanto para el incremento de la producción de bienes como para la defensa de los intereses de los consumidores. Debe el Estado, en este contexto, además de fomentar la libre competencia, conferir a los consumidores de los derechos necesarios para su legítima defensa.

En ese sentido, el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), establecía: "Todo detallista deberá marcar en los empaques o envases de los productos, en carteles visibles o en cualquier otro medio idóneo, el precio de venta al consumidor".

El artículo 31 de la referida Ley, establecía que: "Las infracciones a las disposiciones de esta Ley se sancionarán, según la gravedad de la infracción, de la siguiente manera: c)

Cuando la infracción se cometa por tercera vez, la multa se duplicará sobre el monto establecido en el literal anterior" (de ¢1,000.00 hasta ¢100,000.00). De la lectura de la normativa citada se observa como elemento indispensable del tipo sancionatorio descrito, la llamada "reincidencia", en virtud de la cual, la sanción a la que el artículo hace referencia únicamente puede aplicarse, si la Dirección General de Protección al Consumidor verifica que la infracción a algún supuesto específico contenido en la Ley, se ha cometido nuevamente. Evidentemente si la reincidencia no ha sido constatada, corresponde la aplicación del literal a) del citado artículo, el cual prescribe la posibilidad de amonestar por escrito al infractor.

TIPICIDAD

La Tipicidad es la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo llamado atipicidad que es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo legal sujeto a sanción. Con base en lo expuesto, debe tenerse en cuenta en el caso de autos, que si la "reincidencia" como elemento del tipo sancionatorio descrito en el artículo 31 literal c) de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), no ha sido plenamente establecida, no es posible adecuar la conducta del administrado, a la que describe la norma en comento.

En ese sentido, es indispensable que el acto administrativo que sanciona a la sociedad demandante, se encuentre plenamente fundamentado y motivado, para que no quede duda con respecto a la reincidencia en la infracción y la consecuente legalidad de la multa impuesta.

Al respecto debe señalarse que en términos generales la reincidencia se entiende como la reiteración de una misma culpa o defecto o bien recae en falta o delito. En Derecho Penal la reincidencia consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa, siendo indispensable que el inculpado ya hubiese sido sancionado por otra falta, y que dicha falta atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza. Es decir que dicho término se aplica al sujeto activo que enfrenta un delito de igual naturaleza, por el que recibió condena, convirtiéndose la reincidencia en una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.

CONFIGURACIÓN DE LA REINCIDENCIA

En el caso de autos, la Dirección General de Protección al Consumidor sancionó a la sociedad demandante de conformidad con el literal c) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), por infracciones cometidas en los supermercados de su propiedad, al artículo 8 de la referida Ley.

En el caso del establecimiento comercial propiedad de la demandante, en inspecciones realizadas respectivamente el veintisiete de enero de dos mil cinco y el diecinueve de marzo de ese año, los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor encontraron productos alimenticios con posterioridad a su fecha de vencimiento y productos alimenticios que no traían impresos en su empaque o envase la fecha de vencimiento, conducta que atentaba en contra de la salud de los consumidores y que fue sancionada con multa, de conformidad al literal b) del artículo 31 de la Ley en comento mediante resolución emitida por la mencionada Dirección a las quince horas cuarenta minutos del veintinueve de abril de dos mil cinco.

Posteriormente, el veintisiete de mayo de dos mil cinco, delegados de la citada Dirección inspeccionaron nuevamente el establecimiento, no encontrando en esa oportunidad productos alimenticios con posterioridad a su fecha de vencimiento y productos alimenticios que no traían impresos en su empaque o envase la fecha de vencimiento, sino únicamente y por "primera vez" productos que no tenían marcados en los empaques o en otro medio idóneo el precio de venta al consumidor, conducta que atentaba en contra del derecho de información de los consumidores y que debió ser sancionada de conformidad al literal a) del artículo 31 de la Ley en comento, pues la misma no se configuraba como reincidencia en la infracción verificada en las anteriores inspecciones. No obstante lo anterior, mediante resolución emitida por la Dirección General de Protección al Consumidor a las doce horas cinco minutos del quince de agosto de dos mil cinco, se le multó a la demandante por la reincidencia en la infracción atribuida, de conformidad con el artículo 31 literal c) de la referida Ley.

Esta Sala considera que la reincidencia no debe interpretarse como una total coincidencia de elementos como: productos encontrados, marca, cantidad, color, etc. sino más bien que habrá reincidencia, si el administrado incurre por segunda vez o en forma sucesiva en la violación a un supuesto específico planteado en la Ley, es decir al incumplir dos o más veces "la misma conducta" y que además dicha falta atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza.

En el caso bajo estudio, la multa que se emitió al supermercado inspeccionado, buscaba prevenirlo únicamente con relación a no volver a incurrir en la infracción detectada, esto es, productos alimenticios con posterioridad a su fecha de vencimiento y productos alimenticios que no traían impresos en su empaque o envase la fecha de vencimiento en el supermercado. Si en la inspección practicada posteriormente, los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor, hubieran encontrado nuevamente las mismas conductas, si podría hablarse de reincidencia, y de la consecuente multa que regula el literal c) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada).

Con base en lo anterior es posible concluir que las infracciones detectadas en las inspecciones realizadas respectivamente el veintisiete de enero de dos mil cinco y el diecinueve de marzo de ese año en el establecimiento comercial propiedad de la demandante, y el veintisiete de mayo de dos mil cinco, en el mismo establecimiento, no encajan en la reincidencia regulada en el literal c) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), ya que comercializar productos alimenticios con posterioridad a su fecha de vencimiento y productos alimenticios que no tengan impresos en su empaque o envase la fecha de vencimiento no es lo mismo que la prohibición de ofrecer al público productos que no tengan marcados en los empaques o en otro medio idóneo el precio de venta al consumidor.

Por todo lo expuesto la actuación de la Administración Pública es ilegal ya que ha utilizado dos infracciones de distinto contenido, como presupuesto para hacer coincidir la conducta de la demandante al tipo sancionatorio establecido en el literal c) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada).

Establecida la ilegalidad del acto administrativo impugnado por la falta de tipicidad de la multa impuesta, resulta innecesario pronunciarse en forma particular sobre los demás puntos alegados por la parte actora.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO VIOLADO

Una vez que se ha concluido en los considerandos anteriores que esta sentencia debe declarar la ilegalidad del acto impugnado, corresponde ahora examinar si en el caso que se analiza, de acuerdo con las particulares circunstancias que lo acompañan, han de dictarse medidas para restablecer el derecho violado según lo ordena el inciso 2° del artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De acuerdo con esta disposición, 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 reestablecimiento del derecho violado. Se instituye de esta manera en el contencioso administrativo un mecanismo para que la Sala pueda restablecer plenamente los derechos de la sociedad demandante que hubieran sido violados por el acto impugnado.

Sobre este tema debe añadirse que las medidas que se adopten han de perseguir que el restablecimiento de todas las condiciones que en la esfera jurídica de la sociedad demandante hubieran sido alteradas por el acto impugnado sea in natura, es decir, devolviendo las cosas al exacto estado en el que originalmente se encontraban.

Corresponde ahora trasladar al caso que se analiza el significado y modo de operar de las medidas para el reestablecimiento del derecho violado. Según queda establecido en el preámbulo de esta sentencia, en el presente caso se impugna la imposición de una multa. Consta en este proceso y por afirmación misma de la demandante, que ésta se ha negado a pagar voluntariamente la referida multa. De lo que se advierte que no se ha alterado la situación material que tenía la sociedad demandante hasta antes de la emisión del acto, en consecuencia procede que no se haga efectivo el cobro de la misma, como medida concreta para el restablecimiento de los derechos violados.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 4-2006 de fecha 28/07/2009)

IMPOSICIÓN DE MULTA POR EXISTENCIA DE PRODUCTO VENCIDO Y PRODUCTO CON PESO INEXACTO; INFRACCIONES A LAS NORMAS SALVADOREÑAS OBLIGATORIAS SOBRE ETIQUETADO DE CALZADO Y ETIQUETADO DE PRODUCTOS TEXTILES, PRENDAS DE VESTIR Y SUS ACCESORIOS

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido impugnando de ilegales los actos administrativos pronunciados por el Director General de Protección al Consumidor, mediante los cuales le impone multa a la sociedad demandante por supuestas infracciones la Ley de Protección al Consumidor, encontradas en el establecimiento de su propiedad.

LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La Ley de Protección al Consumidor, contenida en el Decreto Legislativo número seiscientos sesenta y seis, del catorce de marzo de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial número cincuenta y ocho tomo trescientos treinta de fecha veintidós del mismo mes y año, que fue derogada por el Decreto Legislativo número setecientos sesenta y seis, del treinta y uno de agosto de dos mil cinco, publicado en el Diario Oficial número ciento sesenta y seis, tomo trescientos sesenta y ocho del ocho de septiembre del mismo año, expresaba en sus considerandos que surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de cumplir con la obligación de propiciar el desarrollo económico y social, motivación que guarda coherencia propia con el artículo 101 de la Constitución de la República.

Como parte de ello se deben crear condiciones óptimas tanto para el incremento de la producción de bienes como para la defensa de los intereses de los consumidores. Debe el Estado, en este contexto, además de fomentar la libre competencia, conferir a los consumidores de los derechos necesarios para su legítima defensa.

En ese sentido, el artículo 11 de la Ley de Protección al Consumidor, establecía la prohibición de ofrecer al público cualquier clase de productos con posterioridad a la fecha de vencimiento o cuya masa, volumen, calidad o cualquier otra medida especificada en los productos, se encontrara alterada.

El artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor establecía que: "Las infracciones a las disposiciones de esta Ley se sancionarán, según la gravedad de la infracción, de la siguiente manera: b) Cuando la infracción sea cometida por segunda vez, se impondrá al infractor una multa cuyo monto será de ¢1, 000.00 hasta ¢100, 000.00;"

De la lectura de la normativa citada se observa como elemento indispensable del tipo sancionatorio descrito, la "reincidencia", en virtud de la cual, la multa a la que el artículo hace referencia únicamente puede aplicarse, si la Dirección General de Protección al Consumidor verifica, que la infracción a la Ley, se ha cometido por segunda vez. Evidentemente si la reincidencia no ha sido constatada, corresponde la aplicación del literal a) del citado artículo, el cual prescribe la posibilidad de amonestar por escrito al infractor.

LEY DEL CONSEJO NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

El artículo 29 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, ordenaba la aplicación supletoria, de las normas establecidas en la Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, en materia de normalización, metrología y certificación de la calidad.

Así el artículo 30 de la Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, creada mediante el Decreto Legislativo número doscientos ochenta y siete del quince de julio de mil novecientos noventa y dos, publicado en el Diario Oficial número ciento cuarenta y cuatro, tomo trescientos trece del diez de agosto del mismo año, establecía en el artículo 30 que las normas salvadoreñas obligatorias se identifican con las iniciales NSO "Norma Salvadoreña Obligatoria", seguida del número que le corresponda y de las dos últimas cifras del año de su aprobación. La violación a las Normas Salvadoreñas Obligatorias, configura un nuevo tipo de infracción, en perjuicio de los derechos de los consumidores.

Entre esas normas, se encuentran las NSO No. 61.21.01: Etiquetado de Calzado; y la NSO No. 59.22.01: 02 Etiquetado de Productos Textiles. Prendas de Vestir y sus Accesorios, las cuales han sido creadas por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de El Salvador (CONACYT), Institución consciente de la importancia que el etiquetado tiene para el consumidor y del derecho que éste tiene a ser debidamente informado de las condiciones de los productos o servicios que adquiere o recibe, tal como lo establece la Ley de Protección al Consumidor derogada.

La Tipicidad es la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo llamado atipicidad que es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo legal sujeto a sanción. Con base en lo expuesto, debe tenerse en cuenta en el caso de autos, que si la "reincidencia" como elemento del tipo sancionatorio descrito en el artículo 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor derogada, no ha sido plenamente establecida, no es posible adecuar la conducta del administrado, a la que describe la norma en comento.

En ese sentido, es indispensable que los actos administrativos que sancionan a la sociedad demandante, se encuentren plenamente fundamentados y motivados, para que no quede duda con respecto a la reincidencia en la infracción y la consecuente legalidad de las multas impuestas.

Al respecto debe señalarse que en términos generales la reincidencia se entiende como la reiteración de una misma culpa o defecto o bien recaer en falta o delito. En Derecho Penal, cuyos Principios e Instituciones son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, la reincidencia consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa, siendo indispensable que el inculpado ya hubiese sido sancionado por otra falta, y que dicha falta atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza. Es decir, que dicho término se aplica al sujeto activo que enfrenta un delito de igual naturaleza, por el que recibió condena, convirtiéndose la reincidencia en una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.

En el caso de autos, la Dirección General de Protección al Consumidor, amonestó por escrito a la sociedad demandante, de conformidad con el literal a) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, por infracciones al artículo 11 de la referida Ley cometidas en los supermercados de su propiedad ya relacionados. En esa oportunidad los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor encontraron en las instalaciones de los supermercados propiedad de la demandante, producto vencido y producto con peso inexacto.

Sin embargo al realizar una segunda inspección, los delegados de la citada Dirección, detectaron en ambos supermercados infracciones "por primera vez" a las denominadas "Normas Salvadoreñas Obligatorias", contenidas en la Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología e identificadas como NS0.61.21.01.00 Etiquetado de Calzado, y NS0.59.22.01:02 Etiquetado de Productos Textiles, Prendas de Vestir y sus Accesorios, conductas totalmente distintas e incluso tipificadas en un cuerpo normativo diferente y que por lo tanto debieron ser sancionadas de conformidad con el literal a) del artículo 31 de la Ley en comento, pues las mismas no se configuraban como reincidencia en la infracción verificada en la primera inspección.

Esta Sala considera que la reincidencia no debe interpretarse como una total coincidencia de elementos como: productos encontrados, marca, cantidad, color, etc., sino más bien que habrá reincidencia, si la administrada incurre por segunda vez en la violación a un supuesto planteado en la Ley que atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza.

En el caso bajo estudio, la amonestación escrita que se emitió a los supermercados inspeccionados, buscaba prevenirlos únicamente con relación a no volver a incurrir en la infracción detectada, es decir a no reincidir en la venta de producto vencido o con peso inexacto o una falta que atente contra el mismo bien jurídico. Si en la segunda inspección, los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor, hubieran encontrado

nuevamente producto vencido o con peso inexacto u otra infracción que atentara contra el mismo bien jurídico protegido, si podría hablarse de reincidencia en la infracción, y de la consecuente multa que regulaba el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor derogada.

Debe agregarse que las referidas Normas Salvadoreñas Obligatorias, se encuentran reguladas en una legislación diferente a la Ley de Protección al Consumidor, por lo que la violación a éstas, no puede tipificarse como violaciones directas a la Ley de Protección al Consumidor derogada, sino más bien como violaciones a los derechos de los consumidores tutelados por la citada Ley.

Con base en lo anterior es posible concluir que las infracciones detectadas en la segunda inspección realizada, no encajan en la reincidencia regulada en el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, ya que la violación a Normas Salvadoreñas Obligatorias constituye una infracción totalmente distinta a Ofrecer al Público Producto Vencido o con peso Inexacto, situación que, vuelve ilegal la actuación de la Administración Pública, al utilizar dos infracciones de distinto contenido, como presupuesto para hacer coincidir la conducta de la demandante. al tipo sancionatorio establecido en el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor derogada.

Por todo lo expuesto esta Sala concluye que las resoluciones impugnadas son ilegales, ya que existen las violaciones alegadas.

Establecida la ilegalidad de los actos administrativos impugnados por la falta de tipicidad de las multas impuestas, resulta innecesario pronunciarse en forma particular sobre los demás puntos alegados por la parte actora.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 179-2005 de fecha 10/06/2009)

IMPOSICIÓN DE MULTA POR LA EXISTENCIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS VENCIDOS, EXISTENCIA DE PRENDAS DE VESTIR SIN INSTRUCCIONES DE CUIDO Y DESCRIPCIÓN DE INSUMOS Y CALZADO SIN ETIQUETA DE PAÍS DE ORIGEN Y PICTORAMA

La parte actora impugna la resolución emitida por el Ministerio de Economía, por medio de la Dirección General de Protección al Consumidor, a través de la cual resuelve

imponerle al establecimiento de su propiedad una multa por la supuesta existencia de productos alimenticios cuya fecha de vencimiento ya había expirado.

Posteriormente, se efectuó una nueva inspección. En esa ocasión supuestamente se advirtió que se tenía a la venta prendas de vestir en las cuales no se indicaba en la etiqueta las instrucciones de cuidado y descripción de insumos, y calzado que no tenía en su etiqueta el país de origen y pictograma. De esa manera, en la resolución de fecha tres de marzo de dos mil cinco, se le impuso una multa por cantidad de dinero.

Según importantes corrientes doctrinarias, el *ius puniendi* del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento. Dicha función administrativa desarrollada en aplicación del *ius puniendi*, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración.

Como otras potestades de autoridad, ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de la Constitución de la República. En tal sentido, los artículos 7, 22 y 32 de la Ley de Protección al Consumidor, y 40 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor derogados, sujetaban inicialmente la potestad sancionadora administrativa al cumplimiento del debido proceso: "...la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas...". Pero sobre todo, en congruencia con la Constitución de la República y los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, la potestad sancionadora encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del artículo 86 de la Constitución de la República. Así pues, en virtud de la sujeción a la Ley, la Administración sólo podrá funcionar cuando aquella la faculte, ya que las actuaciones administrativas aparecen antes como un poder atribuido por la Ley, y por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudablemente extensible a la materia sancionatoria, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad.

Corolario de la identidad de la potestad penal de la judicatura y la sancionadora de la Administración, es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Por esa

razón, tradicionalmente se habla de la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, obviándose referencia a su identidad matriz.

Resulta pues que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Sabido es que existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho, aunque ello no debe inhibir a la Administración de la aplicación de los principios rectores del ius puniendi al ámbito administrativo sancionador, pues estos tienen origen primordialmente en la norma fundamental. Puede de esta manera afirmarse sin ambages, que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal encauzando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados.

La Ley de Protección al Consumidor, contenida en el Decreto Legislativo número seiscientos sesenta y seis, del catorce de marzo de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial número cincuenta y ocho, tomo trescientos treinta, de fecha veintidós del mismo mes y año, que fue derogada por el Decreto Legislativo número setecientos sesenta y seis, del treinta y uno de agosto de dos mil cinco, publicado en el Diario Oficial número ciento sesenta y seis, tomo trescientos sesenta y ocho, del ocho de septiembre del mismo año, expresaba en sus considerandos que surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de cumplir con la obligación de propiciar el desarrollo económico y social, motivación que guarda coherencia propia con el artículo 101 de la Constitución de la República.

Como parte de ello se deben crear condiciones óptimas tanto para el incremento de la producción de bienes como para la defensa de los intereses de los consumidores. Debe el Estado, en este contexto, además de fomentar la libre competencia, conferir a los consumidores de los derechos necesarios para su legítima defensa.

En ese sentido, el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), establecía: "El consumidor dispondrá esencialmente de los siguientes derechos: b) A ser debidamente informado de las condiciones de los productos o servicios que adquiera o reciba"; y el artículo 31 de la referida Ley, que: "Las infracciones a las disposiciones de esta Ley se sancionarán, según la gravedad de la infracción, de la siguiente manera: b) Cuando la infracción sea cometida por segunda vez, se impondrá al infractor una multa cuyo monto será de ¢1,000.00 hasta ¢100,000.00" .

Asimismo, el artículo 29 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), regulaba: "En materia de normalización, metrología, y certificación de la calidad, así como para los efectos del establecimiento científico de la prueba en la sustanciación de los procedimientos a que hubiere lugar en el cumplimiento de la presente Ley, se aplicarán las normas establecidas en la Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología" .

La Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, contenida en el Decreto Legislativo número doscientos ochenta y siete, del quince de julio de mil novecientos noventa y dos, publicado en el Diario Oficial número ciento cuarenta y cuatro, tomo trescientos dieciséis, del diez de agosto del mismo año, expresa en sus considerandos que surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de crear la política de normalización, metrología, certificación y verificación de la calidad de bienes y servicios, para contribuir a la elevación de los niveles de competitividad y productividad de las empresas y que se garantice la calidad y cantidad a los usuarios y consumidores; y en el artículo 30 regula que son normas salvadoreñas obligatorias, entre otras, las que se refieren a materiales, procedimientos, productos y servicios que puedan afectar la vida, la seguridad y la integridad de las personas.

De la lectura de la normativa citada se observa como elemento indispensable del tipo sancionatorio descrito, la llamada "reincidencia", en virtud de la cual, la sanción a la que el artículo hace referencia únicamente puede aplicarse, si la Dirección General de Protección al Consumidor verifica que la infracción a algún supuesto específico contenido en la Ley, se ha cometido nuevamente. Evidentemente si la reincidencia no ha sido constatada, corresponde la aplicación del literal a) del citado artículo, el cual prescribe la posibilidad de amonestar por escrito al infractor.

La Tipicidad es la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo llamado atipicidad que es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo legal sujeto a sanción. Con base en lo expuesto, debe tenerse en cuenta en el caso de autos, que si la "reincidencia" como elemento del tipo sancionatorio descrito en el artículo 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), no ha sido plenamente establecida, no es posible adecuar la conducta del administrado, a la que describe la norma en comento.

En ese sentido, es indispensable que el acto administrativo que sanciona a la sociedad demandante, se encuentre plenamente fundamentado y motivado, para que no quede duda con respecto a la reincidencia en la infracción y la consecuente legalidad de la multa impuesta.

Al respecto debe señalarse que en términos generales la reincidencia se entiende como la reiteración de una misma culpa o defecto o bien recae en falta o delito. En Derecho Penal la reincidencia consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa, siendo indispensable que el inculpado ya hubiese sido sancionado por otra falta, y que dicha falta atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza. Es decir que dicho término se aplica al sujeto activo que enfrenta un delito de igual naturaleza, por el que recibió condena, convirtiéndose la reincidencia en una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.

En el caso de autos, la Dirección General de Protección al Consumidor sancionó a la sociedad demandante, de conformidad con el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), por infracciones cometidas en los supermercados de su propiedad, a normas obligatorias salvadoreñas, dentro de las cuales están comprendidas las que se refieren al etiquetado de prendas de vestir y de calzado, que si bien no están reguladas expresamente en la referida Ley, son reconocidas en el artículo 29 de la misma, y que además están vinculadas con los derechos del consumidor que regulaba en el artículo 7, especialmente a ser debidamente informado de las condiciones de los productos o servicios que reciba o adquiriera. Siendo que la etiqueta que acompaña a los productos la principal fuente informativa del consumidor, teniendo esta que ser clara y comprensible para evitar el engaño o cualquier tipo de duda sobre la naturaleza, identidad, calidad, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación de los productos.

En el caso del establecimiento propiedad de la demandante, en inspecciones realizadas el catorce de noviembre de dos mil dos y el dieciocho de julio de dos mil tres, los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor encontraron respectivamente productos alimenticios con posterioridad a su fecha de vencimiento y productos alimenticios sin fecha de vencimiento, conducta que atentaba en contra de la salud de los consumidores y que fue sancionada con amonestación escrita, de conformidad al literal a) del artículo 31 de la Ley en comento mediante resolución emitida por la mencionada Dirección a las once horas del diecisiete de diciembre de dos mil tres.

Posteriormente, el seis de diciembre de dos mil cuatro, delegados de la citada Dirección inspeccionaron nuevamente el establecimiento, no encontrando en esa oportunidad productos alimenticios con posterioridad a su fecha de vencimiento y productos alimenticios sin fecha de vencimiento, sino únicamente y por "primera vez" prendas de vestir en las cuales no se indicaba en la etiqueta las instrucciones de cuidado y descripción de insumos y calzado que no tenía en su etiqueta el país de origen y pictograma; conducta

que atentaba en contra del derecho de información de los consumidores y que debió ser sancionada de conformidad al literal a) del artículo 31 de la Ley en comento, pues la misma no se configuraba como reincidencia en la infracción verificada en las anteriores inspecciones. No obstante lo anterior, mediante resolución emitida por la Dirección General de Protección al Consumidor a las quince horas veinte minutos del tres de marzo de dos mil cinco, se le multó a la demandante por la reincidencia en la infracción atribuida, de conformidad con el artículo 31 literal b) de la referida Ley.

Esta Sala considera que la reincidencia no debe interpretarse como una total coincidencia de elementos como: productos encontrados, marca, cantidad, color, etc. sino más bien que habrá reincidencia, si el administrado incurre por segunda vez o en forma sucesiva en la violación a un supuesto específico planteado en la Ley, es decir al incumplir dos o más veces "la misma conducta" y que además dicha falta atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza.

En el caso bajo estudio, la amonestación escrita que se emitió al supermercado inspeccionado, buscaba prevenirlo únicamente con relación a no volver a incurrir en la infracción detectada, esto es, productos alimenticios con posterioridad a su fecha de vencimiento y productos alimenticios sin fecha de vencimiento. Si en la inspección practicada posteriormente, los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor, hubieran encontrado nuevamente las mismas conductas, si podría hablarse de reincidencia, y de la consecuente multa que regula el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada).

Con base en lo anterior es posible concluir que las infracciones detectadas en las inspecciones realizadas el catorce de noviembre de dos mil dos y el dieciocho de julio de dos mil tres en el establecimiento propiedad de la demandante y el seis de diciembre de dos mil cuatro, en el mismo establecimiento, no encajan en la reincidencia regulada en el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), ya que comercializar productos alimenticios con posterioridad a su fecha de vencimiento y productos alimenticios sin fecha de vencimiento no es lo mismo que comercializar prendas de vestir en las cuales no se indica en la etiqueta las instrucciones de cuidado y descripción de insumos y calzado que no tiene en su etiqueta el país de origen y pictograma.

Por todo lo expuesto la actuación de la Administración Pública es ilegal ya que ha utilizado dos infracciones de distinto contenido, como presupuesto para hacer coincidir la conducta de la demandante, al tipo sancionatorio establecido en el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada).

Establecida la ilegalidad del acto administrativo impugnado por la falta de tipicidad de la multa impuesta, resulta innecesario pronunciarse en forma particular sobre los demás puntos alegados por la parte actora.

Una vez que se ha concluido en los considerandos anteriores que esta sentencia debe declarar la ilegalidad del acto impugnado, corresponde ahora examinar si en el caso que se analiza, de acuerdo con las particulares circunstancias que lo acompañan, han de dictarse medidas para restablecer el derecho violado según lo ordena el inciso 2° del artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De acuerdo con esta disposición, 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 reestablecimiento del derecho violado. Se instituye de esta manera en el contencioso administrativo un mecanismo para que la Sala pueda restablecer plenamente los derechos de la sociedad demandante que hubieran sido violados por el acto impugnado.

Sobre este tema debe añadirse que las medidas que se adopten han de perseguir que el restablecimiento de todas las condiciones que en la esfera jurídica de la sociedad demandante hubieran sido alteradas por el acto impugnado sea in natura, es decir, devolviendo las cosas al exacto estado en el que originalmente se encontraban.

Corresponde ahora trasladar al caso que se analiza el significado y modo de operar de las medidas para el reestablecimiento del derecho violado. Según queda establecido en el preámbulo de esta sentencia, en el presente caso se impugna la imposición de una multa. Consta en este proceso y por afirmación misma de la demandante, que ésta se ha negado a pagar voluntariamente la referida multa. De lo que se advierte que no se ha alterado la situación material que tenía la sociedad demandante hasta antes de la emisión del acto, en consecuencia procede que no se haga efectivo el cobro de la misma y todo lo que sea su consecuencia, como medida concreta para el restablecimiento de los derechos violados.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 8-2006 de fecha 28/07/2009)

IMPOSICIÓN DE MULTA POR EXISTENCIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS VENCIDOS Y PRODUCTO IMPORTADO PREENVASADO SIN LA ETIQUETA CON LA INFORMACIÓN COMERCIAL REDACTADA EN CASTELLANO

La parte actora impugna la resolución emitida por el Ministerio de Economía, por medio de la Dirección General de Protección al Consumidor, a través de la cual se le impuso multa por supuestas infracciones a la Ley de Protección al Consumidor advertidas en el establecimiento comercial de su propiedad, consistente en la supuesta existencia de productos alimenticios vencidos y producto importado preenvasado sin la etiqueta con la información comercial redactada en castellano.

LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La Ley de Protección al Consumidor, contenida en el Decreto Legislativo número seiscientos sesenta y seis, del catorce de marzo de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial número cincuenta y ocho tomo trescientos treinta de fecha veintidós del mismo mes y año, que fue derogada por el Decreto Legislativo número setecientos setenta y seis, del treinta y uno de agosto de dos mil cinco, publicado en el Diario Oficial número ciento sesenta y seis, tomo trescientos sesenta y ocho del ocho de septiembre del mismo año, expresaba en sus considerandos que surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros de cumplir con la obligación de propiciar el desarrollo económico y social, motivación que guarda coherencia propia con el artículo 101 de la Constitución de la República, que de la normativa vigente al momento de cometerse la supuesta infracción y en base a la cual se sancionó.

Como parte de ello se deben crear condiciones óptimas tanto para el incremento de la producción de bienes como para la defensa de los intereses de los consumidores. Debe el Estado, en este contexto, además de fomentar la libre competencia conferir a los consumidores, de los derechos necesarios para su legítima defensa.

En ese sentido, el artículo 11 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, establecía la prohibición de ofrecer al público cualquier clase de "productos con posterioridad a la fecha de vencimiento o cuya masa, volumen, calidad o cualquier otra medida especificada en los productos, se encuentre alterada".

El artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, establecía que: "Las infracciones a las disposiciones de esta Ley se sancionarán, según la gravedad de la infracción, de la siguiente manera: a) Cuando la infracción sea cometida por primera vez,

se amonestará por escrito al infractor; b) Cuando la infracción sea cometida por segunda vez, se impondrá al infractor una multa cuyo monto será de ¢1,000.00 hasta ¢100,000.00; c) Cuando la infracción se cometa por tercera vez, la multa se duplicará sobre el monto establecido en el literal anterior."

De la lectura de la normativa citada se observa como elemento indispensable del tipo sancionatorio descrito, la llamada "reincidencia", en virtud de la cual, la multa a la que el artículo hace referencia únicamente puede aplicarse, si la Dirección General de Protección al Consumidor verifica que la infracción a algún supuesto específico contenido en la Ley, se ha cometido por segunda vez. Evidentemente si la reincidencia no ha sido constatada, corresponde la aplicación del literal a) del citado artículo, el cual prescribe la posibilidad de amonestar por escrito al infractor.

LEY DEL CONSEJO NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

El artículo 29 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, ordenaba la aplicación supletoria, de las normas establecidas en la Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, en materia de normalización, metrología y certificación de la calidad.

La Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, creada mediante el Decreto Legislativo número doscientos ochenta y siete del quince de julio de mil novecientos noventa y dos, publicado en el Diario Oficial número ciento cuarenta y cuatro, tomo trescientos dieciséis del diez de agosto del mismo año, establece en el artículo 30 que las normas salvadoreñas obligatorias se identifican con las iniciales NSO "Norma Salvadoreña Obligatoria", seguida del número que le corresponda y de las dos últimas cifras del año de su aprobación. La violación a las Normas Salvadoreñas Obligatorias, configura un nuevo tipo de infracción, en perjuicio de los derechos de los consumidores.

Entre esas normas, se encuentra la NSO No. 67.10.01:03 Etiquetado de Alimentos preenvasados, la cual ha sido creada por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de El Salvador (CONACYT), Institución consciente de la importancia que el etiquetado tiene para el consumidor y del derecho que éste tiene a ser debidamente informado de las condiciones de los productos o servicios que adquiere o recibe, tal como lo establece la Ley de Protección al Consumidor derogada.

La Tipicidad es la coincidencia del comportamiento del administrado con el descrito por el legislador. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo llamado atipicidad que es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo legal sujeto a sanción. Con base en lo expuesto, debe tenerse en cuenta en el caso de autos, que si la "reincidencia" como elemento del tipo sancionatorio descrito en el artículo 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor derogada, no ha sido plenamente establecida, no es posible adecuar la conducta del administrado, a la que describe la norma en comento.

En ese sentido, es indispensable que los actos administrativos que sancionan a la sociedad demandante, se encuentren plenamente fundamentados y motivados, para que no quede duda con respecto a la reincidencia en la infracción y la consecuente legalidad de las multas impuestas.

Al respecto debe señalarse que en términos generales la reincidencia se entiende como la reiteración de una misma culpa o defecto o bien recaer en falta o delito. En Derecho Penal, cuyos Principios e Instituciones son aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, la reincidencia consiste en haber sido el reo condenado antes por un delito análogo al que se le imputa, siendo indispensable que el inculpado ya hubiese sido sancionado por otra falta, y que dicha falta atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza. Es decir que dicho término se aplica al sujeto activo que enfrenta un delito de igual naturaleza, por el que recibió condena, convirtiéndose la reincidencia en una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.

En el caso de autos, la Dirección General de Protección al Consumidor amonestó por escrito a la sociedad demandante, de conformidad con el literal a) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, por infracciones cometidas al artículo 11 de la referida Ley en los supermercados de su propiedad.

En el caso del establecimiento propiedad de la demandante, los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor realizaron inspección el veintiocho de enero de dos mil tres y encontraron productos alimenticios a la venta con posterioridad a su fecha de vencimiento, conducta que atentaba en contra de la salud de los consumidores. En una segunda inspección realizada en el mismo local el veinticuatro de julio de dos mil tres, los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor encontraron nuevamente productos alimenticios a la venta con posterioridad a su fecha de vencimiento, por lo que mediante la resolución de las diez horas quince minutos del trece de mayo de dos mil cuatro, la Dirección General de Protección al Consumidor multó a la demandante por la

reincidencia en la infracción atribuida, de conformidad con el artículo 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor.

Dos años después, el veintidós de marzo del año dos mil cinco, delegados de la citada Dirección inspeccionaron nuevamente el establecimiento, no encontrando en esa oportunidad producto vencido, sino únicamente y por "primera vez" la inexactitud en báscula ubicada en el departamento de carnicería, conducta que no atentaba en contra de la salud de los consumidores y que debió ser sancionada de conformidad al literal a) del artículo 31 de la Ley en comento, pues la misma no se configuraba como reincidencia en la infracción verificada en las anteriores inspecciones.

Por otra parte, en otro establecimiento propiedad de la demandante, delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor realizaron inspección el nueve de diciembre de dos mil tres en la cual encontraron, producto preenvasado sin la etiqueta con la información comercial redactada en castellano, infracción a la "Norma Salvadoreña Obligatoria" NSO No. 67.10.01:03 para el etiquetado de alimentos envasados, contenida en la Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología por la cual fue amonestada por la Dirección General de Protección al Consumidor el día veintidós de abril de dos mil cuatro.

Sin embargo, al realizar una segunda inspección en el mismo establecimiento el diecisiete de marzo de dos mil cinco, los delegados de la citada Dirección detectaron "por primera vez" la infracción tipificada en el artículo 11 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, es decir producto promocional sin fecha de vencimiento, conducta totalmente distinta e incluso tipificada en un cuerpo normativo diferente y que por lo tanto debió ser sancionada de conformidad al literal a) del artículo 31 de la Ley en comento, ya que la misma no se configuraba como reincidencia en la infracción verificada en la primera inspección.

Esta Sala considera que la reincidencia no debe interpretarse como una total coincidencia de elementos como: productos encontrados, marca, cantidad, color, etc. sino más bien que

habrá reincidencia, si la administrada incurre por segunda vez en la violación a un supuesto planteado en la Ley, es decir al incumplir dos veces "una determinada conducta" que atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza.

En el caso bajo estudio, ya se había sancionado por reincidencia al supermercado propiedad de la demandante en virtud que éste si había cometido ya dos veces la misma infracción, consistente en "productos alimenticios a la venta con posterioridad a su fecha de vencimiento"; mientras que al supermercado únicamente se le había amonestado por

escrito, con lo que se buscaba prevenirlo únicamente con relación a no volver a incurrir en la infracción detectada, esto es, "producto preenvasado sin la etiqueta con la información comercial redactada en castellano". Si en las inspecciones realizadas - por tercera ocasión a [...], y por segunda ocasión a [...] - los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor, hubieran encontrado nuevamente las mismas conductas o las mismas atentaran contra el mismo bien jurídico protegido, si podría hablarse de reincidencia, y de la consecuente multa que regulan los literales b) y c) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor ahora derogada.

Debe agregarse que las Normas Salvadoreñas Obligatorias, se encuentran reguladas en una legislación diferente a la Ley de Protección al Consumidor, por lo que la violación a éstas, no puede tipificarse como violaciones directas a la Ley de Protección al Consumidor, sino más bien como violaciones a los derechos de los consumidores tutelados por la citada Ley.

Con base en lo anterior es posible concluir que las infracciones detectadas en las inspecciones realizadas el día veintidós de marzo del año dos mil cinco en la [...] y el día diecisiete de marzo del mismo año en la [...] de la misma ciudad, no encajan en la reincidencia regulada en el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor ahora derogada, ya que la prohibición de ofrecer al público producto con posterioridad a su fecha de vencimiento no es lo mismo que detectar la inexactitud en báscula ubicada en el departamento de carnicería, así como la violación a Normas Salvadoreñas Obligatorias constituye una infracción totalmente distinta a ofrecer al público producto promocional sin fecha de vencimiento, situación que, vuelve ilegal la actuación de la Administración Pública, que ha utilizado dos infracciones de distinto contenido como presupuesto para hacer coincidir la conducta de la demandante, al tipo sancionatorio establecido en el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor ahora derogada.

Por todo lo antes expuesto, esta Sala concluye que las resoluciones impugnadas son ilegales, ya que existen las violaciones alegadas.

Establecida la ilegalidad de los actos administrativos impugnados por la falta de tipicidad de las multas impuestas, resulta innecesario pronunciarse en forma particular sobre los demás puntos alegados por la parte actora.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 117-2005 de fecha 08/06/2009)

IMPOSICIÓN DE MULTA POR EXISTENCIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS SIN ETIQUETA DE PRECIO, VENTA PRODUCTOS CON ETIQUETA EN IDIOMA INGLÉS Y SIN FECHA DE VENCIMIENTO; Y PRENDAS DE VESTIR SIN ETIQUETA DEL PAÍS DE ORIGEN

La demandante que se dedica al negocio y administración de los supermercados. La Dirección General de Protección al Consumidor realizó de forma oficiosa ciertas inspecciones en uno de los supermercados de su propiedad. De tales inspecciones, se le impuso una amonestación escrita por haberse encontrado productos alimenticios que carecían de etiqueta de precio. Posteriormente, se efectuó una nueva inspección, en la que se advirtió que se tenía a la venta productos con etiqueta en idioma inglés y sin fecha de vencimiento; y prendas de vestir que carecen en su etiqueta del país de origen, razón por la que se le impuso una multa por un monto de tres mil dólares de los Estados Unidos de América.

Según importantes corrientes doctrinarias, el ius puniendi del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento. Dicha función administrativa desarrollada en aplicación del ius puniendi, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración.

Como otras potestades de autoridad, ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de la Constitución de la República. En tal sentido, los artículos 7, 22, 32 de la Ley de Protección al Consumidor, y 40 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogados), sujetaban inicialmente la potestad sancionadora administrativa al cumplimiento del debido proceso: "...la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas...". Pero sobre todo, en congruencia con la Constitución de la República y los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, la potestad sancionadora encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del artículo 86 de la Constitución de la República. Así pues, en virtud de la sujeción a la Ley, la Administración sólo podrá funcionar cuando aquella la faculte, ya que las actuaciones administrativas aparecen antes como un poder atribuido por la Ley, y por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudablemente extensible a la materia sancionatoria, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad.

PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Corolario de la identidad de la potestad penal de la judicatura y la sancionadora de la Administración, es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al

ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Por esa razón, tradicionalmente se habla de la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, obviándose referencia a su identidad matriz.

Resulta pues que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Sabido es que existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho, aunque ello no debe inhibir a la Administración de la aplicación de los principios rectores del ius puniendi al ámbito administrativo sancionador, pues estos tienen origen primordialmente en la norma fundamental. Puede de esta manera afirmarse sin ambages, que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal encauzando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados.

La Ley de Protección al Consumidor, contenida en el Decreto Legislativo número seiscientos sesenta y seis, del catorce de marzo de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial número cincuenta y ocho, tomo trescientos treinta, de fecha veintidós del mismo mes y año, que fue derogada por el Decreto Legislativo número setecientos sesenta y seis, del treinta y uno de agosto de dos mil cinco, publicado en el Diario Oficial número ciento sesenta y seis, tomo trescientos sesenta y ocho, del ocho de septiembre del mismo año, expresaba en sus considerandos que surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de cumplir con la obligación de propiciar el desarrollo económico y social, motivación que guarda coherencia propia con el artículo 101 de la Constitución de la República.

Como parte de ello se deben crear condiciones óptimas tanto para el incremento de la producción de bienes como para la defensa de los intereses de los consumidores. Debe el Estado, en este contexto, además de fomentar la libre competencia, conferir a los consumidores de los derechos necesarios para su legítima defensa.

En ese sentido, el artículo 10 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), señalaba que debía imprimirse en el envase o empaque de las medicinas o alimentos, bebidas o de cualquier otro producto perecedero la fecha de vencimiento de los mismos.

El artículo 31 de la referida Ley, establecía que: "Las infracciones a las disposiciones de esta Ley se sancionarán, según la gravedad de la infracción, de la siguiente manera: b) Cuando la infracción sea cometida por segunda vez, se impondrá al infractor una multa cuyo monto será de ¢1,000.00 hasta ¢100, 000.00".

Asimismo, el artículo 29 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), regulaba: "En materia de normalización, metrología, y certificación de la calidad, así como para los efectos del establecimiento científico de la prueba en la sustanciación de los procedimientos a que hubiere lugar en el cumplimiento de la presente Ley, se aplicarán las normas establecidas en la Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología" (negritas son nuestras).

La Ley del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, contenida en el Decreto Legislativo número doscientos ochenta y siete, del quince de julio de mil novecientos noventa y dos, publicado en el Diario Oficial número ciento cuarenta y cuatro, tomo trescientos dieciséis, del diez de agosto del mismo año, expresa en sus considerandos que surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de crear la política de normalización, metrología, certificación y verificación de la calidad de bienes y servicios, para contribuir a la elevación de los niveles de competitividad y productividad de las empresas y que se garantice la calidad y cantidad a los usuarios y consumidores; y en el artículo 30 regula que son normas salvadoreñas obligatorias, entre otras, las que se refieren a materiales, procedimientos, productos y servicios que puedan afectar la vida, la seguridad y la integridad de las personas.

De la lectura de la normativa citada se observa como elemento indispensable del tipo sancionatorio descrito, la llamada "reincidencia"; en virtud de la cual, la sanción a la que el artículo hace referencia únicamente puede aplicarse, si la Dirección General de Protección al Consumidor verifica que la infracción a algún supuesto específico contenido en la ley, se ha cometido nuevamente. Evidentemente si la reincidencia no ha sido constatada,

corresponde la aplicación del literal a) del citado artículo, el cual prescribe la posibilidad de amonestar por escrito al infractor.

La tipicidad es la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo llamado atipicidad que es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo legal sujeto a sanción. Con base en lo expuesto, debe tenerse en cuenta en el caso de autos, que si la "reincidencia" como elemento del tipo sancionatorio descrito en el artículo 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), no ha sido plenamente establecida, no es posible adecuar la conducta del administrado, a la que describe la norma en comento.

En ese sentido, es indispensable que el acto administrativo que sanciona a la sociedad demandante, se encuentre plenamente fundamentado y motivado, para que no quede duda con respecto a la reincidencia en la infracción y la consecuente legalidad de la multa impuesta.

Al respecto debe señalarse que la reincidencia es una de las instituciones que se caracterizan por constituir la reacción específica del ordenamiento jurídico frente a unas situaciones en que ha fracasado la finalidad preventiva y represiva de las sanciones.

En términos generales la reincidencia es la reiteración de una misma culpa o defecto.

En Derecho Penal la reincidencia es entendida como la problemática de las disposiciones legales que hacen derivar una consecuencia jurídica más grave o más privativa de derechos de la circunstancia de que la persona con anterioridad haya sido condenada o sufrido pena por otro delito, indicándose que la misma puede ser genérica o específica, ficta o real.

Al respecto, el artículo 30 del Código Penal establece entre las circunstancias que agravan la responsabilidad penal: 16) "Cometer el hecho, como autor o partícipe, de forma reincidente; es decir, cuando se trate de un nuevo delito realizado dentro del período de los cinco años siguientes a la fecha en que se haya sancionado al imputado por un delito doloso que atente contra el mismo bien jurídico o sea de igual naturaleza".

De acuerdo al Código Penal de El Salvador comentado, al analizarse el precepto, se colige que se recepta una reincidencia específica, por ser necesario que el nuevo delito cometido, sea de igual entidad al cometido anteriormente o al menos de la misma naturaleza; es decir porque se tiene en cuenta la misma naturaleza del delito precedente, lo cual sin embargo, se ve amplificado por la remisión que se hace, a la lesión al mismo

bien jurídico, cuando un interés jurídico puede ser ofendido por diversos delitos. También se acuña el modelo de la reincidencia ficta, por cuanto solo basta la imposición de la sanción, período que se extiende a cinco años.

Aunque la reincidencia es una institución que tiene su origen el Derecho Penal y ha figurado en los códigos penales como una de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, también es regulada por el Derecho Administrativo Sancionador, y con el mismo sentido respecto a la responsabilidad administrativa.

En el caso de autos, la Dirección General de Protección al Consumidor sancionó a la demandante, de conformidad con el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), por infracciones cometidas en los supermercados de su propiedad, al artículo 10 de la misma Ley y a las normas obligatorias salvadoreñas, dentro de las cuales están comprendidas las que se refieren al etiquetado de los alimentos preenvasados y al etiquetado de productos textiles, prendas de vestir y sus accesorios, que si bien no están reguladas expresamente en la referida Ley, son reconocidas en el artículo 29 de la misma, y que además están vinculadas con los derechos del consumidor que regulaba en el artículo 7, especialmente a ser debidamente informado de las condiciones de los productos o servicios que reciba o adquiera. Siendo que la etiqueta que acompaña a los productos la principal fuente informativa del consumidor, teniendo esta que ser clara y comprensible para evitar el engaño o cualquier tipo de duda sobre la naturaleza, identidad, calidad, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación de los productos.

En el caso del establecimiento comercial propiedad de la demandante, en inspección realizada, los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor encontraron productos alimenticios que carecían de etiqueta de precio, conducta que atentaba en contra del derecho de información de los consumidores y que fue sancionada con amonestación escrita, de conformidad al literal a) del artículo 31 de la Ley en comento mediante resolución emitida por la mencionada Dirección el diecinueve de abril de dos mil cuatro.

Posteriormente, delegados de la citada Dirección inspeccionaron nuevamente el establecimiento mismo establecimiento comercial, no encontrando en esa oportunidad productos alimenticios que carecían de etiqueta de precio, sino únicamente y por "primera vez" productos con etiqueta en idioma inglés y sin fecha de vencimiento y prendas de vestir que carecían en su etiqueta del país de origen, conducta que no solamente atentaba en contra del derecho de información de los consumidores sino también en contra del derecho de salud de los mismos y que debió ser sancionada de

conformidad al literal a) del artículo 31 de la Ley antes mencionada, pues la misma no se configuraba como reincidencia en la infracción verificada en la anterior inspección. No obstante lo anterior, mediante resolución emitida por la Dirección General de Protección al Consumidor, se le multó a la demandante por la reincidencia en la infracción atribuida, de conformidad con el artículo 31 literal b) de la referida Ley.

Esta Sala considera que, aunque La Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada) no se refirió expresamente a la reincidencia ni a los elementos que la conforman, la reincidencia no debe interpretarse como una total coincidencia de elementos como: muchos o pocos productos encontrados o comercializados, marca, cantidad, color, etc., sino más bien que habrá reincidencia, si el sujeto responsable incurre por segunda vez o de forma sucesiva en la violación a un supuesto específico previsto por la ley, es decir al realizar dicho sujeto dos o más veces "la misma conducta" y que además que con tal falta atente contra el mismo bien jurídico o atente contra un bien de igual naturaleza.

Como puede observarse, para que se constate la existencia de una reincidencia en sentido estricto es necesaria la concurrencia de determinados requisitos, entre los cuales habrá que mencionar, que tiene que tratarse de dos o más infracciones y que éstas sean del mismo tipo y calificación; de igual manera debe tomarse en cuenta que la resolución sancionadora anterior y su correspondiente motivación hayan adquirido firmeza, y que la consecuencia sancionadora en caso de apreciarse reincidencia, pueda incrementar las sanciones previstas en la ley.

Al atribuirse eficacia jurídica en el caso que las infracciones sean del mismo tipo y calificación (no análogas), o con más precisión "que las infracciones sean de la misma naturaleza", la reincidencia queda así limitada por las exigencias de la propia tipificación legal de las conductas sancionables, lo que conduce a una mayor seguridad jurídica para el sujeto infractor.

Que las infracciones administrativas sean de la misma naturaleza se refiere a que junto a una infracción en un determinado caso, habrá de concurrir otra infracción que atente contra el mismo bien jurídico cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable, y que en ambos casos las infracciones hayan tenido la misma calificación (leve, grave o muy grave).

Pero para que pueda apreciarse la reincidencia, también debe hacerse constar expresamente la infracción en la resolución sancionadora, y ésta habrá de encontrarse debidamente motivada, ya que tanto la falta de mención de la primera circunstancia

señalada como la exposición incompleta o insatisfactoria de su motivación, daría lugar a la no aplicación de la reincidencia.

Además, la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada) no se refirió a la aplicación de la reincidencia cuando las resoluciones administrativas sancionadoras hubieran alcanzado estado de firmeza, ni señaló si esa firmeza debía entenderse referida únicamente a la vía administrativa, pero considera esta Sala que no habrá de observarse plazo alguno para el inicio del nuevo procedimiento sancionador por la infracción nuevamente constatada, y que tal firmeza puede entenderse referida también a la sede jurisdiccional.

En el caso bajo estudio, la amonestación escrita que se emitió al supermercado inspeccionado, buscaba prevenirlo únicamente con relación a no volver a incurrir en la infracción detectada, esto es, no seguir ofreciendo productos alimenticios que carecieran de etiqueta de precio en el establecimiento comercial propiedad de la demandante. Si en la inspección practicada posteriormente, los delegados de la Dirección General de Protección al Consumidor, hubieran encontrado nuevamente las mismas conductas, si podría hablarse de reincidencia, y de la consecuente multa que regulaba el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada).

Con base en lo anterior es posible concluir que las infracciones detectadas en las inspecciones realizadas el veintitrés de junio de dos mil tres y el siete de octubre de dos mil cuatro, en el mismo establecimiento, no encajan en la reincidencia regulada en el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), ya que comercializar productos alimenticios que carezcan de etiqueta de precio no es lo mismo que comercializar productos con etiqueta en idioma inglés y sin fecha de vencimiento y prendas de vestir que carezcan en su etiqueta del país de origen.

Por todo lo expuesto la actuación de la Administración Pública es ilegal ya que ha utilizado dos infracciones de distinto contenido, como presupuesto para hacer coincidir la conducta de la sociedad demandante, al tipo sancionatorio establecido en el literal b) del artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada).

Establecida la ilegalidad del acto administrativo impugnado por la falta de tipicidad de la multa impuesta, resulta innecesario pronunciarse en forma particular sobre los demás puntos alegados por la parte actora.

Una vez que se ha concluido en los considerandos anteriores que esta sentencia debe declarar la ilegalidad del acto impugnado, corresponde ahora examinar si en el caso que se analiza, de acuerdo con las particulares circunstancias que lo acompañan, han de

dictarse medidas para restablecer el derecho violado según lo ordena el inciso 2° del artículo 32 de la Ley de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

De acuerdo con esta disposición, 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. Se instituye de esta manera en el contencioso administrativo un mecanismo para que la Sala pueda restablecer plenamente los derechos de la sociedad demandante que hubieran sido violados por el acto impugnado.

Sobre este tema debe añadirse que las medidas que se adopten han de perseguir que el restablecimiento de todas las condiciones que en la esfera jurídica de la sociedad demandante hubieran sido alteradas por el acto impugnado sea in natura, es decir, devolviendo las cosas al exacto estado en el que originalmente se encontraban.

Corresponde ahora trasladar al caso que se analiza el significado y modo de operar de las medidas para el restablecimiento del derecho violado. Según queda establecido en el preámbulo de esta sentencia, en el presente caso se impugna la imposición de una multa.

Consta en este proceso y por afirmación misma de la demandante, que ésta se ha negado a pagar voluntariamente la referida multa. De lo que se advierte que no se ha alterado la situación material que tenía la sociedad demandante hasta antes de la emisión del acto, en consecuencia procede que no se haga efectivo el cobro de la misma y todo lo que sea su consecuencia, como medida concreta para el restablecimiento de los derechos violados.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 6-2006 de fecha 04/09/2009)

IMPOSICIÓN DE MULTA AL VERIFICARSE LA REINCIDENCIA EN LA VENTA IRREGULAR DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS

La parte actora impugna la resolución pronunciada por el Ministerio de Economía, por medio de la Dirección General de Protección al Consumidor, a través de la cual resuelve imponerle una multa, por verificarse la supuesta existencia de la venta de productos alimenticios con fecha de vencimiento que ya había expirado, productos sin la etiqueta de fecha de vencimiento y productos con su etiqueta en idioma inglés.

La sociedad demandante alega la violación al Principio de Proporcionalidad establecido en el artículo 246 inciso primero de la Constitución de la República, esto porque la cantidad de productos que aparecen supuestamente en situación irregular es mínima frente al monto de la sanción impuesta y frente al monto de productos que por ella se comercializan en cada uno de los supermercados de su propiedad.

Según importantes corrientes doctrinarias, el ius puniendi del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento. Dicha función administrativa desarrollada en aplicación del ius puniendi, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración.

Como otras potestades de autoridad, ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de la Constitución de la República. En tal sentido, los artículos 7, 22, 32 de la Ley de Protección al Consumidor, y 40 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor derogados, sujetaban inicialmente la potestad sancionadora administrativa al cumplimiento del debido proceso: "...la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas...". Pero sobre todo, en congruencia con la Constitución de la República y los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, la potestad sancionadora encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del artículo 86 de la Constitución de la República. Así pues, en virtud de la sujeción a la Ley, la Administración sólo podrá funcionar cuando aquella la faculte, ya que las actuaciones administrativas aparecen antes como un poder atribuido por la Ley, y por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudablemente extensible a la materia sancionatoria, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad.

PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Corolario de la identidad de la potestad penal de la judicatura y la sancionadora de la Administración, es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente

configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Por esa razón, tradicionalmente se habla de la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, obviándose referencia a su identidad matriz.

Resulta pues que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Sabido es que existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho, aunque ello no debe inhibir a la Administración de la aplicación de los principios rectores del *ius puniendi* al ámbito administrativo sancionador, pues estos tienen origen primordialmente en la norma fundamental. Puede de esta manera afirmarse sin ambages, que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal encauzando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados.

La Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), de conformidad a lo expresado en sus considerandos, surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de cumplir con la obligación de propiciar el desarrollo económico y social, motivación que guarda coherencia propia con el artículo 101 de la Constitución de la República.

Como parte de ello se deben crear condiciones óptimas tanto para el incremento de la producción de bienes como para la defensa de los intereses de los consumidores. Debe el Estado, en este contexto, además de fomentar la libre competencia, conferir a los consumidores de los derechos necesarios para su legítima defensa.

En ese sentido, el artículo 10 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), señalaba que debía imprimirse en el envase o empaque de las medicinas o alimentos, bebidas o de cualquier otro producto perecedero la fecha de vencimiento de los mismos, y el artículo 11 de dicha Ley, establecía la prohibición de ofrecer al público cualquier clase de productos con posterioridad a la fecha de vencimiento o cuya masa, volumen, calidad o cualquier otra medida especificada en los productos, se encuentre alterada.

El artículo 31 de la citada Ley señalaba que: "Las infracciones a las disposiciones de esta Ley se sancionarán, según la gravedad de la infracción, de la siguiente manera:

b) Cuando la infracción sea cometida por segunda vez, se impondrá al infractor una multa cuyo monto será de ¢1, 000.00 hasta ¢100, 000.00".

De la lectura del citado artículo se observa como elemento indispensable del tipo sancionatorio descrito, la llamada "reincidencia", en virtud de la cual, la multa a la que el artículo hace referencia únicamente puede aplicarse, si la Dirección General de Protección al Consumidor verifica, que la infracción a la Ley de la materia, se ha cometido por segunda vez. Se observa además que el referido artículo daba a la Dirección General de Protección al Consumidor, un margen razonable para imponer la multa en caso de reincidencia, que iba de los mil a los cien mil colones, y dejaba a discreción de la referida Dirección el monto exacto de la multa, ya que el artículo no hacía referencia a cantidades o algún otro tipo de parámetro o circunstancia que debiera considerarse, para fijar la cantidad de la multa a imponer.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Doctrinariamente el principio de proporcionalidad se ha entendido como "un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio (...)".(JAVIER BARNES, "El Principio de Proporcionalidad", Cuadernos de Derecho Público número 5, Septiembre-Diciembre, 1998, INAP).

Se afirma también que es un principio de carácter relativo, ya que compara dos magnitudes y se concentra en confrontar los medios previstos por la norma jurídica y su correlación con los utilizados por los poderes públicos.

La Administración Pública se encuentra indudablemente circunscripta al principio de proporcionalidad, en el sentido que su injerencia en la situación jurídica de los particulares está limitada atendiendo a su competencia y, además, al respeto a los derechos concedidos a los mismos.

De las ideas expuestas se puede colegir que, la proporcionalidad es un instrumento que el ordenamiento jurídico prevee para controlar que los límites y controles a la actividad estatal se ejerciten adecuadamente.

En virtud del principio de proporcionalidad, toda limitación a derechos fundamentales, debe respetar a su vez, la existencia de una relación medio-fin en la que el primero,

cumpla con las características de idoneidad, es decir, que sea útil para el fin que pretende alcanzar, necesidad que es que no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar dicho objetivo, y finalmente que no se cause más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego.

En el caso de autos, el apoderado de la sociedad demandante sostiene que el acto administrativo impugnado ha violentado el referido principio, ya que la multa impuesta, no es proporcional a la cantidad de productos alimenticios cuya fecha de vencimiento ya había expirado; productos sin la etiqueta de fecha de vencimiento; y productos con su etiqueta en idioma inglés, que fueron encontrados en el establecimiento propiedad de su mandante. Alega que la cantidad de los productos encontrados es mínima frente al monto de productos que por ella se comercializan en cada uno de los supermercados.

Al respecto esta Sala considera que al analizar la normativa aplicable y el contenido del principio de proporcionalidad, es claro que el establecimiento inspeccionado, efectivamente incurrió en las infracciones reguladas en los artículos 10 y 11 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), esto pues según las actas respectivas, se encontraban comercializando - por segunda vez- productos cuya fecha de vencimiento se había verificado algunos días antes de que se practicara la referida inspección y producto sin la etiqueta de vencidos. La reincidencia en las citadas infracciones hace que las conductas detectadas en el supermercado propiedad de la sociedad demandante, encajen en el supuesto establecido en el artículo 31 literal b) del mismo cuerpo legal, el cual determinaba un rango de ¢1,000 a ¢100,000 colones como margen para imponer la respectiva multa. Dentro de ese amplio margen, la Dirección General de Protección al Consumidor, impuso a la demandante multa por la cantidad de tres mil dólares de los Estados Unidos de América (equivalentes a veintiséis mil doscientos cincuenta colones), a las infracciones cometidas, cantidad que se encuentra por debajo de la suma máxima que como multa pudo imponerse.

Debe considerarse además, que la normativa aplicable no establecía parámetros en cuanto a cantidad, o tiempo transcurrido desde el vencimiento del producto, para determinar la gravedad de las infracciones. Sin embargo en el presente caso, luego de analizar que el establecimiento inspeccionado sin duda, y pese a una primera amonestación escrita," se encontraba ofreciendo a los consumidores productos vencidos y sin la etiqueta de vencidos que atentan contra la salud de los mismos, se impuso a la demandante una multa de tres mil dólares de los Estados Unidos de América (equivalentes a veintiséis mil doscientos cincuenta colones), la cual es proporcional al daño causado, si se toma en cuenta que la misma cumple una finalidad, la cual en el caso

que nos ocupa, es que se vendan los productos a los consumidores en buen estado, cumpliendo con las normas establecidas. Además la multa es moderada pues no se ha impuesto la cantidad máxima que se podía imponer a la infractora de acuerdo al artículo 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), y finalmente lejos de causar algún perjuicio, se benefician los intereses en juego, en el sentido que se frena el cometimiento de ese tipo de infracciones, situación que repercute favorablemente en el respeto a los derechos de los consumidores.

Por todo lo expuesto esta Sala concluye que la resolución impugnada es legal, ya que no existe la violación alegada, en cuanto la misma, es proporcional a las infracciones cometidas por la sociedad demandante, pues es idónea, moderada y beneficiosa para los intereses de los consumidores.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 7-2006 de fecha 23/06/2009)

IMPOSICIÓN DE MULTA POR INFRACCIONES A LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR ADVERTIDAS EN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL

La parte actora impugna actos administrativos pronunciados por el Director General de Protección al Consumidor por supuestas infracciones a la Ley de Protección al Consumidor.

Hizo recaer la ilegalidad de dichos actos en la violación al Principio de Proporcionalidad establecido en el artículo 246 inciso 1° de la Constitución de la República.

La Ley de Protección al Consumidor fue creada por Decreto Legislativo número 666 de fecha catorce de marzo de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial número 58 tomo 330 del veintidós de marzo del mismo año y derogado posteriormente por Decreto Legislativo número 776 del treinta y uno de agosto de dos mil cinco publicado en el Diario Oficial número 166 tomo 368 del ocho de septiembre de dos mil cinco. De conformidad a lo expresado en sus considerandos, surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de cumplir con la obligación de propiciar el desarrollo económico y social, motivación que guarda coherencia con el artículo 101 de la Constitución de la República.

Como parte de ello se deben crear condiciones óptimas tanto para el incremento de la producción de bienes como para la defensa de los intereses de los consumidores. Debe el Estado en este contexto, además de fomentar la libre competencia, conferir a los consumidores de los derechos necesarios para su legítima defensa.

En concordancia con el anterior orden de ideas, el artículo 10 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, regulaba que "Todo productor, importador o distribuidor de productos alimenticios, bebidas, medicinas o productos que puedan incidir en la salud humana o animal, deberá cumplir estrictamente con las normas contenidas en el Código de Salud y con las regulaciones dictadas por las autoridades del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y del Ministerio de Agricultura y Ganadería, respectivamente, con relación a dichos productos. Deberá imprimirse en el envase o empaque de las medicinas o alimentos, bebidas o cualquier otro producto perecedero, la fecha de vencimiento de los mismos, (...)".

Por su parte, el artículo 11 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, establecía la prohibición de ofrecer al público cualquier clase de productos con posterioridad a la fecha de vencimiento o cuya masa, volumen, calidad o cualquier otra medida especificada en los productos, se encuentre alterada. De igual manera, el artículo 17 del mismo cuerpo legal, prohibía la inclusión en la publicidad de los productos o servicios ofrecidos, de cualquier dato falso que pudiera inducir a engaño con relación al origen, calidad, cantidad, contenido, precio, garantía, uso o efecto de los mismos.

El artículo 31 de la citada Ley señalaba que las infracciones a las disposiciones del mismo cuerpo legal serían sancionadas, según la gravedad de la infracción de la siguiente manera:

b) Cuando la infracción sea cometida por segunda vez, se impondrá al infractor una multa cuyo monto será de ₡1, 000.00 hasta ₡100, 000.00.

De la lectura del citado artículo se observa como elemento indispensable del tipo sancionatorio descrito, la llamada "reincidencia", en virtud de la cual la multa a la que el artículo hacía referencia únicamente podía aplicarse si la Dirección General de Protección al Consumidor verificaba que la infracción a la Ley de la materia, se había cometido por segunda vez. Se observa además que el referido artículo daba a la Dirección General de Protección al Consumidor, un margen razonable para imponer la multa en caso de reincidencia que iba de los mil a los cien mil colones, y dejaba a discreción de la referida Dirección el monto exacto de la multa, ya que el artículo no hacía referencia a cantidades

o algún otro tipo de parámetro o circunstancia que debiera considerarse, para fijar la cantidad de la multa a imponer.

Doctrinariamente el Principio de Proporcionalidad se ha entendido como "un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio (...)".(JAVIER BARNES, "El Principio de Proporcionalidad", Cuadernos de Derecho Público número 5, Septiembre-Diciembre, 1998, INAP).

Se afirma también que es un principio de carácter relativo, ya que compara dos magnitudes y se concentra en confrontar los medios previstos por la norma jurídica y su correlación con los utilizados por los poderes públicos. La Administración Pública se encuentra indudablemente circunscripta al Principio de Proporcionalidad, en el sentido que su injerencia en la situación jurídica de los particulares está limitada atendiendo a su competencia y, además, al respeto a los derechos concedidos a los mismos. De las ideas expuestas se puede colegir que, la proporcionalidad es un instrumento que el ordenamiento jurídico prevee para controlar que los límites y controles a la actividad estatal se ejerciten adecuadamente.

En virtud del Principio de Proporcionalidad, toda limitación a derechos fundamentales debe respetar a su vez, la existencia de una relación medio-fin en la que el primero, cumpla con las características de idoneidad, es decir, que sea útil para el fin que pretende alcanzar, necesidad que es que no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar dicho objetivo, y finalmente que no se cause más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego.

En el caso de autos, el apoderado de la sociedad demandante sostuvo que los actos administrativos impugnados han violentado el referido Principio, ya que las multas impuestas, no son proporcionales a la cantidad de productos en situación irregular que fueron encontrados en los establecimientos propiedad de su mandante. Alegó que muchos de los productos encontrados tenían relativamente poco tiempo de haber caducado al momento que se realizaron las inspecciones y que dichos productos eran muy pocos en relación a la gran cantidad de mercadería que esa sociedad comercializa.

Al respecto, esta Sala considera que al analizar la normativa aplicable y el contenido del Principio de Proporcionalidad es claro que los establecimientos inspeccionados, efectivamente incurrieron en las infracciones reguladas en los artículos 10, 11 y 17 de la

Ley de Protección al Consumidor derogada, ya que según las actas respectivas se encontraban comercializando -por segunda vez- productos: i) sin etiqueta de fecha de vencimiento; ii) cuya fecha de vencimiento se había verificado algunos días antes de que se practicaran las referidas inspecciones; e iii) cuyo peso era distinto al ofertado. La reincidencia en las citadas infracciones hace que las conductas detectadas en los supermercados propiedad de la demandante, encajen en el supuesto establecido en el artículo 31 literal b) del mismo cuerpo legal, el cual determina un rango de mil colones (¢1,000) a cien mil colones (¢100,000) como margen para imponer la respectiva multa. Dentro de ese amplio margen, la Dirección General de Protección al Consumidor, impuso a la demandante dos multas por veinte mil colones (¢20,000) equivalentes a dos mil doscientos ochenta y cinco dólares con setenta y un centavos de dólar (\$2,285.71) cada una, por las infracciones cometidas, cantidad que se encuentra por debajo de la suma máxima que pudo imponerse.

Debe considerarse además que la normativa aplicable no establece parámetros en cuanto a cantidad o tiempo transcurrido desde el vencimiento del producto para determinar la gravedad de la infracción. Sin embargo en el presente caso, luego de analizar que los establecimientos inspeccionados sin duda, y pese a una primera amonestación, se encontraban ofreciendo a los consumidores productos sin etiqueta de fecha de vencimiento, así como productos vencidos, los cuales atentaban contra la salud de los mismos, es que se impuso a la demandante dos multas de ¢20,000 colones cada una las cuales son proporcionales al daño causado, si se toma en cuenta que las mismas cumplen una finalidad, la cual en el caso que nos ocupa es que se vendan los productos a los consumidores en buen estado, cumpliendo con las normas establecidas. Además la cantidad de la multa es moderada pues no se ha impuesto la cantidad máxima que se podía imponer al infractor de acuerdo al artículo 31 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor, y finalmente lejos de causar algún perjuicio, se benefician los intereses en juego en el sentido que se frena el cometimiento de ese tipo de infracciones, situación que repercute favorablemente en el respeto a los derechos de los consumidores.

Por todo lo expuesto esta Sala concluye que las resoluciones impugnadas son legales ya que no existe la violación alegada, en cuanto las mismas son proporcionales a las infracciones cometidas por la demandante, pues son idóneas, moderadas y beneficiosas para los intereses de los consumidores.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 118-2005 de fecha 05/09/2009)

PROCESO SANCIONATORIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

El objeto del litigio es la pretensión de ilegalidad de la resolución pronunciada por el Director General de Protección al Consumidor, en la que se ordena a la sociedad demandante devolver a la sociedad AEMIS, S.A. de C.V., lo pagado de forma indebida y el pago de una multa por cometer infracción a la derogada Ley de Protección al Consumidor.

El ius puniendi del Estado, es concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento. Dicha función administrativa desarrollada en aplicación del ius puniendi, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración.

Ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de la Constitución. En tal sentido, el artículo 14 de la Constitución de la República, sujeta inicialmente la potestad sancionadora administrativa al cumplimiento del debido proceso: "...la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas...". Pero sobre todo, en congruencia con la Constitución y los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, la potestad sancionadora encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del artículo 86 de la Constitución. Esta premisa de habilitación, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo el ejercicio de la potestad de la Administración.

En el presente caso, los artículos 7, 22, 32 y 36 de la Ley de Protección al Consumidor, y 40 del Reglamento de dicha Ley -ambos ya derogados-, sujetaban la potestad sancionadora de la DPC, al cumplimiento del debido proceso. Consecuentemente, este Tribunal procederá al análisis de los hechos acaecidos en sede administrativa para determinar si existen las ilegalidades señaladas por la parte actora.

La sociedad demandante sostiene que la DPC violó los artículos 7 y 22 de la Ley de Protección al Consumidor -en adelante LPC-, en virtud de los cuales se establecen los derechos y las opciones que la referida ley brindaba al consumidor, constando la obligación de la autoridad demandada de procurar la conciliación entre las partes.

El art. 7 de la LPC, rezaba de la siguiente manera: "El consumidor dispondrá especialmente de los siguientes derechos: a) A ser protegido frente a los riesgos contra la vida y la salud; b) A ser debidamente informado de las condiciones de los productos o servicios que adquiera o reciba; c) Presentar ante las autoridades competentes las denuncias de violaciones a la presente Ley; d) Exigir que se respeten los derechos plasmados en la presente Ley; e) Elegir las opciones a que se refiere el Art. 22 de esta Ley; y, f) Reclamar por la vía judicial, el resarcimiento de daños y perjuicios".

Por su parte, el tenor literal del art. 22 del mismo cuerpo normativo era el siguiente: "Si los productos o servicios se entregan al consumidor en calidad, cantidad, o en una forma diferente a la ofrecida, este tendrá las siguientes opciones: a) Exigir el cumplimiento de la oferta; b) La reducción del precio; c) Aceptar a cambio un producto o servicio diferente al ofrecido; y, d) La devolución de lo que hubiere pagado. Las opciones contenidas en las letras anteriores, preferirán unas a otros según el orden de su numeración, de manera que solo, si el oferente se ha negado a cumplir con la opción de la letra anterior, tendrá aplicación la comprendida en la letra que le siga. Lo anterior no libera de responsabilidad al comerciante, por las infracciones que cometa a las disposiciones de esta Ley".

Al respecto, es importante destacar, que la Ley de Protección al Consumidor, de conformidad a lo expresado en sus considerandos, surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de cumplir con la obligación de propiciar el desarrollo económico y social. Como parte de ello se deben crear condiciones óptimas tanto para el incremento de la producción de bienes como para la defensa de los intereses de los consumidores. Debe el Estado, en este contexto, además de fomentar la libre competencia, conferir a los consumidores los derechos necesarios para su legítima defensa.

Con dicha normativa se protegían los derechos sociales que tienen su base de sustentación en nuestra Carta Magna, que es la que indica los principios, derechos y obligaciones base de todo el ordenamiento jurídico.

Este Tribunal, ya se ha pronunciado sobre los dos artículos supra relacionados, estableciendo que: "La Ley de Protección al Consumidor, otorga a los consumidores los derechos necesarios para su legítima defensa. Por ello, al realizar una interpretación armónica de esa normativa, llegamos a la conclusión de que los Arts. 7 y 22, no obstante que contengan afirmaciones contradictorias en ese contexto, deben integrarse. Al ubicarnos en la teleología de la ley, debemos hacer prevalecer lo dispuesto en el primero. Es carente de lógica interpretar que si en uno de ellos se afirma que entre los derechos de que dispone el consumidor está elegir las opciones a que se refiere el Art. 22 deba otorgársele validez a lo afirmado en este último en cuanto a que las opciones que ofrece

preferirán unas a otros según el orden de su numeración, de manera que solo si el oferente se ha negado a cumplir con la opción de la letra anterior, tendrá aplicación la comprendida en la letra que le siga". (Sentencia de las ocho horas del once de junio de dos mil uno, Ref. I46-A-99).

Se constata entonces, que dichas disposiciones, debían ser entendidas sin ninguna inclinación a favor del vendedor o proveedor, ya que eso disminuiría la protección al consumidor. En consecuencia, se debía velar por el objeto de la Ley bajo estudio, cual es, entre otros, la defensa de los intereses de los consumidores.

Se comprueba que la DPC procuró la conciliación entre ambas partes, cumplió con lo regulado en la Ley, quedando demostrado, que a la parte consumidora, haciendo uso de su derecho, no le pareció la propuesta efectuada por la parte proveedora, en consecuencia, el proceso siguió su curso de conformidad con la Ley de Protección al Consumidor. Con lo que queda desvirtuado el argumento vertido por la sociedad actora, pues no existe ninguna violación a los artículos 7 y 22 de la LPC.

INFORME TÉCNICO ELABORADO POR LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y TELECOMUNICACIONES

La parte actora sostiene que la Dirección General de Protección al Consumidor, con la emisión del acto impugnado, violó los artículos 32 y 36 de la Ley de Protección al Consumidor, ya que no resolvió comprobando el hecho enunciado, pues la única prueba recabada por la Dirección antes dicha, consiste en el "informe técnico" elaborado por la SIGET, el cual, es totalmente ilegal, pues sostiene que el art. 98 de la Ley de Telecomunicaciones impone a la SIGET la obligación de cooperar con las entidades que velan por los derechos de los consumidores, debiendo elaborar al efecto un "informe técnico" sobre el reclamo presentado por el usuario.

Al respecto, el art. 36 de la Ley de Protección al Consumidor, establecía que: "Para el cumplimiento de esta Ley, los diferentes Ministerios que forman parte del organo Ejecutivo, Instituciones Oficiales Autónomas, Municipales y de Seguridad Pública, están obligadas a prestar colaboración al Ministerio de Economía, cuando éste lo requiera; y sus actuaciones, cuando fueren delegados para ello, harán fe, salvo prueba en contrario".

Por su parte, el art. 98 de la Ley de Telecomunicaciones señala que: "el operador deberá resolver, en un plazo máximo de treinta días, los reclamos que presenten los usuarios por incumplimiento del contrato de servicios de telefonía, inclusive los cobros indebidos (...) La SIGET, a requerimiento de las autoridades que velan por la protección del consumidor, deberá presentar un informe técnico sobre el reclamo. Para ello el operador estará obligado al proporcionar a la SIGET, a requerimiento de ésta, el respaldo documental de los cobros o condiciones de prestaciones del servicio, según sea el caso".

En este sentido, ha quedado demostrado que en la denuncia interpuesta por la demandante, se expresó claramente que estaban siendo objeto de cobros indebidos de parte del proveedor. En consecuencia, en el presente caso, tienen claramente aplicación los artículos antes referidos, y, por lo tanto, la Ley si le confería la facultad a la SIGET de pronunciarse sobre el tema.

Una vez comprobada la competencia de la SIGET, se procederá al análisis de lo manifestado por la parte actora sobre el informe elaborado por la misma. Al respecto, esta Sala estima conveniente establecer el alcance de la denominación "informe técnico". De manera general, se entiende por "informe" a la descripción, oral o escrita, de las características y circunstancias de un suceso o asunto. Es la acción y efecto de informar. Y, con relación a la palabra "técnico", se detalla como perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes, empleadas exclusivamente, y con sentido distinto del vulgar, en el lenguaje propio de un arte, ciencia, oficio, entre otros.

Jurídicamente, se entiende por informe a la exposición escrita u oral sobre un asunto. Exposición del perito por medio de la cual hace conocer al tribunal sus comprobaciones y conclusiones. Dichos informes pueden ser solicitados a las Oficinas Públicas, Registros o incluso, a entidades privadas, y deben versar sobre hechos concretos, claramente individualizados y controvertidos dentro del procedimiento, de manera que se aporten datos concretos acerca de actos o hechos resultantes de la documentación, archivos o registros de terceros o de las partes.

El ya mencionado art. 36, le daba la facultad al Ministerio de Economía, a través de la Dirección General de Protección al Consumidor, que para el cumplimiento de la Ley, se avocara a los diferente Ministerios e instituciones, a fin de obtener su colaboración en los casos en que la mencionada Dirección lo requiriera, estableciendo además, que sus actuaciones, "cuando fueren delegados para ello, harán fe, salvo prueba en contrario".

MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La motivación del acto administrativo exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y de Derecho que le determinaron adoptar su decisión. Un punto trascendental de la motivación es que permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y, si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable.

La doctrina coincide en otorgar a la motivación como principales finalidades:

a) Desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; y,

b) Desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado que podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que se funda.

Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del criterio de decisión que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido.

En este orden de ideas, la falta de motivación o la motivación defectuosa no determina indefectiblemente la declaración de invalidez del acto administrativo que adolezca de tal vicio, ya que ésta consecuencia queda condicionada a valorar si la falta de fundamentación quebró el orden interno de formación de voluntad de la Administración, produjo una quiebra o ruptura en los derechos de contradicción y defensa del interesado, e incidió en la posibilidad de control judicial.

Lo anterior implica que no basta la falta de motivación per se, o la motivación defectuosa, para dictar como regla general la ilegalidad de una decisión de la Administración. Es necesario establecer en cada caso si una motivación distinta hubiese generado un cambio en la decisión de la Administración y en la esfera jurídica del administrado.

En el caso sub júdice, la resolución de la Administración Pública, no ha quebrantado la garantía del administrado, pues en la misma se han consagrado las razones en las cuales se fundamenta la decisión y con ello ha sido objeto de impugnación en esta sede judicial, mostrando a este Tribunal los fundamentos por los cuales la parte actora considera que la Administración ha actuado de forma ilegal, atacando las bases en que se funda dicha actuación. Por consiguiente, esta Sala concluye que no existe la falta de motivación del acto administrativo impugnado, tal y como lo sostiene la sociedad demandante.

Por otro lado, la parte actora sostiene que la DPC, violó el art. 31 de la LPC, el cual establecía la necesidad de calificar la reincidencia en la infracción a la Ley como condicionante para determinar la gravedad de la misma. Lo anterior lo relaciona con el art. 42 del Reglamento de la LPC, el cual establecía: "Encontrándose el expediente en estado de resolver, la Dirección pronunciará la resolución que corresponda, la que será notificada al interesado. Esta resolución no admitirá recurso alguno".

Este Tribunal, ha revisado el expediente administrativo. Por una parte, se ha comprobado que la resolución objeto del presente proceso, fue debidamente notificada, misma que fue impugnada ante esta sede judicial dentro del término de Ley para su correspondiente admisión y tramitación, en consecuencia, no ha existido violación al art. 42 antes señalado. Y, con relación a la reincidencia, la sociedad actora no aporta argumentos jurídicos con los cuales se puede comprobar la violación al art. 32 de la LPC, por lo tanto, este Tribunal no encuentra el fundamento jurídico por medio del cual exista violación al mencionado artículo, y por consiguiente, vicios de ilegalidad en el acto administrativo controvertido.

Finalmente, cabe destacar que si bien es cierto, media un acuerdo de voluntades entre partes contratantes que se debe de respetar, la Ley de Protección al Consumidor establecía parámetros que también deben de ser respetados por los proveedores en los denominados contratos de adhesión. Esos parámetros a respetar han sido el objeto controvertido tanto en sede administrativa como en esta sede jurisdiccional, no el acuerdo de voluntades en si considerado, pues en ningún momento la DPC ordenó la anulación de los contratos suscritos por las partes.

Es así, que por todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal concluye que el Ministerio de Economía, a través de la Dirección General de Protección al Consumidor, no violentó el principio de legalidad contemplado en los artículos 12 y 86 de la Constitución, ni el art. 2 del Código de Procedimientos Civiles tal y como lo sostiene la sociedad actora, pues su actuación se encuentra dentro del marco normativo que lo habilitaba en ese momento, aplicable de conformidad a las valoraciones anteriormente expuestas, siguiendo el procedimiento establecido en las leyes para el caso que nos ocupa. Por consiguiente, esta Sala ha comprobado que no existen los vicios de ilegalidad alegados por la sociedad actora respecto de la resolución ciento ochenta y uno detallada en el preámbulo de esta sentencia, en consecuencia, procede declarar la legalidad de la misma.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 69-2006 de fecha 02/06/2009)

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido impugnando la resolución pronunciada por la Dirección General de Protección al Consumidor a las quince horas y treinta minutos del veintidós de agosto de dos mil cinco, mediante la cual le ordenó a la sociedad demandante devolver a un consumidor cantidad de dinero, y la amonestó por cometer infracción a la Ley de Protección al Consumidor, previniéndole que en caso de reincidencia le aplicaría una multa según la Ley de la materia.

DERECHO DE AUDIENCIA

La Constitución de la República de El Salvador contenida en el Decreto número treinta y ocho del quince de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, publicada en el Diario Oficial número doscientos treinta y cuatro, tomo doscientos ochenta y uno, del dieciséis de diciembre de ese mismo año, señala en el artículo 11 que ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. Esta disposición constitucional consagra lo que se conoce como derecho de audiencia, que es un concepto abstracto en virtud de cual se exige que, antes de procederse a limitar la esfera jurídica de una persona o a privársele por completo de un derecho, debe ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes.

El mencionado derecho se caracteriza por ser un derecho de contenido procesal, que se encuentra indiscutiblemente relacionado con las restantes categorías jurídicas protegibles constitucionalmente, en el sentido que, para que una privación de derechos tenga validez jurídica, necesariamente debe ser precedida de un proceso seguido conforme a la ley, en el cual se posibilite la intervención efectiva del afectado a fin de que conozca los hechos que lo motivaron y tenga la posibilidad de desvirtuarlos.

El artículo 15 del mismo cuerpo legal, prescribe que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los Tribunales que previamente haya establecido la Ley. Por su parte, el artículo 18 contiene el Derecho de Petición y en ese sentido señala que toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelvan, y a que se le haga saber lo resuelto. Finalmente, el artículo 86 de la normativa citada agrega que el poder público emana del pueblo y que los funcionarios del

Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la Ley.

LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La Ley de Protección al Consumidor ahora derogada, contenida en el Decreto Legislativo número seiscientos sesenta y seis, del catorce de marzo de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial número cincuenta y ocho tomo trescientos treinta de fecha veintidós del mismo mes y año, que fue derogada por el Decreto Legislativo número setecientos setenta y seis, del treinta y uno de agosto de dos mil cinco, publicado en el Diario Oficial número ciento sesenta y seis, tomo trescientos sesenta y ocho del ocho de septiembre del mismo año; expresaba en sus considerandos que surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de cumplir con la obligación de propiciar el desarrollo económico y social, motivación que guarda coherencia propia con el artículo 101 de la Constitución de la República.

Como parte de ello, se deben crear condiciones óptimas tanto para el incremento de la producción de bienes como para la defensa de los intereses de los consumidores. Debe el Estado, en este contexto, además de fomentar la libre competencia, conferir a los consumidores de los derechos necesarios para su legítima defensa.

En ese sentido, el artículo 4 de la Ley de Protección al Consumidor derogada, establecía que el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Economía sería el encargado de aplicar las disposiciones de esa Ley, a través de la Dirección General de Protección al Consumidor. El artículo 5 de la Ley en comento, señalaba las facultades que el Ministerio podía tener para ejercer acciones tendentes a proteger en forma efectiva el interés de los consumidores y propiciar la sana competencia en el mercado, entre éstas, el literal e) prescribía: Sancionar de conformidad a esta Ley y su Reglamento, las infracciones a la misma.

El artículo 22 del mismo cuerpo legal, contenía las opciones que el consumidor tenía en caso que los productos o servicios no se le entregaran en calidad, cantidad, o forma ofrecida, las cuales eran:

- a) Exigir el cumplimiento de la oferta;
- b) La reducción del precio;

c) Aceptar a cambio un producto o servicio diferente al ofrecido; y,

d) La devolución de lo que hubiere pagado.

Finalmente, el artículo 32 de la normativa citada señalaba, que las sanciones serían impuestas por el Ministerio de Economía a través de la Dirección, mediante la comprobación del hecho denunciado, previa audiencia del interesado dentro del tercer día hábil siguiente al de la notificación respectiva y contenía la posibilidad de que el interesado solicitara dentro del término señalado para la audiencia, la apertura a prueba por ocho días hábiles.

REGLAMENTO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

El Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor ahora derogado, el cual fue creado mediante el Decreto Ejecutivo número ciento nueve, publicado en el Diario Oficial número doscientos nueve, tomo trescientos treinta y tres del seis de noviembre de mil novecientos noventa y seis, señalaba en el artículo 37 que la Dirección General de Protección al Consumidor abriría expediente de cada denuncia verbal o escrita que le fuere presentada, lo que también podría hacer de oficio al tener conocimiento de que se habían cometido infracciones a la Ley. A su vez, el artículo 38 del citado Reglamento, prescribía que una vez iniciado el procedimiento respectivo, la Dirección daría audiencia al interesado dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación. Dentro del término señalado para la audiencia, el interesado podría solicitar la apertura a prueba por ocho días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución que lo concedía; término que sería fatal e improrrogable, dentro del cual deberían venirse las pruebas pertinentes al caso. Finalmente, el artículo 40 del mismo cuerpo legal prescribía que transcurrido el término de prueba -si se hubiese solicitado por el interesado- o hubiese transcurrido el término para contestar la audiencia, sin haberse solicitado apertura a pruebas, la Dirección, a fin de procurar la solución de controversias entre proveedores y consumidores, podría llamarlos a conciliación.

En el caso bajo estudio, la demandante sostiene que la autoridad demandada al emitir la resolución impugnada violentó los Principios de Seguridad Jurídica, Congruencia, Legalidad y Derecho de Petición consagrados en la Constitución de la República. Lo anterior debido a que, la Dirección General de Protección al Consumidor resolvió lo no pedido originalmente en la denuncia, omitió relacionar en el acto impugnado lo expuesto

en el escrito presentado el quince de agosto de dos mil cinco -en el que expuso que el equipo defectuoso ya se encontraba reparado- y no le permitió una intervención efectiva en el proceso a fin de conocer los hechos y poder desvirtuarlos.

Consta en el expediente administrativo que el consumidor, presentó denuncia ante la Dirección General de Protección al Consumidor contra la sociedad demandante, por haberle entregado un equipo de ultrasonografía que se había deteriorado después de sólo unos meses de uso, lo cual reflejaba una mala calidad del mismo. Expuso en la denuncia, que se había comunicado con el representante de la referida sociedad exigiendo la reparación del aparato con base en la garantía por defectos de fábrica que se le otorgó, sin que a la fecha de la denuncia el equipo hubiere sido reparado. A folio 2 del expediente administrativo se encuentra escrito dirigido a la Dirección General de Protección al Consumidor, en el cual el referido doctor expone que adquirió el equipo como "nuevo año 2004" y que luego de que presentara fallas, el gerente la empresa que provee estos equipos a la sociedad demandante-, le manifestó que el equipo adquirido era modelo dos mil tres y que tuviera paciencia porque los repuestos necesarios para reparar el equipo averiado no estaban disponibles. En el referido escrito el consumidor claramente expresa que ya no quiere el equipo de ultrasonografía y que solicita al representante de la sociedad demandante la devolución del dinero cancelado a la fecha.

Que en virtud de ello, la Dirección General de Protección al Consumidor, luego de haberle dado trámite al procedimiento que establecía la Ley de Protección al Consumidor y su correspondiente Reglamento, dictó resolución con fecha veintidós de agosto de dos mil cinco, por medio de la cual se amonestó a la sociedad demandante y le ordenó entregar al consumidor la cantidad de once mil quinientos treinta y un dólares con ochenta centavos de dólar de los Estados Unidos de América, cantidad que incluía las cuotas pagadas por el referido consumidor a la sociedad demandante, más el sistema de potencia ininterrumpida (UPS) que también canceló.

Al respecto, se observa que el artículo 22 de la referida Ley y el artículo 31 del Reglamento respectivo, regulaban las opciones que tenía el consumidor en defensa de sus derechos, cuando el producto que se le entregaba o el servicio realizado se encontraban en calidad, cantidad o forma diferente a la ofrecida; y entre dichas opciones estaban: exigir el cumplimiento de la oferta, pedir la reducción del precio, aceptar a cambio un producto o servicio diferente al ofrecido y pedir la devolución de lo que hubiere pagado.

Se advierte entonces, que en cumplimiento de tal normativa, la autoridad demandada ordenó a la sociedad demandante la devolución de lo pagado, ante el incumplimiento de

la oferta, pues la calidad del equipo de ultrasonografía no fue la ofrecida al comprador de dicho bien.

En ese sentido, la atribución que ha ejercido la Dirección General de Protección al Consumidor, al solucionar un conflicto a través de la adopción de una medida reparadora regulada y permitida por la Ley de Protección al Consumidor, no vulnera en absoluto el Principio de Legalidad de la Administración Pública, en tanto que la conducta cuestionada fue ajustada a una norma previamente establecida, que lo facultaba para emitir una resolución en los términos en que se hizo.

En virtud de lo expuesto puede colegirse, que en el presente caso no ha existido violación al Principio de Legalidad en la actuación de la Dirección General de Protección al Consumidor, pues como ha quedado establecido, la devolución de lo pagado fue efectivamente lo solicitado por el consumidor no sólo al inicio del procedimiento administrativo, sino también a lo largo del mismo, y al ordenar dicha devolución la autoridad demandada actuó apegada a la legalidad, es decir, de conformidad con la normativa aplicable. Con lo anterior, también queda de manifiesto que no se violentó el Principio de Congruencia, puesto que la autoridad demandada al ordenar la devolución antes citada, resolvió en base a lo solicitado por el consumidor.

La sociedad demandante alega además, que en la resolución que impugna se omitió relacionar que el equipo de ultrasonografía ya se encontraba reparado el quince de agosto de dos mil cinco. Consta en el expediente administrativo, el Acta de la Primera Audiencia llevada a cabo en sede administrativa el diecisiete de agosto de ese mismo año, en la cual se relaciona que la sociedad demandante efectivamente ofreció al consumidor el equipo ya reparado y en buen estado, listo para entregarse. Sin embargo, dicho ofrecimiento fue rechazado por el consumidor, por lo que como bien señala la autoridad demandada no era procedente resolver sobre dicho ofrecimiento en la resolución que hoy se impugna, pues con relación al mismo las partes no llegaron a ningún acuerdo.

Finalmente, la actora señala que la autoridad demandada no le permitió una intervención efectiva en el proceso a fin de conocer los hechos y poder desvirtuarlos. Al respecto, este Tribunal ha reiterado en diversas resoluciones que en sede administrativa, el Derecho de Defensa se concentra en el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo; se concretiza en que los interesados planteen sus alegaciones, puedan probarlas, y que éstas sean tomadas en cuenta por la administración a la hora de resolver, esto es, que sean valoradas y aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que, convenzan o no, permitan conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio que la fundamenta.

Consta en el expediente administrativo que durante todo el procedimiento administrativo, se verificó la participación de la sociedad demandante, no sólo mediante la presentación de escritos y documentación que amparaba las gestiones realizadas a fin de reparar el equipo defectuoso, sino además con su intervención en la inspección realizada en la cual el ingeniero [...] aseguró que el equipo estaría reparado en dos semanas contadas a partir del doce de julio de dos mil cinco. Finalmente, la sociedad demandante tuvo intervención en las audiencias conciliatorias en las que lejos de alegar indefensión, participó activamente exponiendo argumentos a su favor y planteando soluciones al consumidor, ofreciéndole incluso el equipo ya reparado, lo cual no fue aceptado por el consumidor.

Todo lo expuesto permite concluir, que no se han materializado las violaciones sobre los puntos alegados por la parte actora.

El apoderado de la sociedad demandante señala, que la resolución que impugna es contraria a lo que prescriben los artículos 4 y 5 literal e) y 22 y 32 de la Ley de Protección al Consumidor hoy derogada, ya que la autoridad demandada no comprobó que el equipo entregado en su oportunidad al consumidor no cumplía con lo ofertado. Al respecto, este Tribunal considera que el hecho que el equipo de ultrasonografía presentara fallas que no se habían presentado anteriormente en otros equipos, las cuales aparecieron a los pocos meses de uso, sumado a la controversia surgida con relación al año de fabricación del mismo que no fue el ofrecido, son elementos suficientes para concluir que el equipo adquirido por el consumidor, no cumplió con lo ofertado

Se encuentra agregada al expediente administrativo, el Acta de la Inspección realizada por delegados de la Dirección General de Protección en las instalaciones de la sociedad demandante. En dicha inspección, se comprobó que el equipo efectivamente se encontraba en mal estado y requería reparación por los desperfectos presentados. Además, que la falla se debía específicamente al deterioro de unas "placas" que tenían que ser reemplazadas por unas nuevas que serían enviadas desde la fábrica en Japón, situación que hacía imposible entregar el equipo al consumidor de forma inmediata como él lo solicitaba en un inicio. A ello debe agregarse que la Dirección General de Protección al Consumidor, es la encargada de velar por los intereses de los consumidores y dicha atribución la hace efectiva adoptando medidas -reparadoras y sancionatorias- reguladas en la misma Ley, a través de las cuales pretende restituir el goce del derecho del consumidor cuando -como en el caso de autos- el producto que se le ha entregado se encuentra en calidad, cantidad o forma diferente a la ofrecida, dando cumplimiento, de forma previa, al procedimiento administrativo establecido en la Ley de Protección al Consumidor y su correspondiente Reglamento; brindando así, oportunidades reales de

defensa a las partes, situaciones que se han verificado en el presente caso y que fundamentan lo resuelto en la resolución que se impugna.

La parte actora asegura que la autoridad demandada actuó ilegalmente al no dar cumplimiento a lo regulado en los artículos 38, 39 y 40 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor hoy derogados, ya que no le fue otorgada la audiencia por el término de tres días hábiles como manda el referido Reglamento. Al respecto, debe señalarse que de conformidad con el artículo 38 del citado Reglamento, la Dirección General de Protección al Consumidor debía dar audiencia al interesado dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación, término dentro del cual el interesado podía solicitar la apertura a pruebas por ocho días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución que lo concedía.

De la lectura del citado artículo, se colige que la obligación de la autoridad demandada era notificar al proveedor demandado la existencia del procedimiento administrativo en su contra, y el "interesado" al tener conocimiento, tenía la facultad para solicitar la apertura a pruebas, no existiendo en la Ley un imperativo que exigiera a la Dirección General de Protección al Consumidor llevarlo a cabo de oficio. El mismo artículo señala que vencido el término probatorio, la Dirección dentro de los tres días subsiguientes, pronunciará la sentencia respectiva.

PRINCIPIO DE RELEVANCIA O TRASCENDENCIA DE LAS NULIDADES

Al respecto es necesario aclarar, que las ilegalidades de índole procesal al igual que las nulidades de este tipo se inspiran bajo el Principio de Relevancia o Trascendencia de las mismas, y en su oportuno planteamiento en la vía procesal.

El proceso al igual que el procedimiento administrativo, es una herramienta que tiende a la protección de derechos y satisfacción de pretensiones, procura mantener su existencia hasta lograr su finalidad. Lo expresado conlleva la creación de medios de filtración legales que eviten u obstaculicen el cumplimiento de este propósito, y es aquí en donde las nulidades procesales cumplen esa función: las mismas aseguran al administrado una posibilidad de defensa ante los vicios que se puedan manifestar a lo largo del procedimiento administrativo, claro, aún estos vicios deben ser analizados detenidamente bajo el Principio de Relevancia o Trascendencia de las Nulidades.

Lo anterior implica que las ilegalidades de índole procesal al igual que las nulidades de este tipo, como es el caso que nos ocupa, deben de alguna manera provocar un efecto tal que genere una desprotección ostensible en la esfera jurídica del administrado, desprotección entendida como una indefensión indiscutible que cause un daño irreparable al desarrollo de todo el procedimiento y genere una conculcación clara de los Principios Constitucionales que lo inspiran.

Además del Principio de Relevancia, las ilegalidades de índole procesal deben ser alegadas en su oportunidad, esto para evitar dilaciones innecesarias en el desarrollo del procedimiento administrativo. Lo antes señalado no implica una subsanación de la nulidad, pues la continuidad del procedimiento penderá única y exclusivamente de la incidencia o consecuencias que genere la ilegalidad no alegada oportunamente, pero puede suceder que la ilegalidad procesal no genere las consecuencias de indefensión señaladas y por el contrario la misma sea subsanada por alguna de las actuaciones de las partes, así por ejemplo aquella parte que no ha sido notificada legalmente de una demanda interpuesta en su contra pero que se presenta a contestarla en el tiempo.

Resulta así, que, si el particular ha intervenido activamente y ha ejercido su derecho de defensa, no existe fundamento para declarar la nulidad de una actuación irregular. Ello se encuentra en concordancia con el Principio de Trascendencia, en virtud del cual el vicio del que adolece el acto debe provocar una lesión a la parte que lo alega, tal como se reconoce en el Código de Procedimientos Civiles, al expresarse que "(...) no se declarará la nulidad si apareciere que la infracción de que trata no ha producido ni puede producir perjuicios al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido" (artículo 1115 Código de Procedimientos Civiles). En tal sentido, Beatriz Quintero-Eugenio Prieto, en su libro *Teoría General del Proceso*, Tomo II expresa que: "En la teoría moderna se subordina la invalidez del acto procesal, no a la simple inobservancia de las formas, sino al resultado de la relación entre el vicio y la finalidad del acto, y así sanciona el acto con nulidad solamente cuando por efecto del vicio no haya podido conseguir su objeto".

En el presente caso, la autoridad demandada efectivamente hizo del conocimiento de la sociedad demandante la existencia del procedimiento administrativo iniciado por el consumidor, no sólo con la realización de inspecciones relacionadas con el caso en estudio en las instalaciones de la misma, sino mediante la notificación realizada el quince de agosto de dos mil cinco, en la cual se le convocó a la primera audiencia conciliatoria. La referida sociedad como parte interviniente en el procedimiento, tenía la facultad de solicitar a la autoridad la apertura del plazo probatorio, privilegio facultativo entregado y reconocido de manera exclusiva a las partes, consecuentemente, de ningún modo

imperativo para la autoridad que conoce del caso, sino más bien, discrecional y potestativo, en caso de no requerirlo así las partes. Sin embargo la demandante no lo hizo, sino por el contrario participó en la audiencia conciliatoria regulada en el artículo 40 del Reglamento citado sin alegar irregularidades al respecto, subsanando con su intervención cualquier ilegalidad en la notificación, pues intervino en la audiencia y no solicitó la apertura a pruebas.

De conformidad a lo establecido en la Ley de Protección al Consumidor -hoy derogada-, su objeto era defender las inversiones de los consumidores, que dentro del mercado podrían estar sujetas a los engaños y las arbitrariedades por parte de los proveedores; y el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Economía se encargaría, por medio de la Dirección General de Protección al Consumidor de aplicar esa normativa.

De las actuaciones de dicha Dirección General de Protección al Consumidor y de las disposiciones legales analizadas con anterioridad, puede inferirse que su accionar se enmarcó en las potestades que dicha Ley le confería. Por todo lo expuesto, se concluye que el acto administrativo impugnado es legal y así debe declararse mediante el fallo de esta sentencia.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 51-2006 de fecha 20/07/2009)

DISCRECIONALIDAD EN EL OTORGAMIENTO A EMPLEADOS PÚBLICOS DE LICENCIAS PERSONALES CON GOCE DE SUELDO

La pretensión de la actora se circunscribe principalmente a que se decrete la ilegalidad del acto emitido por el Administrador del "Centro Judicial Isidro Menéndez", quien resolvió no otorgarle el permiso solicitado con goce de sueldo; por lo que procede reseñar lo regulado en la Ley de Asetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos -normativa aplicable al caso de mérito- en lo tocante a las licencias conferidas a los empleados Públicos.

De conformidad con el considerando de dicha Ley, la misma fue creada con la finalidad de conciliar los intereses de la Administración con los empleados, procurando que éstos gocen de los beneficios que en justicia merecen, sin dañar por ello la eficacia de los servicios públicos.

El artículo 5° de la mencionada Ley en relación a las licencias con goce de sueldo expresa lo siguiente: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los anteriores artículos, los empleados gozarán de licencia con goce de sueldo por los siguientes motivos:

- 1) Por enfermedad;
- 2) Por alumbramiento;
- 3) Por enfermedad gravísima de los parientes cercanos;
- 4) Por duelo;
- 5) Por el desempeño de misiones oficiales fuera de la República;
- 6) Por salir del país integrando delegaciones deportivas, culturales o científicas, así como también cuando los empleados sean llamados para formar parte de las selecciones deportivas salvadoreñas en el caso de eventos de carácter internacional;
- 7) Por motivos no comprendidos en los numerales que preceden (...)»

Al realizar un recuento de los diferentes tipos de licencias con goce de sueldo que se encuentran reguladas en la Ley antes indicada se observa que es precisamente en el número 7) del artículo antes descrito donde encajan perfectamente las licencias por motivos personales.

Aunado a lo anterior, es pertinente indicar lo que establece el artículo 11° de la Ley de Vacaciones, Asuetos y Licencias de los Empleados Públicos, que en su redacción regula lo siguiente: «Las licencias por los motivos a que se refiere el numeral 7 del Art. 5°, se concederán a discreción del jefe respectivo servicio (sic), y no podrán exceder de cinco días en el año».

Así también el artículo 13° de la Ley que nos ocupa indica que: «Las solicitudes de licencia deberán dirigirse siempre al jefe del respectivo servicio, el cual las tramitará conforme a la ley».

En el caso de mérito la demandante reitera que tenía derecho a que se le otorgara permiso personal con goce de sueldo, ya que al presentar la solicitud de licencia por cinco horas, el veinticinco de mayo de dos mil cinco, ante el Administrador del "Centro Judicial Isidro Menéndez", claramente se le indico al mismo que la solicitaba como "licencia personal" -en virtud de no haber agotado los permisos a los que se hace acreedor cualquier empleado del Órgano Judicial-, por consiguiente, es errado que valiéndose de una interpretación antojadiza y perjudicial del indicado Instructivo, le haya otorgado la

mencionada licencia sin goce de sueldo. Lo que consecuentemente le perjudicó al realizarse por parte de pagaduría el descuento pertinente por la cantidad de catorce Dólares de los Estados Unidos de América con tres centavos de Dólar equivalente a ciento veintidós Colones con setenta y seis centavos de Colón de su salario correspondiente al mes de julio de dos mil cinco.

Ante tal afirmación, esta Sala hace las siguientes consideraciones: en la Ley de Vacaciones, Asuetos y Licencias de los Empleados Públicos, claramente se establece que las licencias personales se consideraran a discreción del Jefe del respectivo servicio y que éste tiene que tramitarlas conforme a la ley.

De ahí, procede el análisis respectivo de carácter discrecional por parte del jefe inmediato sobre la procedencia del otorgamiento de la licencia, ya sea con goce de sueldo o sin goce de sueldo. Todo de conformidad a lo regulado en la Ley antes indicada.

En ese orden de ideas procede señalar, que en reiteradas ocasiones este Tribunal ha establecido que la potestad discrecional de la Administración, implica el poder de libre apreciación que ésta tiene por facultad de ley, a efecto de decir ante ciertas circunstancias o hechos cómo ha de obrar, si debe o no obrar, o qué alcance ha de dar a su actuación, debiendo siempre respetar los límites jurídicos generales y específicos que las disposiciones legales establezcan. Al ejercer dicha potestad, la Administración puede arribar a diferentes soluciones igualmente justas, entendiendo que aquélla que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general.

La discrecionalidad configura entonces, el ejercicio de una potestad previamente atribuida por el ordenamiento jurídico, pues sólo hay potestad discrecional cuando la norma lo dispone de esta manera, no es una potestad extralegal y en ningún momento implica un círculo de inmunidad para la Administración. De ahí, que el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad se ve complementado por una operación apreciativa de la Administración, que puede desembocar en diversas soluciones igualmente justas.

Dicha valoración discrecional debe realizarse conforme a lo regulado en la normativa pertinente -en este caso la Ley de Asuetos, Vacaciones y Licencias de los Empleados Públicos-, tomando además en cuenta diversos parámetros ó circunstancias para el consentimiento de la misma, pudiendo ser estos la concurrencia frecuente de permisos ó licencias y el otorgamiento de las mismas -que bien pueden ser con goce de sueldo o sin goce de sueldo-, las horas o días para los mismos, la necesidad inmediata de la presencia del empleado o empleada en su puesto de trabajo, etc.

De la revisión del expediente se ha constatado que la actora solicitó varias licencias en el año dos mil cinco , de lo que se colige que el demandado ha podido evaluar el otorgar las mismas con o sin goce de sueldo.

Por otra parte, también se ha podido verificar memorándum de fecha cinco de enero de dos mil cinco, mediante el cual el Administrador del "Centro Judicial Isidro Menéndez" hizo un recordatorio al personal de la administración del mencionado centro judicial, a realizar un uso responsable de las licencias y reiteró que el otorgamiento de las mismas con o sin goce de sueldo estaba sujeto al criterio discrecional según la disponibilidad de cada empleado.

En razón de lo anterior, esta Sala concluye que no existe los vicios de ilegalidad señalados por la actora en la actuación del Administrador del "Centro Judicial Isidro Menéndez".

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 103-2006 de fecha 16/10/2009)

EXPEDICIÓN DE CONSTANCIA DE SOLVENCIA TRIBUTARIA A UNA SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN

DENEGACIÓN ILEGAL AL EXIGIR LA PRESENTACIÓN DE DECLARACIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS POSTERIORES AL PERIODO FISCALIZADO

2.1 Del principio de legalidad.

Es principio reconocido en todo Estado de Derecho: 1°. Que la Administración Pública actúa conforme a las facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico aplicable le otorga; y 2°. Que el administrado puede ejercer y hacer valer sus derechos en los términos conferidos por la ley.

Lo anterior se traduce en el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico o "principio de la legalidad", consagrado en el Artículo 86 de la Constitución que prescribe: "El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que

establecen esta Constitución y las leyes (...). Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley".

Tal principio se erige entonces, como una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y al mismo tiempo en la más importante de las columnas sobre las que se asienta el Derecho Administrativo. Con base en el mismo, la Administración queda sometida al ordenamiento jurídico.

Siendo así, constituye imperativo de primer orden la observancia del régimen legal por parte de todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones.

Tal paradigma propio del orden constitucional que rige el Estado Social de Derecho, nos ayuda entonces a comprender, que el ejercicio del poder público conferido a la Administración, debe ser desempeñado conforme a los estrictos principios y normas derivadas del imperio de la Ley. No existiendo por tanto, actividad pública o funcionario que tenga absoluta libertad para ejercer sus funciones, las cuales se hayan debidamente regladas en las normativas respectivas.

Sin embargo, como las actividades que cumple la Administración Pública son múltiples y crecientes, la Ley no siempre logra determinar los límites precisos dentro de los cuales ésta debe actuar en su quehacer cotidiano y es por ello que el ordenamiento jurídico le atribuye dos tipos de potestades administrativas: las regladas y las discrecionales.

2.2 De la potestad reglada de la Administración.

La potestad reglada es aquella mediante la cual la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la norma ha de seguir, estableciendo la forma y el momento en el que ha de proceder; y por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva.

El contenido de la decisión que se derive del ejercicio de dicha potestad, no puede configurarse libremente y su cumplimiento es obligatorio. Se establece entonces una relación de subordinación, en la cual la Administración actúa en base a una norma permisiva y dentro de los límites que la misma establece. Configurándose así, como garantía de los administrados ante posibles arbitrariedades de la autoridad.

De ahí, que todo acto administrativo que se derive del ejercicio de dicha potestad, carecerá de vida jurídica ante el incumplimiento de esos límites que restringen el libre proceder de la Administración.

2.3 De la potestad discrecional de la Administración.

Por el contrario, la potestad discrecional otorga a la Administración un margen de libre apreciación. A efecto de que luego de realizar una valoración un tanto subjetiva, ejerza sus potestades en casos concretos y decida ante ciertas circunstancias o hechos, cómo ha de obrar, si debe o no obrar, o qué alcance ha de dar a su actuación; debiendo siempre respetar los límites jurídicos generales y específicos que las disposiciones legales establezcan.

Debe además tenerse en cuenta que al ejercer esta potestad, la Administración puede arribar a diferentes soluciones igualmente justas; sin embargo debe entenderse que aquélla que se adopte tiene necesariamente que cumplir la finalidad considerada por la ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general.

Ahora bien, el margen de libertad del que goza la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud del ordenamiento jurídico y en la medida en que éste lo haya dispuesto.

Es decir, que la discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, y que cuenta además con ciertos elementos reglados que restringen la libertad del órgano actuante, revisables por ésta jurisdicción.

La potestad discrecional es tal, sólo cuando y en la medida que la norma legal la determina, y en ningún momento implica un círculo de impunidad para la Administración.

FISCALIZACIÓN REALIZADA PREVIO A EXPEDIR CONSTANCIA DE SOLVENCIA TRIBUTARIA.

En atención a la solicitud presentada por la sociedad [demandante] el doce de diciembre de dos mil cinco, la Administración Tributaria realizó fiscalización e investigación a fin de determinar si la sociedad actora ha dado cumplimiento a las obligaciones tributarias contenidas en la Ley de Impuesto Sobre la Renta, su Reglamento, así como las contenidas en los artículos 120 y 126 del Código Tributario, conforme a los artículos 173, 174 y 175 del Código Tributario.

Mediante auto de las catorce horas treinta y ocho minutos del ocho de marzo de dos mil seis se designó a [...] y [...], para que en sus calidades de auditor, supervisor de auditores y

coordinador de grupos de fiscalización, respectivamente, fiscalicen e investiguen, a la contribuyente social [demandante].

En auto de las once horas nueve minutos del nueve de marzo de dos mil seis, se requiere a la sociedad actora que exhiba los registros y documentos detallados en el mismo, correspondientes al ejercicio impositivo comprendido del uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro. Lo cual fue efectuado el veinte de marzo de dos mil seis por parte de la sociedad en liquidación.

La investigación dio como resultado que la sociedad contribuyente no realizó ninguna operación afecta al Impuesto Sobre la Renta, en el ejercicio impositivo dos mil cuatro, así mismo se verificó la obligación de presentar las declaraciones tributarias en el plazo estipulado aún cuando ellas no dé lugar al pago del impuesto verificando que se cumplió con la presentación del Impuesto sobre la Renta correspondiente.

Por otra parte en consideración a que a la fecha de la notificación de los autos respectivos la sociedad investigada se encontraba omisa en la presentación de las declaraciones de Anticipo a Cuenta e Impuesto Retenido, para los periodos comprendidos desde febrero de dos mil uno hasta febrero de dos mil seis y con base al artículo 175 literal a) del Código Tributario se solicitó cumplir con esa obligación para los periodos de marzo de dos mil tres hasta febrero de dos mil seis, las cuales fueron presentadas el veinte de marzo de dos mil seis.

Por lo que mediante informe de fecha siete de abril de dos mil seis suscrito por el auditor [...] (folios 97 al 100 del expediente administrativo), se concluye que la sociedad contribuyente [demandante], ha dado cumplimiento a las obligaciones tributarias contenidas en la Ley de Impuesto Sobre la Renta su Reglamento y demás disposiciones legales, así como las contenidas en los artículos 120 y 126 del Código Tributario.

De lo antes expuesto se colige que al verificar, investigar y fiscalizar la Administración Tributaria concluye que la sociedad actora cumple con todos los requisitos establecidos por la ley para la expedición de constancia de solvencia tributaria para los efectos de inscribir en el Registro de Comercio la liquidación de la sociedad.

No obstante lo anterior la autoridad demandada manifiesta en el informe justificativo que la conducta infractora de las obligaciones tributarias continua, ya que la referida sociedad posee omisiones desde el periodo de marzo de dos mil seis hasta julio de dos mil siete, de las declaraciones de Anticipo a Cuenta e Impuesto Retenido y declaración de Impuesto sobre la Renta del ejercicio fiscal de dos mil seis.

Se advierte que los periodos a los cuales hace referencia la autoridad demandada son posteriores a la emisión del informe presentado por el auditor y que dicho informe constituye la conclusión de la fiscalización realizada a efecto de expedir la constancia de solvencia tributaria solicitada el doce de diciembre de dos mil cinco, razón por la cual no se entra a valorar tales argumentaciones.

CAPACIDAD JURÍDICA DEL LIQUIDADOR.

El segundo argumento esgrimido por la autoridad demandada es referente a que el señor [liquidador] no se encuentra debidamente acreditado como representante legal de la sociedad en liquidación. En virtud del artículo 32 del Código de Tributario, esta se encuentra sujeta a emitir respuesta a las solicitudes presentadas por los sujetos pasivos que conforme al ordenamiento tributario han sido acreditados. Que aún no ha sido actualizado el nombramiento del Liquidador de la Sociedad; y que la sociedad demandante debió haber realizado los trámites correspondientes establecidos en los artículos 43 literal d) y 86 inciso sexto del Código Tributario.

El Código de Comercio establece, que los liquidadores no pueden desarrollar su función por un período mayor de cinco años, y por tanto que todos los actos ejecutados por éste luego de "precluído" dicho término, tendrían un vicio de competencia.

APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS REGLAS DE LOS ADMINISTRADORES A LOS LIQUIDADORES EN RELACIÓN AL VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA EL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES

Es necesario puntualizar que los alegatos del actor ante este punto se cifraron en estimar que, el artículo 265 del Código de Comercio en comunión con el inciso 2° del artículo 339 es aplicable a los liquidadores. Entre estas reglas, se establece específicamente, que en el caso de finalizar el período para el cual ellos están elegidos, seguirán desarrollando sus funciones hasta que se elija un sustituto.

En este caso la disputa sobre la capacidad jurídica del liquidador para obtener la constancia de solvencia tributaria, estriba precisamente en la aplicación de los artículos: 339 inciso segundo, 265 y 326 inciso tercero, todos del Código de Comercio.

Los administradores, de acuerdo al artículo 254 y siguientes del Código de Comercio, son sujetos en los cuales, por elección de la Junta General de Accionistas de la Sociedad, recae el desarrollo de las actividades propias de la misma, actuando a nombre de ésta; por ello los administradores son los gestores de los negocios de una sociedad, quienes tienen ya delimitadas sus atribuciones en el pacto social y en los artículos pertinentes del Código de Comercio.

Tal como lo establece el artículo 339 inciso segundo del citado cuerpo legal a los liquidadores le serán aplicables las normas referentes a los administradores, con las limitaciones inherentes a su carácter.

Cabe aclarar que el carácter al que se refiere la disposición es el definido por el artículo 327 del mismo cuerpo legal cuando estatuye que "la liquidación estará a cargo de uno o más liquidadores, quienes serán administradores y representantes de la sociedad". Obviamente éstos se consideran administradores únicamente para efecto de efectuar la liquidación de la sociedad.

Analizando la figura jurídica de la liquidación, de conformidad al mismo Código, específicamente el artículo 326 establece que luego de la disolución de una sociedad, procede la liquidación, de ésta, la cual consiste en cancelar los pasivos y activos sociales de manera externa e interna, es decir respecto a los acreedores sociales y a sus integrantes, a quienes se reparte el remanente del haber social. De aquí que la liquidación social se reviste de importancia por la seguridad jurídica que brinda a estos terceros contratantes.

El legislador en el artículo 326 inciso segundo pretende establecer la máxima duración de la liquidación. La lógica apunta a que, siendo el liquidador el sujeto encargado de realizar la liquidación, debería terminar sus funciones al terminar ésta.

El deber ser establecido en el artículo 326 inciso final del Código de Comercio es que la liquidación no debe durar más de cinco años. Sin embargo en la práctica el proceso de liquidación podría sobrepasar dicho período.

Ante tales supuestos puede arribarse a dos conclusiones opuestas: a) Que al terminar los cinco años, a pesar de no estar finalizada la liquidación, el liquidador que la ha venido realizando, debería legalmente acompañar a la sociedad hasta terminar la liquidación; Y,

b) que transcurrido dicho período el liquidador quedará incapacitado para continuar con la liquidación, quedando todo lo referente a ésta, en suspenso hasta la elección de un nuevo liquidador.

Sobre lo anterior esta Sala concluye, atendiendo a una interpretación armónica e íntegra de la ley, que el artículo 265, que establece que los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones aún cuando hubiese concluido el plazo para que fueron designados, mientras no se elijan los sustitutos y los nuevamente nombrados no tomen posesión de su cargo, es completamente aplicable a los liquidadores.

Lo anterior se fundamenta principalmente en lo planteado por el artículo 327, que establece la aplicación de las reglas de los administradores a los liquidadores y además, por seguridad jurídica dado que sería atentatorio contra los derechos de terceros, que al no existir un nombramiento habiéndose terminado el lapso estipulado para las funciones del liquidador- y por su carácter de administrador - la referida sociedad se quedara acéfala.

De todo lo anterior se colige que la autoridad demandada, al desconocer como liquidador social al señor [...] al momento de dar la respuesta a la petición realizada el doce de diciembre de dos mil cinco actuó ilegalmente, ya que su acreditación estaba debidamente comprobada por medio de la Escritura de Liquidación que corre agregada al expediente administrativo llevado por la Administración Tributaria y que tal como consta en las actas de notificación de fecha catorce de marzo de dos mil seis se le notificaron ambos autos en calidad de representante legal de la sociedad [Demandante], generando por consiguiente un acto administrativo presunto viciado."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 121-2006 de fecha 17/12/2009)

EXPORTACIONES GRAVADAS CON LA TASA DEL CERO POR CIENTO

APLICACIÓN A LA EXPORTACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

"Transferencia de Bienes y Prestación de Servicios al Exterior

El art. 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios dispone que las exportaciones, consistentes en transferencias de dominio definitivas de bienes muebles corporales, destinadas al uso y consumo en el exterior y las prestaciones de servicios realizadas en el país a usuarios que no tienen domicilio ni residencia en él y los servicios estén destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero, están afectas a normas especiales, consistentes, principalmente, en la aplicación a su respecto de una tasa del cero por ciento.

Dicha tasa tiene como objetivo, según se desprende de lo manifestado en el Considerando V del Decreto Legislativo número doscientos noventa y seis, que contiene la Ley en comento, cumplir con el principio de imposición en el país de destino, lo que significa en los impuestos del tipo valor agregado, que los bienes y servicios son "descargados" de todo componente del impuesto de referencia, para que al ingresar a terceros países su costo no se encuentre alterado por el impuesto y pueda competir con los productos y servicios del país de destino, al menos en condiciones de neutralidad tributaria respecto del impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios (IVA) aplicable en El Salvador. Por otra parte, debe tenerse presente que, al ingresar al país de destino los bienes o servicios salvadoreños, habrá de aplicarse el impuesto respectivo.

Según lo anterior, la tasa cero es un mecanismo propio de los impuestos del tipo valor agregado, el cual permite utilizar los créditos fiscales vinculados con la actividad exportadora, ya que el monto del débito fiscal habrá de ser siempre cero. Con ello, se permite al exportador recuperar los créditos fiscales vinculados con la actividad exportadora, de manera que no formen parte del costo de los bienes y servicios a exportarse, con una doble finalidad: que los productos y servicios no ostenten en su estructura de costos componentes del impuesto y por otra, debido a que los productos y servicios, al ingresar al país de destino, serán gravados con el impuesto interno correspondiente, se verían en una situación desventajosa debido a la existencia de dos tributos, uno aplicado en el país de origen y otro aplicado en el país de destino.

Según el art. 74 precitado, tres son los requisitos necesarios para considerar como exportación las prestaciones de servicios: a) que la prestación del servicio sea realizada en el país; b) que el servicio se preste a usuarios que no tienen domicilio ni residencia en el país; y c) que los servicios estén destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero.

Así, el art. 74 comentado, establece como tercer requisito, que es procedente la aplicación de la tasa del cero por ciento cuando el aprovechamiento o utilización del servicio tenga lugar exclusivamente en el extranjero.

El fundamento de la controversia es que a criterio de la Administración Tributaria, el servicio prestado no es exportación de servicios y está gravado con la tasa del trece por ciento del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, dado que los servicios que presta la contribuyente no son utilizados exclusivamente en el extranjero, puesto que la Sociedad demandante se dedica a la prestación de servicios de instalación de plantas eléctricas, mantenimiento de sistemas, redes eléctricas y aires acondicionados a empresas situadas en Zonas Francas.

El artículo 29 del Reglamento de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios establece que se asimila a exportación "la transferencia de dominio definitiva de bienes muebles corporales y la prestación de servicios destinados al uso y consumo de las empresas acogidas al Régimen de Zonas Francas y Recintos Fiscales. Dicha exportación será documentada como tal, mediante la póliza de exportación o Declaración de Mercancías y los documentos de acompañamiento determinados en la legislación aduanera pertinente".

Esta disposición reglamentaria se relaciona con el artículo 26 del Decreto Legislativo número 461 de mil novecientos noventa, ahora artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, que reputa como exportaciones las ventas y servicios que empresas locales realicen a usuarios de zonas francas o depósitos para perfeccionamiento activo; sin embargo, tal concepto no contempla que se extienda a la definición que da la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, sino que el objetivo es que tales empresas locales, al proveer insumos para los productos exportados se puedan acoger a los beneficios de la Ley de Reactivación de las Exportaciones excepto las "exportaciones temporales y el procesamiento, ensamblaje y maquila, generados de subcontratos" entre empresas acogidas a ese régimen y empresas locales (art. 25 inciso segundo de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización).

Asimismo el artículo 29 del Reglamento citado, en su segundo inciso, menciona ciertos requisitos que debe de cumplir el exportador, como es documentar la exportación mediante la Póliza de Exportación o Declaración de Mercancías y los documentos de acompañamiento previstos en la legislación aduanera pertinente, es decir la Ley de Reactivación de las Exportaciones, la cual en su artículo 2 señala que gozarán de los beneficios establecidos en la misma, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, titulares de empresa que exporten bienes y servicios salvadoreños, fuera del área centroamericana.

Así, el artículo 3 literal b) de la Ley de Reactivación de las Exportaciones expone que para gozar de los beneficios tendrán que comprobar que se ha efectuado la exportación en los términos que establece la presente Ley, su Reglamento y demás disposiciones aplicables. En el mismo orden, el artículo 7 numeral 2) del Reglamento de la Ley de Reactivación de las Exportaciones establece que cuando se trate de exportación de servicios, deberá acompañar la solicitud de los siguientes documentos: a) Certificación del Diario Oficial de la fecha en que será publicado el Acuerdo de Concesión de Beneficios. Este requisito deberá presentarse únicamente por la primera devolución; y b) Copia de la factura comercial de Exportación con numeración de imprenta, formulario declaración de ingreso de divisas y nota de abono firmada, sellada y fechada por el banco que recibió las divisas. Los documentos a que hace referencia el Reglamento de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, son lo que menciona el artículo 7 del Reglamento de la Ley de Reactivación de las Exportaciones, porque el mismo está dirigido a que los exportadores se acojan a los beneficios que otorga dicha Ley.

De conformidad con el artículo 75 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, todas las exportaciones de bienes muebles corporales o de servicios están gravadas con la tasa del cero por ciento del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. En forma congruente con lo anterior, los objetivos de que las exportaciones estén gravadas con la tasa del cero por ciento del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, y el desarrollo de zonas francas son: a) lograr el impulso de la industrialización; b) atraer inversión extranjera; c) crear en el exterior mercados para la exportación; y d) generar empleos directos y lograr el ingreso de divisas. Por tal motivo, es que los productos y servicios que se exportan están gravados con la tasa cero por ciento del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios (IVA), para permitir a los desarrollistas, administradores y usuarios de Zonas Francas y Depósitos para Perfeccionamiento Activo y demás personas que no están acogidas a estos regímenes especiales, pero que son exportadores, a poder reclamar los créditos fiscales que se hayan generado en la obtención de bienes muebles corporales o servicios, que constituyan insumos incorporados directamente al producto exportado. Situación diferente sería si en lugar de que las exportaciones estuvieran gravadas con la tasa del cero por ciento del citado impuesto fueran exentas, lo que se traduciría en el hecho de que el contribuyente no podría reclamar créditos fiscales, ya que las operaciones exentas no generan crédito fiscal, porque lógicamente tampoco han generado débito fiscal, tal como lo establece el artículo 65 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios.

Además, el Reglamento de la Ley de Reactivación de las Exportaciones también establece en el artículo 5 que los servicios a que hacen referencia los artículos 1, 2 y 3 de la Ley, son aquellos provenientes de la actividad exportadora, mencionando como ejemplo: las que se dediquen a la entrada o procesamiento de datos por computadora y cualquier otro servicio proveniente de la actividad exportadora. Según el concepto de exportación, ésta consiste en que las mercancías procedentes del territorio nacional, están destinadas al extranjero. El anterior concepto está en concordancia con el artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, que en definitiva es el ordenamiento jurídico aplicable a la impetrante, ya que no cumple los requisitos para entrar en la esfera jurídica que regula la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, ni de la Ley de Reactivación de las Exportaciones.

En ese orden de ideas, la actividad realizada por la Sociedad [demandante], no es exportación ni puede asimilarse a exportación, sea directa o indirecta, debido a que el artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios es claro en establecer tres condiciones para que aplique la tasa del cero por ciento, siendo la primera, que las actividades que concretan la prestación, deban entenderse prestadas en el territorio; la segunda, que los servicios se utilicen por una persona no domiciliada; y tercera que la utilización se dé en su totalidad en el exterior; requisitos que no cumple la demandante en las operaciones que ha clasificado como exportación y de lo cual existe ya pronunciamiento por parte de esta Honorable Sala, en Sentencia de las nueve horas y cinco minutos del día once de septiembre del año dos mil uno, en Juicio Contencioso Administrativo promovido por Tiendas Libres de Centro América, Sociedad Anónima de Capital Variable, en la cual se declara legal la resolución emitida por la Dirección General de Impuestos Internos donde declaró que la aplicación de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios es independiente a las Leyes que regulan regímenes especiales, considerando los servicios prestados por la citada empresa como prestados y utilizados en el país.

En consideración a lo anterior, la prestación de servicios que la impetrante ejecuta, se realiza y consume en El Salvador, por lo que no cumple con ninguna de las dos leyes que pide se le apliquen para desvirtuar el impuesto determinado oficiosamente por la Dirección General de Impuestos Internos y conceder el beneficio de gravar con tasa cero la etapa anterior a la exportación real de productos o servicios.

FICCION DE EXTRATERRITORIALIDAD ADUANERA

Es necesario analizar la ficción de extraterritorialidad aduanera, que se configura dentro de los beneficios que la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, determinada para efectos de los impuestos que causa el comercio exterior (importaciones y exportaciones). Para ello se mencionan a continuación algunos conceptos que facilitarán dicho análisis.

El Impuesto Aduanero es el tributo regido por la legislación aduanera, que grava la importación y exportación de bienes. Los Impuestos Internos son el resto de los tributos que no responden a la legislación aduanera y se rigen por sus propias leyes de creación, aunque éstas puedan remitir a las mismas en ciertos casos vinculados con el comercio exterior o a definiciones propias. El Territorio Aduanero Especial es aquel en el cual es aplicable un sistema especial arancelario y de prohibiciones de carácter económico a las importaciones y exportaciones. El Territorio Aduanero General es aquel en el cual es aplicable el sistema general arancelario y de prohibiciones de carácter económico.

El Régimen Aduanero es el tratamiento aplicable a las mercancías sometidas a control de la aduana, de acuerdo con la Normativa Aduanera, según la naturaleza y objetivos de la operación; dentro de esos regímenes, se encuentra el Régimen de Zona Franca. Este consiste en un Régimen Aduanero Especial, que permite la introducción de mercancías en una parte del territorio nacional considerándose como si no estuviesen en territorio aduanero con respecto a los derechos de aduanas (que como se mencionó antes son impuestos a la importación y exportación) y estando sometidos a controles aduaneros atenuados.

Las definiciones de los conceptos anteriores nos permiten dilucidar claramente que la ficción de extraterritorialidad aduanera, es con respecto a los Impuestos Arancelarios a la Importación y a la Exportación, pero que no inhibe la aplicación de la legislación tributaria de Impuestos Internos, especialmente lo regulado en la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios; que sobre la base de los principios de primacía de la ley de generalidad y de especialidad, prevalece sobre lo que disponga su Reglamento o la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, ya que no puede ser la definición que de exportaciones contiene la que como especial de la materia prevalece en la aplicación tributaria sobre la que contiene la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, sobre las operaciones realizadas con proveedores locales y que no son servicios que se exporten o bienes incorporados al producto destinado a la exportación.

En consideración a lo antes expresado, la evolución histórica de las zonas francas, recintos fiscales, zonas libres, o cualesquiera que sea el nombre que se les prefiera atribuir, es universalmente entendida como aquella zona o jurisdicción territorial en la cual el Estado permite la introducción, libre de derechos, de una materia prima de productos semi elaborados para su procesamiento y reexportación.

En todos los casos que se refiere a una zona franca, se hace alusión a un territorio determinado, en el cual, en virtud de una concesión del Estado, se establece libertad tributaria o franquicia aduanera e incluso, en determinados casos, exención de controles administrativos totales o parciales relacionados con la tributación. En otras palabras, el Estado por medio de una ley, determina una ficción de extraterritorialidad de carácter exclusiva sobre tributos aduaneros sobre dicha circunscripción geográfica de su territorio nacional, a efecto de que exista la posibilidad de franqueo a mercaderías y materias primas sin el pago de derechos o impuestos de aduana, para una posterior reexportación. La extraterritorialidad de la zona franca es entonces relativa, exclusiva para los efectos fiscales aduanales.

En consecuencia, no puede ni debe presumirse que la tan mencionada condición extra aduanal de la zona franca tiene algún otro significado o alcance, más allá de la franquicia puramente aduanal que específicamente la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización ya ha enumerado específicamente y otorgado; la zona franca en consecuencia, no goza de ningún otro fuero.

De lo antes expuesto se colige que el estatuto de extraterritorialidad alegado a favor de las zonas francas es exclusivo para efectos aduaneros, los cuales claramente han sido previamente establecidos en la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, que dentro de sus disposiciones no menciona lo atinente al Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios; sino que esta última Ley citada define qué operaciones serán consideradas exportaciones gravadas con la tasa del cero por ciento del impuesto que ella regula en su artículo 74 y dentro de dicha definición, las operaciones realizadas por la Sociedad demandante, no son exportaciones. El interpretar la condición extra aduanal de las zonas francas, como extensivas a la no aplicación de las Leyes de Impuestos Internos es una interpretación que no tiene base legal porque ya claramente se establecieron los beneficios y exenciones a que tienen derecho los instalados en ese espacio geográfico.

En vista de lo anterior, se grava con tasa cero por ciento del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, no las compras que las empresas acogidas al régimen de zonas francas hagan para su consumo en el país, menos aún si no

son incorporadas al producto exportado, sino que sólo se pueden gravar con tasa cero los productos destinados a la exportación, porque esa forma es la única que da cumplimiento al objetivo de la norma, que es permitir que los exportadores tengan precios competitivos a nivel internacional, permitiéndoles a su vez poder reclamar los créditos fiscales que hayan sido utilizados en los insumos del producto o servicio exportado.

En conclusión, la Dirección General de Impuestos Internos emitió el acto administrativo impugnado conforme a derecho, por fundamentarse en norma expresa y terminante y no en el criterio de extraterritorialidad que da el Tribunal de Apelaciones de los impuestos internos hoy y de Aduanas. La Dirección General de Impuestos Internos no ha quebrantado los artículos 29 del Reglamento de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización ni el artículo 5 del Código Tributario.

La Sociedad demandante no puede alegar ficción de extraterritorialidad ni aplicación de la Ley de Zonas Francas y Recintos Fiscales en la prestación de servicios que ha realizado, sino afectarse con el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 112-D-2004 de fecha 21/10/2009)

FACULTAD DE INSPECCIÓN Y VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO A LOS AUDITORES INDEPENDIENTES

"Sobre la Legalidad del Procedimiento y de las Sanciones Impuestas

Para efectos de determinar la legalidad de las sanciones impuestas en el presente caso, es indispensable conocer el medio por el cual se llegó a su imposición, como es el caso del procedimiento administrativo sancionador.

Procedimiento Administrativo Sancionador

Entre los principios elementales que rigen el Derecho Administrativo sancionador se encuentran la garantía de audiencia y el debido proceso. La primera garantía en el ejercicio de la potestad sancionadora *es la exigencia de un procedimiento sancionador que responda a estos principios, el cual por la naturaleza de los actos a emitirse, han de*

respetarse especialmente las garantías de audiencia y contradicción, potencializando el derecho de defensa, sobre la primera no hay alegaciones en presente caso, no así la segunda.

Como es sabido, el procedimiento administrativo, en tanto modo de producción del acto, constituye un elemento del mismo. Ésta no es una mera exigencia formalista, sino que *desempeña una función de plena garantía para el administrado*. Luciano Parejo Alfonso en su "Manual de Derecho Administrativo" señala entre los fines del procedimiento administrativo, en primer lugar, el dar satisfacción a las necesidades colectivas en forma rápida, ágil y flexible; y en segundo lugar una función de garantía, en cuanto se constituye en cauce de la acción administrativa con relevancia jurídica directa en el administrado, y por tanto, susceptible de incidir en la esfera de derechos e intereses legítimos. Finalmente, y no por ello de menor trascendencia, posibilita la participación de los administrados en la toma de decisiones por el poder público administrativo.

La Sala de lo Constitucional de esta Corte sostiene que la garantía de audiencia es un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de todos los demás derechos de los gobernados, y que entre sus aspectos esenciales se encuentran: "a) que a la persona a quien se pretende privar de algunos de sus derechos se le siga un proceso o procedimiento -que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas-; b) que dicho proceso se ventile ante autoridades previamente establecidas; c) que en él se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales y las normas constitucionales procesales y procedimentales; y d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado, de conformidad a la Constitución." (Sentencia de Amparo del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve. Ref. 167-97).

En síntesis, cada sanción administrativa debe tener predeterminado un procedimiento que respete los derechos y garantías constitucionales.

En el caso de autos, las autoridades demandadas han manifestado tanto en sus informes como en sus alegatos, que al procedimiento seguido contra la demandante por las supuestas infracciones a las Normas para las Auditorías Externas de los Bancos y Sociedades de Seguros NPB2 - 05, emitidas por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero, es el establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, en adelante (Ley Orgánica).

Tal normativa determina en su Capítulo VIII lo relativo al "PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS", específicamente en el art. 47, se establece, que el mismo es para los efectos de imponer las sanciones establecidas en la citada Ley, y tales sanciones son determinadas de conformidad a lo establecido en el Capítulo VII referente a "INFRACCIONES Y SANCIONES", dicha disposición estipula que las mismas se impondrán a las entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia, que incurran en infracciones a las Leyes, Reglamentos, Estatutos y demás normas que las rijan o le sean aplicables en el incumplimiento de las instrucciones u órdenes que les imparta esta (art. 37).

De tal señalamiento, consta en el expediente administrativo (folio 11 al 29), que efectivamente fue de conformidad a tales disposiciones que se ventiló el procedimiento por medio del cual se llegó a la imposición de las sanciones alegadas en el presente caso.

Al respecto, la demandante alega que en dicho procedimiento no se dio cumplimiento al lit. i) del art. 21 de la Ley Orgánica, es decir el comunicar a las instituciones bajo su control, las irregularidades o infracciones que notare en sus operaciones, y cuando no se tomaren las medidas adecuadas para subsanar las misma, se procederá de conformidad a las disposiciones legales pertinentes, y que proceder conforme a la ley, según la demandante, sería el iniciar el proceso sancionatorio, pero que en su caso las infracciones que se le atribuyen todas son subsanables, violentándose con ello el debido proceso.

La citada disposición señala en primer lugar en el literal h) que corresponde a la Superintendencia, el vigilar la labor de los auditores externos, en relación con las entidades sujetas a su fiscalización, (de las cuales más adelante será tratado), dicha vigilancia deberá ser efectuada de acuerdo a las normas dictadas por el Consejo Directivo de dicho Organismo, por su parte el lit. i) del mencionado artículo, se hace relación a la Comunicación de las irregularidades o infracciones que notare la Superintendencia en sus operaciones pero respecto de las Instituciones bajo su Control, calidad que no posee la demandante pues no es una Institución en estricto sentido.

Por lo tanto la atribución señalada en el lit. i) es en relación a "Instituciones", propiamente dichas y no a las Sociedades que auditan las mismas, es de aclarar que la calidad de instituciones ha sido establecida por el art. 2 de dicha Ley Orgánica en relación a que tales disposiciones serán aplicables" a "las instituciones sujetas a su control", por lo que no resulta necesario entrar a conocer a qué tipo de irregularidades hace referencia tal disposición, sino el sujeto al cual se le atribuyen.

Ahora bien, resulta necesario determinar si el procedimiento aplicado en el presente caso, es el que la legislación pertinente ha determinado para el mismo.

Como quedó establecido anteriormente el procedimiento administrativo sancionador, debe procurar el respeto de las garantías constitucionales de los administrados, que serán sujetos al mismo, por lo tanto dicho procedimiento debe estar establecido previamente en la Ley.

De lo cual, se puede apreciar que el procedimiento establecido en el art. 47 de la Ley Orgánica, al determinar que para los efectos de "imponer las sanciones establecidas en la presente Ley, el Superintendente, de oficio o por denuncia, iniciará el juicio correspondiente, oyendo al presunto infractor...", tal regulación no expresa de forma taxativa los sujetos infractores, es decir la misma es de carácter general, por lo que se complementa con el art. 37 de la misma, el cual literalmente dice: "Las entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurran en infracciones a las Leyes, Reglamentos, Estatutos y demás normas que las rijan o les sean aplicables o en el incumplimiento de las instrucciones u órdenes que les imparta aquella..."

De lo señalado, es necesario, determinar si la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, atribuye la calidad de sujeto fiscalizable por la Superintendencia del Sistema Financiero, al demandante para los efectos que la misma determina.

Primeramente mencionar que la referida Ley Orgánica determino que su finalidad principal es la de vigilar el cumplimiento de las disposiciones aplicables a las "Instituciones sujetas a su control", descritas en el mismo, así como en general, de las demás entidades que en el futuro señalen las leyes.

En lo relativo a la Fiscalización, el art. 31 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, otorga tal facultad a la Superintendencia, en las actividades de las "Instituciones sujetas a su control", lo cual de igual forma hace únicamente referencia a Instituciones sujetas a su control, disposición que guarda relación con la atribución conferida al Superintendente señalada en el lit. ch), del art. 21 de la misma ley, la cual determina que corresponde al Superintendente el "fiscalizar y vigilar las operaciones de los integrantes del Sistema Financiero", que al tenor de lo regulado por el inciso último del art. 2 de la misma, dicho integrantes son las instituciones mencionadas en el mismo.

De todo lo antes señalado, se puede determinar que ninguna de las disposiciones relacionadas señala de manera taxativa la figura del auditor externo, para los efectos de considerarlo sujeto de fiscalización, sino mas bien le otorgó la calidad de entidad sobre la cual se efectuara una vigilancia tal y como lo disponen los literales a) y d) del art. 3, así como el lit. h) del art. 21 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero; por lo que tal facultad que corresponde es la de inspección y vigilancia y no a la de una

fiscalización, la cual consiste según el art. 31 de dicha ley, en "examinar todos los negocios, bienes, libros, cuentas, entre otros, ya que el legislador fue claro en diferenciar tal situación, y no puede por interpretación sistemática como lo alegan las autoridades demandadas, colocarlo en tal situación, únicamente por auditar a una Sociedad de Seguros, y aplicar un procedimiento para el cual la ley no lo ha determinado expresamente.

Por lo tanto el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, no es el aplicable para el caso de las infracciones atribuidas a la demandante, por lo que si se quiere regular tal situación en dicho cuerpo normativo, habrá que comenzar por reformar y adecuar la misma, de lo contrario violenta la seguridad jurídica y el debido proceso de los administrados.

Validez de la Multa

Ahora bien, para analizar la validez de la multa impuesta, es pertinente recordar que en reiteradas oportunidades, esta Sala se ha pronunciado en referencia al principio de tipicidad, del cual se trató en el apartados anteriores, como una derivación fundamental del principio de legalidad dentro del ámbito del derecho administrativo sancionador, el cual establece que no puede existir sanción alguna sin la existencia del supuesto de hecho que se enuncie de forma clara, precisa e inequívoca la conducta prohibida y de igual forma su consecuencia jurídica. En efecto, debido a la intensidad que provoca la actuación administrativa en los derechos fundamentales del ciudadano se requiere que esa intervención sea regulada de la forma más completa posible, a saber, dentro del marco sustantivo con la elaboración de un catálogo de infracciones de exclusiva competencia del legislador, (Principio de Reserva de Ley), al que ya nos hemos referido.

En el caso que nos ocupa, primeramente se tiene que la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, vigente desde mil novecientos noventa en la cual se creó la figura institucional de la Superintendencia, estableciendo en los arts. 2 y 3 de la misma la finalidad principal de dicho organismo, la cual es de "vigilar el cumplimiento de las disposiciones aplicables a las instituciones sujetas a su control". Asimismo le correspondería la fiscalización de las entidades señaladas en la citada disposición, y en general, de las demás entidades que en el futuro señalen las leyes, otorgándole la calidad de integrantes del Sistema Financiero a las entidades en ellas mencionada, lo cual como se dijo en el apartado anterior no se encuentran incluidos los auditores externos, sino únicamente para los efectos de vigilancia, en razón de la coordinación en las funciones de fiscalización que lleva a cabo las autoridades demandadas en las sociedades de Seguros, complementada en las Normas dictadas para

tales efectos, por el Consejo de la misma cuya competencia es atribuida por mandato legal, como ha quedado establecido.

Como consecuencia de lo antes expuesto, lo establecido en los arts. 76 y 77 de la Ley de Sociedades de Seguros aplicados para los efectos de imposición de la multa, en su orden hacen una remisión en primer lugar a que el procedimiento para sancionar a las Sociedad de Seguros, intermediarios y cualquier persona de las reguladas en dicha ley, será el establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, y en segundo lugar la procedencia de las multas serán de conformidad a las causales contempladas en esta última ley; por lo que al no existir un procedimiento determinado de manera expresa por la legislación pertinente para el caso de las infracciones atribuidas a la demandante, ni una sanción expresamente regulada por las mismas, no se configura entonces la tipificación de la infracción al art. 20 inciso 1°, y arts. 26 y 27 de las Normas para las Auditorías Externas y por consiguiente la multa es ilegal y así será declarado, no así la modificación efectuada a la sanción de multa impuesta por la infracción efectuada a los arts. 20 inciso 2° y art. 22 de las referidas Normas, por la de amonestación escrita, la cual queda habilitada.

Como medida para restablecer el derecho violado las autoridades demandadas no deberán exigir el pago de las multas impuestas a la demandante de conformidad con lo establecido en esta Sentencia."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 174-2005 de fecha 13/07/2009)

FEDERACIÓN SALVADOREÑA DE FÚTBOL: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA DAR POR FINALIZADO UN CONTRATO DEPORTIVO

La parte demandante pretende que se declare la ilegalidad del acto administrativo dictado por la Junta Directiva de la Federación Salvadoreña de Fútbol, por medio del cual se revocó la resolución dictada por el Tribunal Arbitral de la Federación Salvadoreña de Fútbol, que condenaba al Club Deportivo Once Lobos al pago de cantidad de dinero, a favor del demandante y tuvo por finalizado el Contrato Deportivo con el mismo.

RECURSOS ADMINISTRATIVOS: DEFINICIÓN

Recurso es el medio que concede la ley para la impugnación de las resoluciones, a fin de subsanar los errores en que se haya incurrido al dictarlas.

Los recursos administrativos constituyen la vía por la cual el administrado legitimado pide a la autoridad superior en jerarquía la revocación o modificación de una resolución que se reputa ilegal. Lo que los caracteriza es la finalidad impugnatoria de las actuaciones que se estiman contrarias a Derecho.

La interposición de un recurso administrativo da lugar a un procedimiento que, si bien es distinto e independiente del que fue seguido para emitir el acto recurrido, es al igual que éste, de carácter administrativo, y está por ello sujeto a las mismas normas e inspirado en los mismos principios. En consecuencia, dicho procedimiento, en tanto modo de producción del acto, constituye un elemento formal, y por ende condiciona su validez.

Resuelta la admisibilidad del recurso, su trámite será el que contemple la Ley aplicable al caso, respetando las normas elementales de todo procedimiento administrativo.

En tales procedimientos tienen aplicación reglas básicas y generales, las cuales garantizan la protección de los derechos del administrado, así como la transparencia en el actuar de la Administración. Entre ellas se encuentran la audiencia al interesado, un plazo razonable para expresar agravios, ofrecer y aportar pruebas, etc. En síntesis, la tramitación de un recurso ha de sujetarse a reglas mínimas, que hagan efectiva la garantía de audiencia y la existencia de una fase contradictoria.

LOS RECURSOS EN LA LEY DEL FUTBOL FEDERADO DE EL SALVADOR Y SU REGLAMENTO

El Capítulo III del Reglamento Orgánico de la Ley del Fútbol Federado de El Salvador, denominado "Junta Directiva", establece en el numeral 3 las Atribuciones de dicha Junta, así:

Art. 31 "La Junta Directiva además de las atribuciones que le confiere la Ley en el Art. 19 tendrá las siguientes:

N° 18: "Conocer en apelación de las sentencias definitivas pronunciadas por el Tribunal Arbitral y de las diferentes divisiones del Fútbol del Sector Profesional y Aficionado".

Por su parte el Capítulo XII del Reglamento Orgánico de la Ley del Fútbol Federado de El Salvador, en sus Disposiciones Generales, ha determinado en el numeral uno "DE LA APELACIÓN Y REVISIÓN". Que en su art. 79 dispone: "De los fallos definitivos cabe la Apelación para ante la Federación, interpuesto por el afectado por el fallo".

De lo alegado por las partes en el presente proceso se ha identificado claramente que el acto impugnado corresponde a la resolución del recurso de apelación interpuesto por el Club Deportivo Once Lobos contra la Resolución del Tribunal Arbitral.

REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: DEFINICIÓN

Revocación es el retiro unilateral (de los efectos del acto) efectuado por la autoridad administrativa; su fundamento se encuentra en la finalidad que tiene dicha autoridad de satisfacer en la mejor forma los intereses públicos y de observar la ley; si el acto administrativo demuestra ser inadecuado, ya sea porque posteriormente a su emisión las circunstancias o intereses generales en que se fundó se han modificado; o porque fueron mal apreciados las circunstancias o intereses generales en el momento de su emanación, la administración que tiene la autoridad administrativa de satisfacer en la mejor forma los intereses públicos y de observar la ley. Si el acto administrativo demuestra ser inadecuado, ya sea porque posteriormente a su emisión las circunstancias o intereses generales en que se fundó se han modificado; o porque fueron mal apreciados las circunstancias o intereses generales en el momento de su emanación, la Administración tiene la facultad de sustituirlos con otro más idóneo, pero siempre observando los preceptos contenidos en la normativa fundamental (Sentencia Definitiva Ref 113-R-99 del doce de febrero de dos mil tres).

Entonces la revocación constituye una actuación administrativa sometida al enunciado principio de legalidad, y por ende para desplegarse debe estar fundada en una potestad que la habilite.

En consecuencia, considerar actos favorables que pueden libremente ser retirados del mundo jurídico sin previsión ni cobertura normativa alguna, vendría a constituirse en un subterfugio para violar el principio de legalidad que rige a todos los actos de la

Administración. Avalar esta postura podría dar lugar a actuaciones antojadizas de los funcionarios de turno en la Administración Pública, la cual no es acorde con los principios que rigen en un verdadero Estado de Derecho.

De tales consideraciones en cuanto a la Revocación del Acto Administrativo favorable como el caso de autos, se tiene que la Ley del Fútbol Federado no ha determinado el procedimiento para la interposición de recurso alguno, sin embargo en el art 19 de la misma ha determinado que entre las atribuciones de la Junta Directiva está el cumplir y hacer cumplir la Ley, Reglamentos y Estatutos de la Federación, así mismo le confiere las demás atribuciones que señalen los Reglamentos de la Federación, es así como el Reglamento Orgánico de la Ley del Fútbol Federado, desarrolla lo relativo a los recursos del art. 78 al 81 del mismo, por lo que efectivamente la autoridad demandada contaba con la facultad para que previo juicio se pudiera revocar una resolución, la cual en el presente caso era favorable al administrado.

Dicho lo anterior es necesario delimitar si se cumplió con lo establecido por la normativa para dictar ese tipo de resolución:

Art. 79 inciso 2°:

"Recibido el expediente respectivo en apelación, la Secretaria de la Federación dará cuenta a la Directiva en la sesión inmediata de Junta Ordinaria. La Directiva resolverá inmediatamente si a su criterio existe suficiente elemento de juicio para ello, caso contrario recibirá dentro de los ocho días subsiguientes a las pruebas que los interesados tengan a bien aportar así como la Federación misma recabará la información que crea necesaria para mejor resolver".

"Con su fallo la Federación confirmará, revocará y pronunciará la resolución definitiva la cual no admite recurso alguno".

Del análisis de la resolución emitida por la autoridad demandada y de lo que consta en el expediente administrativo, se observa que lo único que se tomó en cuenta de la anterior normativa es lo relativo a "si a su criterio existe suficiente elemento de juicio", en vista que no se observa en el mismo otro tipo de procedimiento en el mencionado recurso, por lo que estando facultado por la Ley aplicable y su reglamento orgánico, únicamente se limitó a considerar su criterio desde el punto de vista de lo manifestado por el recurrente, ya que nada contrario dice tal resolución.

Lo anterior manifestado en relación a la finalidad que inspira una revocación se encuentra el satisfacer intereses públicos y observar la ley, elemento que no se observa en el acto

impugnado, en vista que la ley únicamente se aplicó en cuanto a la facultad de dicha autoridad para revocar un acto administrativo anterior.

PRINCIPIOS DEL FORMALISMO Y ANTIFORMALISMO PROCESAL

De acuerdo al principio del formalismo procesal, el proceso se encuentra sometido a las formalidades, algunas de carácter general y otras especiales para cada caso en particular. Las especiales deben ser observadas cabalmente, tal como se encuentran establecidas en la Ley, ya que su incumplimiento se encuentra sancionado con nulidad y como consecuencia priva de sus efectos al acto en el que no se han guardado; no obstante lo anterior, si ese formalismo obedece a un fin trascendente, es necesario en cuanto cumple la finalidad para la cual ha sido establecido para un caso en particular; por lo que, no obstante falte alguna de esas formas y si el acto alcanza su finalidad, su ausencia en ese acto no genera nulidad.

En el caso de autos, se observa que en la resolución impugnada, nada se ha discutido en relación a la finalidad que cumplió el primero de los actos, tal finalidad de tipo trascendental es la tutela de los derechos del administrado. Por lo tanto debió valorarse si los requisitos meramente formales señalados en la resolución en cuestión ameritaban dejar en indefensión al administrado en la tutela de sus derechos, es así como en el proceso contencioso administrativo priva el principio antiformalista, en cuanto a la admisión de la demanda.

En relación a dichos principios, y lo alegado por las partes en relación a la petición que no fue formulada en forma precisa por el apoderado del "jugador" ante el Tribunal Arbitral, la cual ha causado la revocatoria de dicho acto, para lo cual es necesario valorar lo relativo a la exigencia de formalidades en la admisión de la demanda del primero de los actos, sin entrar a valorar el fondo del mismo. Así se observa que el Reglamento del Tribunal Arbitral, en su art. 15 establece "Las providencias y actuaciones reguladas por esta Ley no están sujetas a solemnidades especiales, pudiendo emplearse cualquier medio de simplificación de sus formas.

Lo anterior también tiene asidero de lo ordenado por el Reglamento del mencionado Tribunal Arbitral, el cual establece los requisitos que debe contener la demanda art. 5 inciso segundo. El cual tal y como lo expone la parte demandante, al considerar la autoridad demandada que existía una deficiencia en la demanda debió prevenirlo, lo cual

no ocurrió en sede administrativa de conformidad al estudio que se efectuó del expediente administrativo.

Para acotar lo referente a la "petición", se cita lo sostenido por el tratadista procesal Lino Enrique Palacio "Derecho Procesal Civil", quien denomina como objeto de la pretensión (petitum) al efecto jurídico que mediante ella se persigue, que generalmente se concibe con un doble punto de vista: inmediato y mediato. El primero el objeto inmediato de la pretensión la clase de pronunciamiento que se reclama (condena, declaración, ejecución, etc.), y el objeto mediato el bien de la vida sobre el cual debe recaer, concretamente, el pronunciamiento pedido (v.gr., la suma de dinero....que debe condenarse al demandado; el hecho que éste debe realizar; la relación jurídica cuya existencia o inexistencia debe aclararse) y afirma que a ambos aspectos del objeto de la pretensión procesal se refiere la ley cuando exige que en el escrito de demanda se contenga "la petición, en términos claros y positivos", en tanto que se refiere sólo al objeto mediato cuando determina que el acto, en ese mismo escrito, debe precisar "la cosa demandada, designándola con toda exactitud".

Del análisis del expediente administrativo relacionado con el presente caso dentro del cual consta que el apoderado del "jugador" manifestó que demanda al "Club" por el despido injusto de aquel, a quien no se le cancelaron los salarios desde el mes de marzo de dos mil cinco. Lo cual conforme a un juicio justo y de equidad, se denota que la consecuencia de tal reclamo es que si se declara terminado un contrato sin responsabilidad para el jugador, lo legal es pagar tal salario.

De lo anterior planteado esta Sala considera que en base a los principios que rigen el proceso contencioso administrativo específicamente el antiformalista y el principio "pro actione" el cual también encuentra su apoyo en el derecho constitucional a la protección jurisdiccional, hace alusión a que los preceptos normativos deben interpretarse en el sentido más favorable para la obtención de una tutela de fondo sobre las pretensiones de las partes, y en caso de duda sobre los requisitos se debe tender a la interpretación más favorable para su admisión. Así para el presente caso, no puede en segunda instancia del procedimiento administrativo, condenarse el acto favorable emitido a favor del jugador con una revocatoria por un aspecto meramente formal de la demanda, pues la petición si bien es cierto debe ser formulada de manera precisa, esta es un apartado de la demanda como un todo, la cual debe de fundamentarse con hechos y con la normativa aplicable al caso para tales peticiones.

En vista que otro de los puntos alegados por la parte demandante es lo relativo al directivo que firmó el acto impugnado, es necesario determinar si posee la competencia

para dicha actuación, o es un caso de delegación y su procedencia legal, bajo los siguientes aspectos.

En principio determinar la competencia de la autoridad demandada y la de los órganos de la misma:

COMPETENCIA DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA FEDERACIÓN SALVADOREÑA DE FUTBOL Y LA DE LOS ÓRGANOS DE LA MISMA

Competencia:

Entendida ésta como "la medida de la potestad que corresponde a cada órgano". La competencia puede encontrarse circunscrita en varios sentidos, siendo los principales criterios de distribución: la materia, el grado y el territorio. Por razón de lugar, los órganos tienen competencia territorial determinada, que puede ser nacional (que comprende todo el territorio), o local, referida esta última a una circunscripción concreta (departamento, ciudad o municipio), dentro de la cual únicamente pueden ejercer válidamente su competencia material.

Entre los criterios de distribución de la competencia se encuentran la materia, el grado y el territorio. La competencia en razón del grado, es la que corresponde a un órgano en relación al puesto que ocupa en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es en razón de este criterio, que ningún otro puede intervenir en el radio de actuaciones de éste, sino a través de la figura de la transferencia.

Debe aclararse que la competencia como tal es irrenunciable, sin embargo puede el órgano titular de la misma transferir su ejercicio a otro órgano administrativo. Esta transferencia puede hacerse disponiendo que la competencia la ejerza un órgano inferior, a lo cual se denomina delegación.

En nuestro sistema legal la competencia se establece básicamente en la Constitución y las leyes secundarias, donde debe buscarse también la previsión legal expresa que autorice los supuestos de dislocación competencial.

Como ya se ha expuesto, la competencia es el primer elemento de validez del acto administrativo, por tanto, si el sujeto que emite el acto es incompetente, la resolución resulta ilegal.

Delegación de Funciones:

La delegación es una modalidad de transferencia del ejercicio de la competencia, en virtud de la cual un Órgano de la Administración puede trasladar a un inferior el ejercicio de funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye, siempre que el mismo ordenamiento lo habilite expresa y específicamente para ello.

De lo anterior resulta, por una parte, que es imposible jurídicamente que un órgano inferior pueda delegar funciones que corresponden al superior, pues aún y cuando un Reglamento Orgánico permita expresamente la delegación de potestades propias de los funcionarios de niveles superiores a funcionarios jerárquicamente inferiores, tales disposiciones reglamentarias presentan problemas de forma, tal como se expone a continuación.

Desde un punto de vista formal, de conformidad con los arts. 86 y 131 No. 21 de la Constitución de la República, las competencias sólo pueden ser atribuidas a los diversos Órganos, mediante "normas con rango de ley", es decir, normas provenientes de la Asamblea Legislativa.

Lo anterior equivale a decir que existe "reserva de ley" en lo que a la atribución de competencias a los diversos órganos del Estado se refiere; solo el legislador puede atribuir tales potestades.

Como consecuencia, si las potestades son conferidas por ley; la delegación del ejercicio de las mismas sólo puede ser autorizada por una norma de igual rango: no puede un Reglamento autorizar la transferencia de competencias conferidas por el legislador.

Delegación de firma

La delegación de firma no representa una verdadera transferencia de competencia, puesto que esta la sigue manteniendo el Órgano delegante (Sentencias Definitivas Ref. 164-A-2000 del veintinueve de noviembre de dos mil uno y Ref. 39-F-97 del veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y ocho).

De esta forma, el art. 19 de la Ley del Fútbol Federado de El Salvador establece las atribuciones de la Junta Directiva, dentro de las cuales se encuentra el cumplir y hacer cumplir la Ley, Reglamentos y Estatutos de la Federación, de igual forma hace remisión a las demás que señaladas en los reglamentos de la Federación.

Dentro de las cuales se señala lo relativo a la representación legal de la Federación, en los casos de actuaciones judiciales o extrajudiciales la cual corresponde al Presidente de la misma.

Asimismo, dentro de las atribuciones que señala el Reglamento Orgánico de la Ley del Fútbol Federado de El Salvador, a favor de la Junta Directiva, están:

Art 32.- "ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE":

a) Representar legalmente a la Federación

b) Velar por el cumplimiento de las Leyes y Reglamentos de la Federación.

En el Capítulo IV "REPRESENTACIÓN LEGAL":

Art 41 "Corresponde al Presidente de la Junta Directiva, la representación legal de la Federación y Asociaciones Departamentales, y en las actuaciones administrativas o judiciales relacionadas con la Federación".

De lo anterior esta Sala considera que la firma de las actuaciones administrativas que emita la Junta Directiva de la Federación, podrá hacerse ya sea de forma colegiada por ser esta la autoridad que tiene a su cargo la Dirección y Administración de la Federación (art. 21 del Reglamento aludido) como por el presidente de la misma quien conforme a la normativa relacionada tiene competencia para ello, y no otro directivo, tal y como se ha efectuado en el caso de autos, ya que la resolución fue firmada por el Pro-Secretario de dicho órgano, quien no goza de tal delegación ni legalmente ni por acto motivado de la Junta, ello en vista que las funciones de dicho directivo están establecidas en el art. 35 de dicho reglamento, y es el sustituir al Secretario en su ausencia, lo cual no lo menciona en el acto que suscribe, y si fuese al secretario quien hubiera firmado tampoco dicho directivo tiene tal competencia, ya que una de sus atribuciones es la de notificar a los interesados sobre las resoluciones federativas, art. 34 de la citada normativa, lo cual del análisis del acto impugnado no se vislumbra ser tal documento el que ampare tal actuación.

Otro de los puntos alegados por el demandante en el presente proceso es el relativo a la aplicación de la normativa establecida en el Código de Procedimientos Civiles, para lo cual debe ser analizado desde el punto de vista de la Jerarquía normativa aplicable al caso, para lo cual es necesario señalar lo siguiente:

PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA

Una de las más elementales formas de resolver los conflictos entre normas consiste en otorgar a algunas de ellas un valor o fuerza superior sobre otras. A esta posición relativa de superioridad intrínseca de unas normas sobre otras se le conoce como principio de jerarquía normativa (Juan Alfonso Santamaría Pastor: Fundamentos de Derecho Administrativo, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988. pág. 315).

Como es sabido, en virtud de esta jerarquía o prelación, los reglamentos de ejecución se encuentran en un estrato inferior a las leyes que están llamados a desarrollar. La primacía de la ley implica la supra ordenación o superioridad jerárquica de ésta sobre el reglamento, superioridad en virtud de la cual, sus preceptos no pueden ser modificados por determinaciones reglamentarias.

Tal preeminencia vincula naturalmente a la Administración, quien deberá tener en cuenta estos parámetros al momento de aplicar las normas al caso concreto (Sentencia Ref. 40-E-1999 del trece de marzo de dos mil uno).

En el caso de autos la resolución impugnada, se fundamentó en el art. 421 del Código de Procedimientos Civiles, el cual establece lo siguiente: "Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural".

Por su parte el art. 193 determina en su numeral 6° que la demanda escrita debe contener "El petitorio, formulado con toda precisión" y el art. 1092 señala que: "Si la sentencia fuere injusta en todas sus partes pero sin contrariar una ley expresa y terminante, se revocará, pronunciando la conveniente; y en cuanto a la condenación de costas se estará a lo dispuesto en el artículo 439, considerando al apelante o suplicante como actor y al apelado o suplicado como reo".

En el primero de los artículos relacionados en el acto impugnado se determina que las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas, de lo anterior se desprende que en el litigio en primera instancia del procedimiento administrativo, fue discutido el despido injustificado por una parte y por la otra parte el haberse cometido faltas disciplinarias, pero en vista que el litigio se acumuló se observa que el otro aspecto valorado fue la solicitud de terminación de contrato.

De lo anterior planteado se observa que en la resolución impugnada el Tribunal Arbitral tanto de lo alegado por las partes como de lo que consta en el Expediente Administrativo, en primer lugar se delimitó el hecho de dar por terminado el contrato suscrito, tal y como fue solicitado por el "Club", y en segundo lugar condenó el pago de los salarios que cubren el plazo mencionado en la misma, lo cual fue solicitado en la demanda interpuesta por el "jugador", con lo cual se denota que ambas pretensiones se atendieron, lo cual es lógico pues era un procedimiento acumulado en el cual se tenían que fallar tanto sobre las pretensiones del Club Deportivo como las del jugador.

Por lo tanto el argumento de la autoridad demandada en cuanto a que el Tribunal Arbitral se extralimitó en sus funciones, no puede ser declarado en este juicio, en vista que corresponde al primer acto emitido por la Administración en el caso en discusión, el cual no fue impugnado por el demandante ya que el mismo le era favorable, por lo cual no es procedente conocer del fondo del mismo.

Lo que sí es objeto en el presente caso, es la controversia en relación a la formalización de la "petición" en la demanda interpuesta por el jugador, lo cual de conformidad con lo planteado en párrafos anteriores de esta Sentencia, resulta ser que las razones expuestas por la autoridad demandada para revocar el acto emitido por el referido Tribunal, así como la aplicación para dicho fin de las reglas supletorias de la legislación procesal civil, no son atendibles, y siendo que la resolución impugnada no fue suscrita por autoridad competente, convierte a la misma en carente de validez y por lo tanto ilegal, y así debe ser declarado.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 95-2006 de fecha 13/10/2009)

IMPOSICIÓN DE MULTA POR ALTERACIÓN EN EL PESO DEL GAS LICUADO DE PETRÓLEO ENVASADO Y ALTERACIÓN DE PRECIOS AUTORIZADOS

"Por Decreto Legislativo número ciento sesenta y nueve del diecinueve de noviembre de mil novecientos setenta, publicado en el Diario Oficial número doscientos treinta y cinco, Tomo doscientos veinte y nueve, del veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta, se creó la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo, cuyo objeto es regular y vigilar el depósito, transporte y distribución de los

productos de petróleo, así como la construcción y funcionamiento de los depósitos de aprovisionamiento, estaciones de servicio o gasolineras y tanques para consumo privado (artículo 1 vigente al momento de los hechos).

El artículo 17 del citado cuerpo normativo -vigente al momento de los hechos-, señala que las personas dedicadas a la importación, operación de plantas de envasado y distribución de gas licuado de petróleo deberán cumplir, entre otras con las obligaciones siguientes:

l) Entregar el contenido exacto de gas en cada cilindro portátil, correspondiente al peso establecido en cada presentación, y por tratarse de producto subsidiado, cumplir con el precio de venta fijado por el Ministerio.

Por otra parte el Reglamento para la Aplicación de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo contenido en el Decreto Ejecutivo número cuarenta y seis de fecha diecinueve de junio de dos mil tres, publicado el ocho de julio de ese mismo año en el Diario Oficial número ciento veinticinco, tomo trescientos sesenta prescribe en el *artículo 34* que los Delegados de la Dirección verificarán el peso del producto contenido en los envases cilíndricos portátiles para envasado de gas licuado de petróleo y *si encontraren que el peso es menor que al establecido en el respectivo acuerdo de fijación de precios, deberán elaborar la respectiva Acta de inspección para iniciar el trámite de la sanción correspondiente.* El artículo 40 del citado cuerpo normativo prescribe que a efecto de dar cumplimiento con lo establecido por el artículo 17 letra l) de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo, el Ministerio de Economía emitirá los respectivos Acuerdos en los que se establecerá el sistema para determinar los precios máximos de facturación del gas licuado de petróleo para consumo doméstico, así como los precios de venta al consumidor final por cada presentación y canal de comercialización.

Los Acuerdos Ejecutivos números 616 y 617 del quince de julio de dos mil tres publicados en el Diario Oficial número ciento treinta y uno, tomo trescientos sesenta publicado el dieciséis de julio de ese mismo año, contienen el primero, el *Sistema de Precios de Paridad de Importación como mecanismo automático para la determinación de los precios máximos en el mercado interno del gas licuado de petróleo para consumo doméstico* al que los importadores y/o refinadores locales deberán facturar como máximo a las compañías *distribuidoras autorizadas*. En el numeral veinticuatro se establece que la Dirección de Hidrocarburos y Minas publicara los precios máximos de facturación del gas licuado de petróleo y los precios de referencia de los demás combustibles a efecto de informar al consumidor. En ese sentido, el Acuerdo 617 regula los *precios máximos de venta de gas licuado de petróleo en sus diferentes presentaciones*, y detalla que el precio

máximo de venta del distribuidor al público del cilindro de 25 libras, será de \$3.44 dólares de los Estados Unidos de América más el impuesto al valor agregado (IVA).

SOBRE LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEFENSA.

El artículo 11 de la Constitución establece en su inciso primero que *"Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes;..."*. Esta disposición constitucional consagra lo que se conoce como **derecho de audiencia**, el cual, es un concepto abstracto en virtud de cual se exige que, antes de procederse a limitar la esfera jurídica de una persona o a privársele por completo de un derecho, debe ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes.

El mencionado derecho se caracteriza por ser un derecho de contenido procesal, que se encuentra indiscutiblemente relacionado con las restantes categorías jurídicas protegibles constitucionalmente, en el sentido que, para que una privación de derechos tenga validez jurídica, necesariamente debe ser precedida de un **proceso seguido conforme a la ley**, en el cual se posibilite la intervención efectiva del afectado a fin de que *conozca los hechos que lo motivaron y tenga la posibilidad de desvirtuarlos*.

Este Tribunal ha reiterado en diversas resoluciones que en sede administrativa, el **derecho de defensa** se concentra en el derecho *a ser oído en el procedimiento administrativo; se concretiza en que los interesados planteen sus alegaciones, puedan probarlas, y que éstas sean tomadas en cuenta por la administración a la hora de resolver*, esto es, que sean valoradas y aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que, **convenzan o no**, permiten conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio que la fundamenta.

La concesión de garantías jurídicas debidas no debe exclusivamente operar en el ámbito jurisdiccional; este Tribunal concuerda con los criterios sentados por la Sala de lo Constitucional en el sentido que el vocablo "juicio" consignado en el artículo 11 de la Constitución de la República, no está referido única y exclusivamente al concepto de proceso jurisdiccional, sino que se amplía a la idea de trámite, de actividad dinámica destinada al pronunciamiento de una decisión evidentemente conflictiva, con el interés o derecho de unas personas.

El fundamento lógico jurídico según el cual los administrados se encuentran facultados para expresar su parecer -derivado de la garantía de audiencia- respecto a los hechos imputados en su contra por la administración pública, es el hecho que en la mayoría de los

casos el *procedimiento administrativo* terminará con un acto gravoso para los intereses del administrado.

En el caso de autos, se encuentra agregado a folio 78 del expediente administrativo, el escrito mediante el cual se mostró parte en el proceso sancionatorio el licenciado [...] en carácter de apoderado general judicial de la [demandante]. Asimismo consta a folio 84 del referido expediente que se tuvo por parte al citado profesional y se le notificó la correspondiente apertura a pruebas, término en el cual participó activamente. Además consta la intervención en dicho procedimiento del también apoderado de la demandante doctor [...] y de las repetidas intervenciones del licenciado[...] en la misma calidad [...]. Lo anterior demuestra que la autoridad demandada si permitió a la demandante participar activamente en el procedimiento, plantear sus alegaciones y comprobarlas. A ello hay que agregar que constan en el expediente administrativo las actas mediante las cuales se asentó el testimonio de los testigos presentados por [la demandante] [...], lo cual es prueba fehaciente de que se garantizó a la demandante su derecho de audiencia y defensa, en el sentido de garantizarle la posibilidad de desvirtuar las acusaciones en su contra. De las pruebas propuestas la autoridad demandada admitió unas y desestimó otras, expresando en todo caso los motivos para ello, de conformidad con la normativa aplicable. Por ello se infiere que no se irrespetaron los Derecho de Audiencia y Defensa como alegan los apoderados de la demandante.

DE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN

Uno de los elementos objetivos del acto administrativo es su motivación, cuya función, como señala García-Trevijano Fos, es esencial, pues *permite desenmascarar un posible vicio de desviación de poder*. Este elemento es una consecuencia del Principio de Legalidad que rige a la Administración, que requiere de una norma habilitante para toda su actuación.

La motivación del acto administrativo exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de Hecho y de Derecho que le determinaron a adoptar su decisión. La *Ratio essendi* de la motivación permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable.

La doctrina coincide en otorgar a la motivación como principales finalidades: desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el

interesado que podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que se funda. Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del *criterio de decisión* que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido.

La motivación del acto, es decir, las razones de hecho y de derecho que dan origen a su emisión, aclaran el sentido del mismo y la doctrina acepta la tesis que dicha motivación pueda ser previa, ello ocurre cuando se invocan -en el contenido del mismo- informes o dictámenes, los cuales fueron tomados en cuenta para emitir la decisión y que son del conocimiento del administrado.

Esta Sala advierte en cuanto a la motivación del primer acto (Resolución No. 42), que el Ministerio de Economía consideró, los resultados verificados en las diecisiete inspecciones realizadas en plantas de Gas Licuado de Petróleo propiedad de la demandante, las cuales hacían presumir en unos casos, que [la demandante], no estaba entregando contenido exacto de gas licuado de petróleo en cada cilindro portátil correspondiente al peso establecido en cada presentación, y en otros, que se estaba vendiendo el gas licuado de petróleo a un precio mayor al precio fijado por el referido Ministerio. Lo anterior fue suficiente para la apertura del informativo correspondiente, en el cual se dio intervención a [la demandante], y se recibió la prueba presentada, lo cual permitió al Ministerio de Economía determinar la procedencia de la multa impuesta, ante la clara violación a lo prescrito por el artículo 17 literal l) de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo -vigente al momento de los hechos-. La Resolución No. 42 señala que dicho Ministerio *pudo comprobar que la sociedad en comento no estaba entregando el contenido de gas en cada cilindro portátil correspondiente al peso establecido en cada presentación, así como el incumplimiento con el precio de venta fijado por ese Ministerio, por lo que consideró procedente sancionar a la sociedad demandante*, ambas conductas no fueron desvirtuadas por [la demandante] dentro del correspondiente procedimiento sancionatorio.

Por otra parte, el segundo acto (Resolución No. 86), se origina porque la sociedad demandante interpuso Recurso de Revocatoria ante el mismo Ministerio. Por ello se hace una relación del escrito presentado por la demandante y después de ser analizados los argumentos de [la demandante] se declara sin lugar el recurso de revocatoria presentado; en dicho acto se retoman los argumentos proveídos en la Resolución No. 42 para ratificar la decisión previamente adoptada [...].

En consideración de lo anterior, esta Sala concluye que los actos controvertidos están debidamente motivados y no adolecen de ilegalidad por dicho motivo, su fundamento

fáctico y jurídico está vinculado a los datos analizados proveídos por ambas partes y a lo establecido por la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo, su respectivo Reglamento y el Acuerdo No. 617.

ARTÍCULO 17 LETRA L) DE LA LEY REGULADORA DEL DEPÓSITO, TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DE PRODUCTOS DE PETRÓLEO.

Los apoderados de la sociedad demandante alegan, que se transgredió lo prescrito por el artículo 17 literal l) de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo -vigente al momento de los hechos-, ya que entregar el contenido exacto del cilindro no consiste en entregar el mismo, sino que basta que el cilindro esté rodeado de ciertas condiciones para presumir la entrega.

Al respecto esta Sala considera que tal como sostiene la autoridad demandada, la obligación de la sociedad demandante es *llenar cada cilindro con el contenido exacto de gas en cada cilindro portátil correspondiente a cada presentación*. Debe tenerse en cuenta que el cilindro que es llenado en cada planta propiedad de la demandante, se encuentra listo para la "entrega", es decir listo para ser comercializado y por ello debe contener el peso que le corresponde a su presentación. A ello hay que agregar que a cada cilindro se le coloca un sello que certifica que su peso ya fue verificado, y es precisamente ese sello el que de conformidad con las inspecciones realizadas, ya había sido colocado en los cilindros inspeccionados. En ese sentido, no es cierto, como afirman los apoderados de la demandante, que los cilindros se encontraban en lugares propiedad de [la demandante], dentro de su esfera de control patrimonial y que en virtud de no haberse materializado la entrega, no se había configurado aún la infracción a la Ley, ya que como ha quedado establecido, los cilindros ya habían sido *selladas* bajo el supuesto que contenían la cantidad exacta de gas correspondiente a cada presentación, y se encontraban listos para ser distribuidos y entregados a los consumidores finales. Dicha conducta detectada en las diecisiete inspecciones realizadas por Delegados del Ministerio de Economía -peso inexacto de gas licuado de petróleo en los cilindros de acuerdo a su presentación- no fue desvirtuada por los apoderados de la demandante, y ello en adición a la venta a un precio mayor que el fijado por el Ministerio de Economía mediante el Acuerdo No. 617, hacen que la multa impuesta a [la demandante] se encuentre dentro de los límites de la legalidad y así debe declararse."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 85-2006 de fecha 05/10/20)

IMPUESTO A LA IMPORTACIÓN DE MERCANCÍAS SUJETAS A VALORES MÍNIMOS

En el presente caso se controvierte la legalidad de la resolución dictada por el Administrador de la Aduana Terrestre de San Salvador, que declaró la existencia de la infracción tributaria al haber efectuado la Declaración de Mercancías N° 4-1934, referencia N° 0196015 de fecha quince de enero de dos mil cuatro, a nombre de la sociedad demandante, y autorizó a la Dirección General de Tesorería para que percibiera cierta cantidad de dinero en concepto de Derechos Arancelarios a la Importación y de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios.

La ilegalidad se hace recaer en que la resolución impugnada se pronunció aplicando el instructivo 2-2002 de fecha once de septiembre de dos mil dos (vigente al momento de dictarse el acto administrativo), que determina los precios y valores mínimos en la importación de mercancías nuevas y usadas; disposiciones de carácter general que adolecen de ilegalidad, por encontrarse en ellas contradicciones que violan el Principio de Seguridad Jurídica.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY

El instructivo N° 2-2002 (vigente al momento de dictarse el acto administrativo) en su numeral 2 denominado base legal manifiesta que: "La Dirección General de la Renta de Aduanas, emite el presente Instructivo en el ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 20 de la Ley de Simplificación Aduanera, dictada mediante Decreto Legislativo N° 529, publicada en el Diario Oficial N° 23, Tomo 342 del 3 de febrero de 1999, los artículos 6, 7 y 107 del Código Aduanero Uniforme Centroamericano, Decreto 357 publicado en el Diario oficial N° 70, tomo 350 de fecha 6 de abril de 2001, teniendo como basé el párrafo 2 del Anexo III del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VIII del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio GATT/OMC de 1994 y la Decisión de 8 de julio del año 2002, emitida por la Organización Mundial del Comercio, Referencia WT/L/479 de fecha 12 de julio 2002 (02-3903), y de conformidad con el Acuerdo Ejecutivo N° 908, publicado en el Diario Oficial N° 187, Tomo 357, de fecha 8 de octubre de 2002 y cuya fecha de vigencia será el 17 de octubre de 2002".

De lo que se advierte que el ente emisor del instructivo N° 2-2002 (vigente al momento de dictarse el acto administrativo) es la Dirección General de la Renta de Aduanas hoy Dirección General de Aduanas, por lo que se vuelve necesario analizar el aspecto relativo a la competencia de dicha entidad para tal actuación, ya que en el análisis del presente caso se debe tener como base el contenido del Principio de Legalidad, pilar fundamental del Estado de Derecho.

En virtud de este principio, los funcionarios públicos deben actuar con estricto apego al ordenamiento jurídico y sólo pueden ejercer aquellas potestades que dicho ordenamiento les confiere, por los cauces y en la medida que el mismo establece (artículo 86 inciso 3° de la Constitución de la República).

La Dirección General de la Renta de Aduanas hoy Dirección General de Aduanas, emitió el instructivo número 2-2002 (vigente al momento de dictarse el acto administrativo), "Precios o Valores Mínimos en la Importación de Mercancías Nuevas y Usadas" de fecha once de septiembre de dos mil dos, cuya vigencia inició el diecisiete de octubre de ese año. El mismo se emitió, con el objeto de establecer los criterios técnicos y la metodología para la utilización de precios o valores mínimos en la importación de mercancías. En tal sentido, desarrolla las bases, criterios y fuentes de datos que serán aplicables para los diferentes rubros de mercancías sujetas a ese tipo de tratamiento.

El Principio de Legalidad constituye una garantía esencial en el derecho constitucional tributario en cuya virtud se requiere que todo tributo sea sancionado por una ley material y formal, entendida ésta como la disposición que emana del órgano constitucional que tiene la potestad legislativa conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución de la República.

El Principio de Legalidad Tributaria surge como un caso especial de la autoformación en general, manifestado como Reserva de Ley, para la protección de la propiedad y la libertad.

La Constitución establece la normativa de la Reserva de Ley Tributaria, en el Título VI Órganos del Gobierno, Atribuciones y Competencias. Capítulo I Órgano Legislativo. Sección Primera. Asamblea Legislativa.

"Art. 131. Corresponde a la Asamblea Legislativa: (...) 6° Decretar, impuestos, tasas y demás contribuciones sobre toda clase de bienes, servicios e ingresos en relación equitativa".

En el Título VII Régimen Administrativo, Capítulo II, Hacienda Pública, artículo 231 "No pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público".

Los dos preceptos constitucionales transcritos que establecen la Reserva de Ley Tributaria, concretan: 1) que no pueden imponerse tributos sino en virtud de una ley; 2) que los tributos pueden recaer sobre toda clase de bienes, servicios e ingresos; 3) que deben establecerse en relación equitativa; y 4) que sean para el servicio público.

La finalidad que persigue el principio de la Reserva de Ley es la de proteger al administrado de inmersiones en su esfera patrimonial no expresamente autorizados por un ente legítimo. Y se entiende referida a los criterios o principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria: la creación ex novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo, que pertenecen siempre al plano o nivel de la ley y no puede dejarse nunca a la legislación delegada y menos todavía a la potestad reglamentaria.

De lo anterior resulta claramente que la reserva de ley tributaria, se extiende a que la ley debe determinar los elementos esenciales de la relación tributaria entre los cuales está, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la base imponible, el monto del gravamen y las exenciones, ya que dichos elementos fijan el contenido del tributo. Es necesario que la propia ley determine los procedimientos de la gestión de recaudación, los criterios directivos y fije los límites cuantitativos dentro de los cuales pueden desarrollar las facultades normativas que ésta autorizado a ejercer, para evitar cualquier forma de discrecionalidad en las actuaciones.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA

La aplicación de precios o valores mínimos es una reserva de ley contenida en el párrafo 2, anexo III del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, mediante la cual cualquier país puede solicitar a la Organización Mundial de Comercio (OMC) autorización para establecer la base sobre la cual deben ser calculados los derechos e impuestos a la importación de las mercancías sujetas a valores mínimos.

El Instructivo 2-2002 (vigente al momento de dictarse el acto administrativo), "Precios o Valores Mínimos en la Importación de Mercancías Nuevas y Usadas", en su numeral 5.2

Artículos de Prendería (Usados) (639, ex 310.10 y ex 6310.90), consignaba textualmente: "Este rubro comprende los siguientes productos: a) Ropa Mixta Usada sin embalaje, sin clasificar y sucia (Credencial Clothing), importada a granel. Para este tipo de mercancías, el valor FOB mínimo a declarar será de \$0.45 por Kilogramo de peso bruto; b) Ropa Mixta usada, importada en cualquier tipo de embalaje, ordenada, limpia y clasificada o no. El valor FOB mínimo a declarar se ha establecido en \$1.57 por Kilogramo de peso bruto. (...) d) Retazos y tiras de tela (desperdicios o artículos inservibles) no clasificados. Para estos productos, el valor mínimo a declarar será de \$0.19 por Kilogramo de peso bruto; y e) Calzado Usado. Este será valorado sobre la base de \$3.00 (FOB) el par, para cualquier tipo de calzado".

Tal regulación, establece el valor o precio mínimo para efectos de importación de mercancías; dichos valores son parte integrante de la base imponible para liquidar los derechos e impuestos, por lo que se infiere que recae en uno de los elementos esenciales del tributo.

El citado artículo 131 ordinal sexto de la Constitución que recoge el Principio de Legalidad Tributaria, exige que el ejercicio de ese poder sea consecuencia directa de una ley formal, que determine específicamente los elementos esenciales del tributo ya mencionados.

De ahí que es en la Ley donde debe determinarse la naturaleza jurídica del tributo, indicarse la diversidad de sujetos y sus obligaciones, el objeto del tributo, las tarifas, el régimen de infracciones y sanciones, las exenciones; de manera tal que deben quedar claros los límites al poder tributario en cuanto a su campo de actuación.

Con base en los anteriores fundamentos, la Dirección General de la Renta de Aduanas hoy Dirección General de Aduanas dependencia del Ministerio de Hacienda, no es competente para establecer la base sobre la cual debieron ser calculados los derechos e impuestos a la importación de las mercancías sujetas a valores mínimos. En tal sentido, es ilegal la resolución impugnada por estar fundada en el numeral 5.2 del Instructivo 2-2002 (vigente al momento de dictarse el acto administrativo) que constituyen disposiciones de carácter general, que adolecen de ilegalidad por haber sido dictadas en contravención con el Principio de Legalidad Tributaria.

Una vez que se ha concluido en los considerando anteriores que el acto impugnado adolece de los vicios expuestos y que, por lo tanto, esta sentencia debe declarar su ilegalidad, corresponde ahora examinar si en el caso que se analiza, de acuerdo con las particulares circunstancias que lo acompañan, han de dictarse medidas para restablecer el

derecho violado según lo ordena el inciso 2° del artículo 32 de la Ley de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

De acuerdo con esta disposición, 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. Se instituye de esta manera en el contencioso administrativo un mecanismo para que la Sala pueda restablecer plenamente los derechos del demandante que hubieran sido violados por el acto impugnado.

Sobre este tema debe añadirse que las medidas que se adopten han de perseguir que el restablecimiento de todas las condiciones que en la esfera jurídica del demandante hubieran sido alteradas por el acto impugnado sea in natura, es decir, devolviendo las cosas al exacto estado en el que originalmente se encontraban.

Corresponde ahora trasladar al caso que se analiza el significado y modo de operar de las medidas para el restablecimiento del derecho violado.

Según queda establecido en el preámbulo de esta sentencia, en el presente caso se impugna la determinación de una infracción tributaria y la condena al pago de complementos en concepto de Derechos Arancelarios a la Importación y al Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. Consta en este proceso a folios 35 que mediante recibo de pago N° 02488621 de fecha doce de mayo de dos mil cuatro, la Sociedad demandante, canceló las cantidades de quinientos cinco dólares sesenta y ocho centavos de dólar de los Estados Unidos de América equivalentes a cuatro mil cuatrocientos veinticuatro colones con setenta centavos de colón en concepto de Derechos Arancelarios a la Importación; en concepto de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios la cantidad de trescientos treinta y un dólares con treinta y un centavos de dólar de los Estados Unidos de América equivalente a dos mil ochocientos noventa y ocho colones con noventa y seis centavos de colón. Dichas cantidades constituyen la diferencia pecuniaria que existe entre lo declarado por el actor en la Declaración de Mercancías 4-1934 Referencia N° 0196015 de fecha quince de enero de dos mil cuatro y la Hoja de Discrepancia N° 13018 de fecha veintisiete de enero de dos mil cuatro, establecido además en la Hoja de liquidación correcta agregada a folio 7. De lo que se advierte que se ha alterado la situación material que tenía la sociedad demandante hasta antes de la emisión del acto, en consecuencia procede la devolución de las cantidades mencionadas, como medida concreta para el restablecimiento de los derechos violados.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 81-I-2004 de fecha 24/4/2009)

IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

DETERMINACIÓN DEL HECHO GENERADOR BASADA EN LA RELACIÓN ECONÓMICA REAL PARA CONFIGURAR ADECUADAMENTE LA EFECTIVA INTENCIÓN ECONÓMICA

"De las argumentaciones que anteceden se colige que el asunto a dirimir consiste en establecer si las sumas percibidas por la contribuyente -según acuerdos pactados con sus clientes- sobre el producto de las transacciones de arrendamiento con promesa de venta o compraventa de lotes, causan o no el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios.

La Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, establece en el art. 1, que dicho impuesto se aplicará a la transferencia, importación, internación, exportación y al consumo de los bienes muebles corporales; prestación, importación, internación, exportación y el autoconsumo de servicios, de acuerdo con las normas que se establecen en la misma.

En lo que a prestación de servicios se refiere, el art. 16 de la precitada normativa señala, que constituye hecho generador del impuesto "las prestaciones de servicios provenientes de actos, convenciones o contratos en que una parte se obliga a prestarlos y la otra se obliga a pagar como contraprestación una renta, honorario, comisión, prima, regalía o cualquier forma de remuneración"....

Mientras que el art. 17 del mismo texto dispone que, para los efectos del impuesto, son prestaciones de servicios todas aquellas operaciones onerosas que no consistan en la transferencia de dominio de bienes muebles corporales. Entre ellas, las que detalla dicha disposición.

Este Tribunal advierte que dentro del giro o actividad económica que desarrolla la sociedad demandante se encuentra la de realizar actos de intermediación en la venta, asesoramiento en la planificación, en el desarrollo de proyectos de lotificación de

inmuebles, celebrar toda clase de contratos o actos, y suscribir los instrumentos y documentos necesarios para llevar a cabo su finalidad.

Para que los terrenos se encuentren en óptimas condiciones para ser vendidos "por lotes", la sociedad ejecutora del proyecto desarrolló la parte técnica y la obtención de todos los permisos, licencias, y autorizaciones gubernamentales requeridas para el tipo de lotificación; hizo los trabajos de topografía, terracería y terminación de los lotes y amojonamientos, elaboró las descripciones técnicas de cada uno de los lotes, las obras necesarias para la calificación del proyecto exigidas por la autoridad competente; la comercialización de los lotes, la administración total del proyecto, que incluye cobranza, contabilidad y todos los gastos necesarios para llevar a cabo los trabajos [...].

Los actos antes relacionados no son más que la concreción del giro o actividad propia, a cuyo cambio obtuvo una contraprestación o comisión económica de parte de los propietarios de los inmuebles a lotificar, en los términos fijados en los respectivos acuerdos o contratos suscritos con aquellos. Es decir, que aún cuando los propietarios de los lotes asuman que están compartiendo un porcentaje de sus ingresos por la venta de lotes con la sociedad contribuyente, lo que sucede en la realidad es que éstos -los dueños de los terrenos- están cancelando la prestación de un servicio mercantil por parte de un comerciante, sin importar la forma jurídica adoptada, y que el "aporte" efectuado por la sociedad contribuyente en realidad constituye el giro habitual de sus negocios señalados.

Partiendo de la base que servicio es "la acción o prestación que una persona realiza a favor de otra y por la cual percibe un interés, prima o comisión o cualquier forma de remuneración", resulta indiscutible que las actividades realizadas por la contribuyente y por las cuales percibió sumas de dinero, constituyen una prestación de servicios.

Tales actos se enmarcan dentro de los supuestos señalados en los arts. 1, 16 y 17 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios.

La ejecución de una serie de actividades de parte de la contribuyente, encaminadas a poner los terrenos objeto de lotificación en condiciones para ser vendidos por parte de sus dueños en "lotes", constituye una típica prestación de servicios, según dispone el art. 1 de la precitada Ley.

Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el art. 16 de dicho texto, ya que la realización de toda esa serie de actos generó una contraprestación económica por parte de los propietarios de los inmuebles, a favor de la contribuyente.

En otros términos, se ha demostrado la onerosidad por la prestación de servicios, los cuales son propios del giro o actividad de la contribuyente que los ha prestado. Dicha onerosidad no deriva de una transferencia de bienes muebles corporales, por tanto constituye una prestación de servicios. En consecuencia, por tal hecho generador, debe gravarse con el Impuesto al Valor Agregado los ingresos percibidos por la contribuyente, independientemente del nombre o denominación que las partes le hayan otorgado al contrato.

Habiéndose constatado de los alegatos expuestos por las partes, que quien otorga en definitiva la transferencia de dominio de los bienes inmuebles "lotes" a favor de los adquirentes -ya sea por medio de contratos de arrendamiento con promesa de venta o compraventa- objeto de las operaciones realizadas, es el propietario original de los mismos, denota claramente que no existe el aporte o transferencia de dominio de parte de los dueños de los bienes raíces a favor del participante. Lo anterior demuestra, que lo que ocurre realmente es una liquidación en los porcentajes pactados en los referidos contratos de "participación", y que en el caso de la contribuyente demandante se convierten en los honorarios percibidos por la prestación de servicios a favor de los dueños de los terrenos.

En razón de lo anterior, resulta innecesario entrar a conocer respecto a la naturaleza del contrato de participación, ya que la misma es irrelevante por tratarse en el presente caso de la percepción de honorarios por la prestación de servicios.

De ninguna manera las autoridades demandadas han rechazado el contrato de participación que refleja la voluntad de las partes. No se ha quebrantado el principio de libertad ni de libertad de contratación, ya que el contrato tiene plena validez y eficacia entre las partes que lo han suscrito.

Violación al derecho de asociación

El artículo 7 de la Constitución establece que: "Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito."

El derecho de asociación implica en primer término, la libertad para los administrados de crear asociaciones. En segundo lugar, implica, para las asociaciones, una vez creadas, realizar actividades y de acrecentar sus recursos. Finalmente, los miembros de la asociación tienen la libertad de combatir las decisiones internas de la agrupación.

De acuerdo con la sociedad demandante, los actos administrativos impugnados constituyen un obstáculo ilegítimo al derecho de asociación, ya que al desconocerse el contrato de participación e imponer una figura de prestación de servicios vulneran tal derecho.

Esta Sala reconoció antes la eficacia de los contratos de participación celebrados entre [la demandante] y los propietarios de los inmuebles a notificar.

Las autoridades demandadas no le han obstaculizado a la demandante en ningún momento el derecho de asociarse con quien considere conveniente.

Violación al principio de proporcionalidad

El artículo 3 literal e) del Código Tributario determina que: "En cumplimiento al principio de proporcionalidad, los actos administrativos deben ser cualitativamente aptos para alcanzar los fines previstos, debiendo escogerse para tal fin entre las alternativas posibles las menos gravosas para los administrados, y en todo caso, la afectación de los intereses de éstos debe guardar una relación razonable con la importancia del interés colectivo que se trata de salvaguardar."

La parte actora manifiesta que los Órganos demandados, al considerar que lo que [la actora] realiza es un contrato de prestación de servicios, lesionan el principio de proporcionalidad, pues pretenden cobrar un impuesto no debido.

La emisión de los actos administrativos impugnados ha sido cualitativamente apta para alcanzar el fin de determinar la correcta aplicación de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios.

Violación al derecho a una decisión fundada

[La actora] señala que las resoluciones controvertidas carecen de fundamentación, ya que no explican la razón por la cual no toman en consideración la prueba vertida.

No obstante, tanto en sede administrativa como en este Tribunal se valoraron todos los razonamientos y pruebas aportadas por parte de la demandante. [...].

Los actos administrativos impugnados están fundamentados en la Constitución y en la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, por lo que de ninguna manera se quebranta el derecho a una decisión fundada.

Con base en lo antes expuesto y por haber sido desestimados todos y cada uno de los argumentos en que la parte actora pretendía hacer recaer la ilegalidad de los actos reclamados, este Tribunal concluye que los mismos son legales."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 114-2005 de fecha 17/09/2009)

INSCRIPCIÓN DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL EMBARGO EN BIENES PROPIOS DE UN CONCEJO MUNICIPAL

IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE EMBARGO SOBRE BIENES DEL MUNICIPIO

"CONCEPTOS PRELIMINARES BÁSICOS.

Antes de entrar a conocer sobre el fondo de la pretensión del actor, es de suma importancia aclarar la confusión que se ha generado en cuanto a los términos de Alcaldía, Concejo Municipal, Alcalde y Municipio; para ello a continuación se analizará que se entiende por cada uno de ellos:

La Constitución de la República establece en el artículo 202, que para el Gobierno Local, los departamentos se dividen en *Municipios*, que estarán regidos por *Concejos*, formados de un Alcalde, un Síndico y dos o más regidores.

Ha de establecerse entonces el distinguo entre Alcaldía, Municipio, Concejo Municipal y Alcalde.

En lo que respecta a la Alcaldía, ésta solo designa la residencia o lugar principal de las oficinas administrativas del *Municipio*.

Por su parte, el Municipio es la circunscripción territorial que goza de autonomía económica, técnica y administrativa. Constituye una forma de descentralización por región o territorio, es decir, el establecimiento de una organización administrativa destinada a manejar los intereses colectivos que corresponden a la población radicada en un determinado espacio territorial.

El Municipio es entonces una persona jurídica, que se constituye como unidad política administrativa primaria dentro de la organización estatal.

En la organización de la Administración, las entidades materialmente despliegan su accionar a través de las personas físicas que las integran. La persona jurídica tiene un haz de funciones o tareas que son gestionadas por y bajo la responsabilidad de una persona física o colegio de personas que ostentan la dirección y jefatura de la unidad.

En este sentido, el Código Municipal establece en el artículo 2 inciso segundo, que la representación del Municipio la ejercerán los órganos determinados por la Ley; en el Capítulo II bajo el acápite "De la Organización y Gobierno de los Municipios", se establece que el Gobierno Municipal estará ejercido por un Concejo, que tiene carácter deliberante y normativo, y lo integraran un Alcalde, un Síndico y los Regidores o Concejales. El Concejo es la autoridad máxima del Municipio, y será presidido por el Alcalde.

El artículo 47 establece que el Alcalde representa legal y administrativamente al Municipio; y el artículo 48 establece entre sus atribuciones, presidir las sesiones del Concejo, y representarlo legalmente.

El gobierno del Municipio está a cargo entonces del Concejo Municipal, órgano supremo colegiado.

El Alcalde Municipal, es el órgano persona que preside el Concejo Municipal, y ejerce además la representación legal del Municipio y del Concejo.

SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

En reiteradas resoluciones, este Tribunal ha sostenido que en virtud de la aplicación del Principio de Legalidad la Administración Pública, sólo puede actuar cuando la Ley la faculte, ya que toda acción administrativa se nos presenta como un poder atribuido previamente por la Ley, y por ella delimitado y construido. Lo anterior implica, que la Administración Pública únicamente puede ejercer y dictar actos basados en atribuciones previamente conferidas por la ley, y de esta manera instaurar el nexo ineludible acto-facultad-ley.

De lo antes expuesto este Tribunal concluye que el Principio de Legalidad se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional. Es así que el artículo 86 inciso final de la Constitución de la República señala que: "los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo, y no tienen más facultades que las que expresamente les da la Ley". El reconocimiento de este principio implica, que la Administración Pública en el País

puede ejecutar sólo aquellos actos que el bloque jurídico le permite, y en la forma que en el mismo se regule; es decir, sólo pueden dictarse actos con el respaldo de una previa potestad.

FUNCIÓN CALIFICADORA DEL REGISTRO.

Entre los principios que rigen la función registral se encuentra el Principio de Legalidad anteriormente analizado en la presente sentencia, conforme al cual el Registrador solo podrá inscribir los instrumentos que reúnan los requisitos establecidos por la ley, para lo cual debe realizar una *función calificadora*, que consiste en el estudio y examen de los instrumentos presentados para inscripción.

Es la propia normativa la que determina los límites de esta función calificadora en relación a los documentos que se solicita su inscripción. Específicamente, el artículo 692 del Código Civil establece que los registradores calificarán bajo su responsabilidad tanto la legalidad de las formas extrínsecas del documento presentado, como la capacidad y personería del otorgante o de su representante, de acuerdo con lo que aparezca del documento. A su vez, el artículo 44 del Reglamento de Reestructuración del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, prescribe que sólo se inscribirán en el Registro los títulos que reúnan los requisitos de fondo y forma establecidos por la Ley.

Conforme a dicha disposición, corresponde al Registrador calificar las formalidades del instrumento -formas extrínsecas-, la capacidad de los otorgantes y la concordancia de los instrumentos con sus antecedentes registrales.

Manifiestan las autoridades demandadas que para verificar este último elemento, el funcionario registral calificó en el instrumento el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Principio de Especialidad contenido en el artículo 688 del Código Civil y encontró discrepancias en cuanto al requisito establecido en el numeral cuarto, que específicamente se refiere a la determinación del nombre de la persona sobre la que recae el embargo; dato sobre el cual no existía uniformidad.

Lo anterior, ha sido constatado por este Tribunal, ya que de la revisión de los expedientes administrativos, se encontró lo siguiente:

(1) Sentencia de la Cámara de la Tercera Sección del Centro, que condenaba al *Concejo Municipal de Zacatecoluca* a pagar una indemnización por daños y perjuicios a la

demandante (folios 45 al 67 del expediente administrativo correspondiente al Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de la Tercera Sección del Centro);

(2) Mandamiento de embargo, según el cual el Juez de lo Civil de Zacatecoluca ordenó se trabara formal embargo en bienes propios del Concejo Municipal de la referida localidad, fundando dicha acción en la ejecutoria extendida por la Cámara de la Tercera Sección del Centro, en la cual además se prevenía al Ejecutor de Embargos licenciado Manuel Antonio Araujo Serpas la obligación de cerciorarse que los bienes que se embargaran fueran propiedad del demandado (folio 37 del Expediente Administrativo referido);

(3) Acta del Ejecutor de Embargos licenciado Manuel Antonio Araujo Serpas, mediante la cual se diligenciaba el embargo en cuestión, la cual se dirigió contra "bienes propios de la corporación de derecho (sic) publico **ALCALDIA MUNICIPAL DE ZACATECOLUCA** representada por su (sic) **CONSEJO MUNICIPAL (...)**, en donde se le condena a pagar a favor de la señora **SANTOS ANDINO DE RODRÍGUEZ, (...)**" (folios 39 al 43 del expediente administrativo mencionado); y,

(4) Los respectivos antecedentes registrales inscritos a favor de la Alcaldía Municipal de Zacatecoluca y a la Municipalidad de Zacatecoluca (folios 51 al 54, 59 al 61, 63 al 65, y 67 al 69 del expediente administrativo correspondiente al Centro Nacional de Registros).

(5) Desde esta perspectiva, establecidos los límites de la función calificadora del Registro, se concluye que el Registrador Jefe de la Oficina del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de la Tercera Sección del Centro, denegó la inscripción de la anotación preventiva del mandamiento de embargo librado por el señor Juez de lo Civil de Zacatecoluca a favor de la señora [demandante], por el hecho de que el titular del derecho de dominio de los inmuebles sobre los cuales se trabó el mismo era la Alcaldía Municipal de Zacatecoluca y el Municipio de la referida localidad, y no el Concejo Municipal de dicha ciudad, el cual se relaciona en el mandamiento de embargo proveído por el mencionado Juez y que a su vez había sido la autoridad condenada al pago de la indemnización en controversia, por lo que el embargo en cuestión debía recaer exclusivamente sobre bienes que fueran propiedad del Concejo Municipal condenado.

Debe aclararse que si bien es cierto para esta Sala, la **Alcaldía** se considera únicamente como el asiento territorial del **Municipio**, tal conceptualización no afecta a la interpretación realizada por las autoridades demandadas, ya que de conformidad con el artículo 43 del Reglamento de la Ley de Reestructuración del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas en relación con el artículo 614 inciso tercero ordinal primero del Código de Procedimientos Civiles, era imposible que dichas autoridades inscribieran la anotación

preventiva del embargo librado por el Juzgado de lo Civil de Zacatecoluca, pues ésta no recaía sobre los bienes del Concejo Municipal de Zacatecoluca, que era el condenado a pagar la indemnización a la demandante.

En consecuencia, tanto al Registrador Jefe de la Oficina del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de la Tercera Sección del Centro y el Director Ejecutivo del Centro Nacional de Registros, al dictar respectivamente los actos impugnados por la demandante ciñeron sus actuaciones a los límites que la normativa aplicable les establecía, por lo cual no se les puede atribuir ilegalidad alguna, debiendo este Tribunal dictar un fallo declarando la legalidad de sus actuaciones."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 96-2005 de fecha 30/10/2009)

INSCRIPCIÓN DE EXPRESIONES O SEÑALES DE PUBLICIDAD

"De conformidad a la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos los conceptos que para efectos del presente caso servirán de referencia se entenderán por:

SIGNOS DISTINTIVOS: Cualquier signo que constituya una marca, una expresión o señal de publicidad comercial, un nombre comercial, un emblema o una denominación de origen.

MARCA: Cualquier signo o combinación de signos que permitan distinguir los bienes o servicios de una persona de los de otra, por considerarse éstos suficientemente distintos o susceptibles de identificar los bienes o servicios de los que se apliquen frente a los de su misma especie o clase.

EXPRESION O SEÑAL DE PUBLICIDAD COMERCIAL: Es toda leyenda, anuncio, lema, combinación de palabras, diseño, grabado o cualquier otro medio siempre que sea original y característico, que emplee con el fin de atraer la atención de los consumidores o usuarios sobre un determinado producto, mercancía, servicio , empresa o establecimiento, usado para identificar o distinguir a una empresa.

Para pretender la protección registral deben examinarse las funciones de originalidad, distintividad, irregistrabilidad.

Con el tiempo se han desarrollado las funciones de los signos distintivos, la cual expone que el carácter definitorio de los signos es su función distintiva y las otras funciones de identificación del origen de los bienes y servicios, función de garantía de calidad y otras son dependientes de la capacidad distintiva porque sin ésta no existiría el signo marcario.

La doctrina ha indicado que en un signo distintivo debe presentarse básicamente varias características pero las más principales son: a) Ser distintivo; b) No inducir a engaño.

La protección de un signo distintivo depende de si cumple la función distintiva y ésta se analiza desde el punto de vista de la esfera de la conceptualización de los signos: 1) Con respecto a otros signos cuando sean iguales o la semejanza sea confusa con relación a que afecte a derechos de terceros; 2) Con proporción a los productos, entre más alejado esté el signo con relación al producto que se ofrece, mayor será la distintividad. En relación a esta clasificación encontramos los signos de: -Fantasía que son los creados por el ingenio creativo y que no identifican las cualidades y características del producto, son independientes. -Arbitrarios los que están formados por palabras definidas (conceptos) que se utilizan para productos que no tienen relación con ellos. -Los sugestivos o evocativos que sugieren las cualidades o características de los productos y éstas pueden dar lugar a que haya un rechazo a su registro. -Las descriptivas el nombre con que el público distingue al producto y sus características, el que suministra una idea de los ingredientes, cualidades de los bienes o servicios. El aspecto descriptivo de un signo es lo que lo limita al registro, porque designa o describe la especie, cantidad, la calidad o el valor, u otros.

Según la clasificación de los signos anteriormente relacionadas encajamos a las expresiones o señal de publicidad a los signos sugestivos o evocativos por la finalidad de ellas de atraer la atención sobre algunos productos, servicios o empresas como bien lo define su concepto y éstas proyectan indirectamente la idea de los productos, sus características, sobre los cuales recae la atención de los consumidores y usuarios.

Describir es delinear, dibujar, una cosa, representar una cosa de modo que de cabal idea de ella (Diccionario de la Real Academia Española). Para examinar los elementos que obstaculizan el acceso al registro definiremos algunos de ellos:

Especie: es el conjunto de cosas semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes.

Calidad: Alusión a una propiedad conjunto de propiedades, que permita apreciarlo como igual, mejor o peor que el resto de las de su especie.

Cabe hacer un estudio de la expresión que se pretende registrar la cual es ***TODO EL SABOR Y SUSTANCIA DE LA COSTILLA***, se determina que se produciría un engaño en el usuario ya que indica que los productos a los que se aplica poseen ciertas cualidades de las que está desprovisto. También debe ser considerado conjuntamente con los bienes o servicios que se asocie y hay productos que son de naturaleza diferente a las cualidades que tiene la costilla, los cuales son legumbres, además es sacar ventaja comercial sobre los productores de este tipo de productos, esta frase es descriptiva del producto (COSTILLA), dicha expresión no solo protegerá un producto, sino que otros, informa a los consumidores o usuarios acerca de las características, ingredientes, calidad de los productos que ofrece.

Esta carece de toda originalidad, ya que emplea términos de uso común, si bien es cierto que es la frase completa y no elementos por separado, mas así no tiene ningún elemento original, es más los tiene comunes a otras expresiones que se utilizan en el mercado común y guarda una relación estrecha con la naturaleza del producto en su frase. Carece de Distintividad respecto de otros signos.

La Ley de Marcas y otros Signos Distintivos en su artículo 8 literales c y d) y el 53 literal a) ambos establecen las prohibiciones para el registro de los signos distintivos que no encajen en ellas.

Por lo que el acto pronunciado por el Director de Propiedad Intelectual del Centro Nacional de Registros es legal."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 99-2006 de fecha 01/10/2009)

INSCRIPCIÓN DE MARCA DE FÁBRICA Y COMERCIO

La sociedad demandante dirige su pretensión en contra de: a) el Registrador de la Propiedad Intelectual del Centro Nacional de Registros, por haber pronunciado la resolución en la que rechaza la oposición presentada a la inscripción de la marca de fábrica y comercio "SUAVIDERM", para amparar productos en la clase 3 del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial; y, b) el Director Registral de Propiedad Intelectual del Centro Nacional de Registros, por haber pronunciado la resolución que confirma la anterior.

Este Tribunal procederá a valorar, conforme a los argumentos presentados por las partes y las disposiciones legales invocadas, si los actos controvertidos adolecen de las ilegalidades señaladas por la parte actora, centradas -en cuanto al fondo del asunto- en una mala aplicación de las disposiciones del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, ya que la sociedad demandante considera que existe semejanza entre la marca "SUAVIDERM" y la marca "SUAVITEL". Consecuentemente, el núcleo de la problemática radica en establecer bajo que supuestos existe "semejanza" entre la marca que se pretende inscribir y la ya inscrita a favor de la demandante.

VIOLACIÓN AL ART. 10 LETRA P) DEL CONVENIO CENTROAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El artículo 10 letra p) de la norma en análisis preceptúa que: "No podrán usarse ni registrarse como marcas ni como elementos de las mismas, los distintivos que por su semejanza gráfica, fonética o ideológica, pueden inducir a error u originar confusión con otras marcas o con nombres comerciales, expresiones o señales de propaganda ya registrados o en trámites de registro, si se pretende emplearlos para distinguir productos, mercancías o servicios comprendidos en la misma clase".

Como se determinó con anterioridad, el núcleo de la problemática radica en establecer, bajo qué supuestos existe "semejanza" entre la marca que se pretende inscribir, y la ya inscrita a favor de la sociedad demandante.

Siendo precisamente que los actos impugnados ante este Tribunal son las resoluciones pronunciadas por el Registrador de la Propiedad Intelectual y el Director Registral de Propiedad Intelectual, ambos del Centro Nacional de Registros, mediante las cuales, se rechaza la oposición presentada por la parte actora a la inscripción de la marca "SUAVIDERM", es pertinente establecer la facultad de este Tribunal para revisar tal actuación.

CONCEPTOS JURÍDICOS DETERMINADOS E INDETERMINADOS

Esta Sala considera que debe distinguirse de las potestades discrecionales, el supuesto de la aplicación de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados". La doctrina expresa que por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser: determinados o indeterminados.

Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren, de una manera precisa e inequívoca. La norma no reconoce -ni a la Administración ni al Juez -un margen de libertad de decisión en la aplicación del Derecho, condicionando la resolución a determinados criterios de actuación.

En cambio, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que se intenta delimitar un supuesto concreto.

La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución. A diferencia de la potestad discrecional, en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados sólo una única solución será la justa, con exclusión de toda otra.

Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar sin esfuerzo alguno tal aplicación, valorando si la situación a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite.

Aplicando las anteriores premisas al caso de autos y tomando en consideración lo señalado en el artículo 10 letra p) del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, observamos que en el mismo, el legislador ha utilizado el concepto "semejantes", que se refiere a esferas de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en el artículo antes transcrito, situación que por su naturaleza no admite una determinación rigurosa, pero que, presentada en los casos concretos, debe ser analizada al margen de la discrecionalidad para establecer su concurrencia; es decir, encaja en la categoría de conceptos jurídicos indeterminados a que se ha hecho referencia.

En virtud de lo anterior y entendida a la marca como aquella que sirve para identificar y distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una

persona de otros idénticos o similares, a fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie y seleccione sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio, la determinación de cuándo existe semejanza entre una y otra, admite una única solución justa, para cuya determinación la ley otorga una potestad a la Administración, que es judicialmente revisable.

El ejercicio de tal potestad supone para la Administración una labor cognoscitiva e interpretativa de la ley en su aplicación al caso concreto, a fin de determinar si el último reducto del concepto "semejanza" tiene aplicación en el supuesto que se le presenta.

DOCTRINA SOBRE LA APRECIACIÓN DE LA SEMEJANZA

La doctrina sobre la apreciación de la semejanza nos dota de principios o reglas para su apreciación. La semejanza hay que apreciarla considerando la marca en su conjunto; la imitación debe apreciarse por imposición, es decir viendo alternativamente las marcas y no comparándolas una al lado de la otra, y debe además apreciarse suponiendo que la confusión puede sufrirla una persona medianamente inteligente, o sea el comprador medio, y que preste la atención común y ordinaria.

Acorde a estas reglas, de particular importancia en su aplicación en el caso que se analiza, se afirma que para calificar la semejanza debe tenerse en cuenta que es la marca como un todo la que se imprime en la mente del consumidor; y para decidir si dos marcas pueden ser confundidas, es preciso juzgar ante todo la impresión de conjunto que los distintivos comerciales dejan después de una revisión superficial.

Es así que en términos generales la marca debe apreciarse sin particularizar en las diferencias que pudieran ofrecer sus distintivos, aspectos o detalles considerados de manera aislada o separada, sino atendiendo a la semejanza que resulte de su examen global, para determinar los elementos primordiales que le dan su propio carácter distintivo.

A continuación, se procederá a realizar el análisis, conforme a los parámetros anteriores, a efecto de determinar si existe semejanza entre la marca que se pretende inscribir "SUAVIDERM" y la marca ya inscrita "SUAVITEL":

Con la finalidad de lograr determinar si dos distintivos comerciales son semejantes entre sí, el Convenio Centroamericano para la Protección Industrial establece como herramienta

un análisis tripartito: gráfico, fonético e ideológico. Con estos antecedentes y a efecto de controlar la legalidad de las resoluciones impugnadas, esta Sala realizará un examen pormenorizado de ambas marcas, bajo los parámetros establecidos por la Ley, y podrá, de esa forma fijar la existencia o no de la semejanza enunciada por la parte actora.

ANÁLISIS GRÁFICO

El doctrinario argentino Jorge Otamendi, en su obra Derecho de Marcas, asevera que: "la confusión visual o gráfica es la confusión causada por la identidad o similitud de los signos, sean éstos palabras, frases, dibujos, etiquetas o cualquier otro, por su simple observación (...) la confusión visual puede ser causada por semejanzas ortográficas o gráficas". (JORGE OTAMENDI, Derecho de Marcas, Editorial Abeledo Perrot, Tercera Edición, 1999, páginas 173-174).

La similitud visual ortográfica se presenta cuando coinciden las letras en los nombres comerciales en confrontación, influye la secuencia de vocales, la longitud y cantidad de sílabas, las radicales o terminaciones comunes.

Debe decirse que la apreciación de una marca como un todo significa que la persona que la aprecia debe imponerse de ella al verla junto a otras marcas, sin compararlas, y sin particularizar las diferencias que entre ellas existan, de manera que la impresión de conjunto que queda en su mente sea determinante para no confundirla con otra.

Para el caso, los nombres comerciales a cotejar son: a) SUAVIDERM y b) SUAVITEL.

Según se aprecia, ambas poseen una palabra, compuestas por tres sílabas, pero difieren en sus terminaciones, las terminaciones de los nombres en estudio son: "DERM", y "TEL", por lo que estos son elementos diferenciadores, ninguna de las dos terminaciones tienen según el Diccionario de la Real Academia Española, un significado propio.

Además al revisar detenidamente el primer nombre comercial longitudinalmente es más largo en consonantes que el segundo. Después del prefijo suavi, la primera tiene tres consonantes y el segundo dos y por lo tanto, gráficamente generan una impresión diferente en el consumidor, a pesar que comparten el término SUAVI, el cual hace alusión a la característica de los productos que cada una de las empresas ofrecen.

Siguiendo el anterior orden de ideas este Tribunal concluye, que no existe similitud visual entre ambos nombres comerciales, ya que difieren en secuencia de consonantes, y en sus terminaciones; ello a pesar que poseen una raíz común que indica la característica del productos a ofrecer, por lo que su impresión gráfica como un todo no puede provocar error en el consumidor medianamente inteligente.

ANÁLISIS FONÉTICO

La sociedad demandante establece que los elementos comunes entre ambas marcas pueden inducir a un error o confusión en el público consumidor y que además en los vocablos finales de ambas palabras aparece intercalada la letra "e" por lo tanto existe una similitud fonética entre las mismas.

La confusión fonética o auditiva se produce cuando la pronunciación de las palabras que conforman la marca o distintivo, en éste caso el nombre comercial, tienen una fonética similar.

Las marcas SUAVIDERM y SUAVITEL poseen como se determinó con anterioridad, una raíz común; sin embargo, las terminaciones DERM Y TEL tienen una impresión auditiva diferente.

Según lo expuesto por Emilio Alarcos Llorach, en su obra Gramática de la Lengua Española: "los rasgos distintivos que oponen entre sí los fonemas consonánticos del español configuran un sistema de cinco series y de cuatro órdenes de localización, a saber: serie oclusiva, serie sonora, serie fricativa, serie nasal y serie líquida; orden labial, orden dental, orden palatal y orden velar".

Al realizar una vocalización de ambas marcas, se puede determinar que su sonido es diferente, ya que la parte final de las mismas difiere en su sonido global así: "SUAVIDERM" y "SUAVITEL", por lo tanto tienen una pronunciación y vocalización diferente. Aunque fonéticamente sean coincidentes en las primeras dos sílabas y que en los vocablos finales se encuentre intercalada una "e", su especial pronunciación resalta el carácter diferenciador entre las mismas.

Si bien es cierto que la marca "SUAVIDERM" que se pretende inscribir evidentemente conforma las primeras cinco letras de la marca ya inscrita "SUAVITEL", sobre los parámetros de apreciación antes mencionados, esta Sala ha expresado que si dos

términos tienen una misma parte inicial o radical, habrá que determinar si ese elemento común es verdaderamente significativo, al grado de generar confusión.

Al respecto, se constata que tal semejanza no es determinante para la generación de confusión, ya que existen otros elementos -como se determinó con anterioridad -que resaltan la magnitud de la diferenciación, que hacen a las marcas diferentes.

En atención a lo anterior debe concluirse, que existe una diferencia fonética necesaria entre ambos nombres comerciales, para no generar confusión auditiva.

ANÁLISIS IDEOLÓGICO

La confusión de naturaleza ideológica o conceptual es la que deviene del parecido contenido conceptual de las marcas o distintivos, al respecto Jorge Otamendi señala lo siguiente: "Es la representación o evocación a una misma cosa, característica o idea que impide al consumidor distinguir una de otra" (JORGE OTAMENDI, Derecho de Marcas, Editorial Abeledo Perrot, Tercera Edición, 1999, página 182).

Por otra parte, en la doctrina se reconoce la tendencia generalizada de los particulares a incluir radicales o terminaciones en las marcas, nombres comerciales y otros distintivos, como en este caso el radical SUAVI: la cual evoca al calificativo suave, suavidad. La razón es porque son radicales evocativos, pero su uso es tan generalizado, que hacen de dichas partículas elementos de utilización muy frecuente. Debido a que dichas partículas son de uso común, se ha llegado a la conclusión que no se debe permitir su empleo de forma monopolizada, en vista que no puede constituirse sobre ellas privilegio alguno a favor de una sola persona.

Si bien es cierto los productos que amparan tanto la empresa demandante como la tercera beneficiaria en el presente caso pertenecen a la clase 3 internacional, es evidente que ambas marcas amparan productos totalmente diferentes, la marca a inscribir SUAVIDERM, ampara productos destinados única y exclusivamente al cuidado y aseo a la piel humana, como jabones, talcos, cremas, belleza e higiene, y la marca ya inscrita SUAVITEL, ampara productos exclusivamente para suavizar la ropa, detergentes líquidos y en polvo.

Es importante hacer notar que ambos productos evocan al efecto producido por el uso vinculado a las marcas, una para suavizar la piel y el otro para suavizar todo lo relacionado

a telas, por lo que no puede existir riesgo a la hora de asociar los productos. Ambos productos están orientados a diferentes necesidades que tienen los consumidores.

De todo lo relacionado se concluye que en el caso de estudio se efectuó una correcta particularización del término "semejanza", quedando demostrado que entre las marcas "SUAVIDERM" y "SUAVITEL" no existe semejanza tal que pueda inducir en error al público consumidor medio.

Por lo que, respecto de este punto, se afirma que no existen las ilegalidades señaladas por la sociedad demandante, en consecuencia, no se ha violentado el artículo 10 letra p) del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, ya que no se cumplen los presupuestos básicos regulados por dicha disposición.

COMPETENCIA DESLEAL

Por otro lado, alude la parte demandante, que es propietaria de una marca notoria ya inscrita, y, por lo tanto, no puede inscribirse ninguna otra marca similar a la de ellos. Que al inscribirse la marca "SUAVIDERM", se permitiría a la sociedad a la sociedad solicitante aprovecharse de las ventajas que otorga la marca "SUAVITEL", produciéndose una competencia desleal.

El artículo 65 del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial establece que: "Sin perjuicio de lo prescrito en las leyes penales de los Estados Contratantes, para los efectos de este Convenio se entiende por competencia desleal todo acto o hecho engañoso que como los que contempla el artículo 66, se realice con la intención de aprovecharse indebidamente de las ventajas que otorgan las marcas, nombres comerciales y las expresiones o señales de propaganda en perjuicio del titular de las mismas o del público consumidor":

En el mismo sentido, el artículo 66 del mismo Convenio regula que "Para los fines del presente Convenio, constituirá competencia desleal la realización por cualquier persona de actos como los siguientes: a) Los que tengan por objeto dar a entender, directa o indirectamente, que los productos, mercancías o servicios que elabora o presta o con los cuales comercia un empresario, pertenecen o corresponden o son los que presta otro comerciante, industrial o prestatario de servicios, o bien sea que el engaño resulte del uso indebido o de la simulación, sustitución o alteración de marcas, nombres comerciales,

expresiones o señales de propaganda que se encuentren protegidos por este instrumento, o de la imitación de etiquetas, envases, recipientes u otros medios usuales de identificación o diferenciación en la industria y el comercio; b) La utilización en las marcas, etiquetas, envases, recipientes o envolturas de falsas descripciones de los productos, mercancías o servicios mediante el uso de palabras, signos u otros medios que tiendan a engañar al público con respecto a su naturaleza, calidad, utilidad, método de fabricación, características o valor; c) La utilización en las marcas, etiquetas, envases, recipientes o envolturas, de signos que hagan suponer la existencia de galardones, premios, diplomas o medallas otorgadas o concedidas a los productos, mercancías o servicios, siendo falso el hecho sugerido; d) La reproducción, aún parcial de los elementos gráficos o fonéticos de una marca ajena, sin la autorización de su propietario; (...)"

Según consta en autos, la sociedad solicitante lo que ha pretendido inscribir es una marca a su favor con todas las formalidades que la Ley de la materia establece, siguiendo el procedimiento correspondiente para la inscripción de la misma.

En este sentido, este Tribunal advierte que lo que ha dado origen al presente proceso es la negación de la oposición presentada en sede administrativa por la sociedad demandante a la inscripción de la marca "SUAVIDERM", para constatar si dicha negación es legal o no.

Habiéndose determinado con anterioridad, después de un análisis gráfico, fonético e ideológico de las marcas en discrepancia, que no existe semejanza alguna entre las mismas, que pueda inducir a error al público consumidor, enfatizando que se tratan de productos totalmente diferentes y no van orientados al mismo mercado, y además satisfacen necesidades distintas, este Tribunal considera que no existe la competencia desleal aducida como elemento de ilegalidad de las resoluciones emitidas por las autoridades demandadas, ya que dicha conducta no encaja en los artículos señalados con anterioridad.

La sociedad demandante expresa que las autoridades demandadas han omitido su obligación de motivar sus decisiones, ya que las mismas no contienen una estructura lógica de razonamientos que lleven a concluir la falta de semejanza entre ambas marcas.

MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En reiteradas ocasiones este Tribunal ha sostenido que la motivación se constituye como uno de los elementos esenciales del acto administrativo, ya que por medio de ésta el administrado conoce las circunstancias fácticas y jurídicas que inciden en la emisión del acto, y cuya correcta articulación soporta la legalidad del mismo.

Para cumplir con dicho requisito, la doctrina es unánime en determinar que la motivación consiste en la explicación de las razones que indujeron a la Administración a la emisión del o los actos controvertidos. Además, le otorga como principales finalidades: (a) desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; y, (b) desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado que podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que este se funda.

Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del criterio de decisión que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido.

En consecuencia, las resoluciones administrativas principalmente aquellas desfavorables a los intereses de los administrados deben ser claras, precisas y coherentes respecto del objeto del acto o las pretensiones del administrado en su petición, de forma que conozca el motivo de la decisión y, en su caso, pueda impugnar dicha resolución ante las instancias correspondientes; se debe enfatizar que la falta de motivación o la motivación defectuosa incide perjudicialmente en la esfera jurídica del administrado.

En el caso de mérito, este Tribunal ha tenido a la vista las resoluciones impugnadas por las sociedad actora, en las que, se puede observar que las autoridades demandadas han expuesto las razones por las cuales han denegado la oposición a la inscripción de la marca "SUAVIDERM", estableciendo los parámetros para determinar que entre dicha marca y la marca "SUAVITEL" existen las diferencias antes apuntadas.

Si uno de los presupuestos básicos para determinar si existió falta de motivación en las resoluciones dictadas en sede administrativa es generar una grave trasgresión a los derechos de contradicción y defensa del interesado, éste no ha sido concretizado en el presente caso, ya que, la sociedad demandante ha tenido la oportunidad de interponer el recurso pertinente en sede administrativa, y, posteriormente, ha seguido el procedimiento correspondiente ante esta instancia judicial. Por consiguiente, se determina que no ha existido violación a la motivación como elemento objetivo de los actos administrativos impugnados.

Sobre la violación al derecho a la propiedad, este Tribunal advierte que no existe violación a tal derecho, debido a que el derecho de propiedad se entiende como la facultad que tiene una persona para disponer libremente de sus bienes, en el uso, goce y disfrute de ellas, sin ninguna limitación que no sea generada o devenida por la ley o la Constitución.

Por lo que al haber emitido el acto de rechazo de la oposición presentada por la sociedad demandante, no le quita el dominio sobre la marca SUAVITEL, por lo tanto puede disponer de ella.

Finalmente, quedando desvirtuados los argumentos sostenidos por la sociedad demandante, este Tribunal determina que no existen las ilegalidades invocadas respecto a los actos administrativos controvertidos en el presente proceso, en consecuencia, procede la declaratoria de legalidad de los mismos.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 143-2006 de fecha 20/07/2009)

INSCRIPCIÓN DE MARCAS DESCRIPTIVAS

CLASIFICACIÓN DE LAS MARCAS.

Determinado lo anterior, se analizara si la marca GRANDE no es registrable por estar contemplada dentro de las prohibiciones establecidas en el artículo 8 literal d) de la Ley antes mencionada.

Para establecer dicha situación, es necesario revisar la disposición legal relativa al caso en discusión. El artículo 8 de la norma en análisis preceptúa que: *"No podrá ser registrado ni usado como marca o como elemento de ella, un signo que esté comprendido en alguno de los casos siguientes: (...) d) Que consista exclusivamente en un signo o una indicación que pueda servir en el comercio para calificar o describir alguna característica del producto o del servicio de que se trate; e) (...)".*

Atendiendo a tal premisa es pertinente establecer la naturaleza de la marca en cuestión. Se entiende que las marcas sirven para identificar y distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de otros, idénticos o similares, a

fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie y seleccione sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio.

Para Jorge Otamendi la "marca es el signo que distingue un producto de otro o un servicio de otro" (Derecho de Marcas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, pág. 7).

Según la Real Academia de la Lengua Española, marca es el distintivo o señal que el fabricante pone a los productos de su industria, y cuyo uso le pertenece exclusivamente. Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos establece que, las marcas podrán consistir entre otros, en palabras o conjuntos de palabras, incluidos los nombres de personas, letras, números, monogramas, figuras, retratos, etiquetas, etc.

Clasificación:

Las marcas son susceptibles de clasificación —y así lo entiende la doctrina—, de acuerdo a determinados parámetros y características. Para el caso de autos, resulta necesario tener en cuenta que las marcas, según su capacidad de protección legal, pueden dividirse en:

i) Marcas fuertes: entendidas como aquellas marcas que cuanto mayor sea la capacidad distintiva y diferenciadora, mayor será su fortaleza, es decir, cuanto mayor sea el grado de fantasía de la marca mayor será su grado de exclusividad. Situación que favorecerá a su respectiva inscripción y por ende a su protección legal.

Para diferenciar productos o servicios y ejercer la función distintiva de éstos, la marca tiene que concretarse en algo material apreciable por los sentidos. La perceptibilidad nace de la concepción y del objeto de la marca como es el de diferenciar, distinguir y ser distintivo. La concepción imaginativa del signo tiene que ser traducida en algo perceptible ya sea por palabras, gráficos, colores, etc., para que pueda ser apreciable por parte del consumidor.

Es de entender entonces que si la marca sirve a los empresarios para asignar a sus servicios y productos, éstas deben de poseer un distintivo que les permita diferenciarse en el mercado ante otros de la misma clase o que guarden identidad o similitud con los de sus competidores. El consumidor asocia una clase o categoría de bienes y productos con una marca determinada, produciéndose por la asociación directa entre la marca como signo externo de diferenciación, y los productos a que la marca va adherida.

Si una marca llega a confundirse con el nombre o las características del producto o servicio o con signos iguales de otro productor, tampoco cumpliría el objetivo que persigue el titular de la misma, cual es, que su producto tenga en el mercado una

individualización propia, de manera que al leer, ver o escuchar la marca pueda asociarla con el producto que desea adquirir el consumidor; e,

ii) Marcas débiles: A este tipo de categoría pertenecen las marcas muy evocativas y descriptivas, es decir, cuando la marca que se pretende inscribir tiene una indicación o evocación al producto o servicio que representa.

Respecto a éstas, su protección legal no es sencilla, ya que no se podrá evitar que los competidores registren o usen marcas similares. También se consideran marcas débiles las formadas por letras, números o siglas. Su consideración de débiles deviene en el sentido que si uno registra una determinada marca genérica, para una determinada clase, no se podrá oponer a que otros usen la "misma" marca nominativa para registrarla como marca de otros productos o servicios en otras clases, que no estén relacionadas con el primer registro. En cuanto a la misma clase, su protección se entiende a la totalidad o reproducción exacta. Por otro lado, y siguiendo la clasificación a que se encuentran sujetas las marcas, en especial las ya mencionadas marcas débiles, es necesario tomar en consideración a las marcas descriptivas, que como su nombre lo indica, son las que describen directamente al producto o servicio que identifican o a sus características y atributos.

Los signos descriptivos son los que de alguna manera "informan" a los consumidores o usuarios acerca de las características, ingredientes, calidad, funciones, tamaño, valor u otras propiedades del producto o servicio que la marca solicitada pretende proteger. En este sentido, no podemos obviar, que también existen marcas que tienen un alto componente de descripción, pero que aún conservan cierto grado de fantasía que les permite mantener su capacidad marcaria.

Se entiende que las razones de importancia para adoptar la posición de declarar nulas las marcas descriptivas, es porque la apropiación de éstas impediría a los competidores de quien así actúa, utilizar ciertos signos necesarios para comunicar al público las características de sus bienes y servicios, creando así un obstáculo a la competencia, una monopolización de términos comerciales y un beneficio para el titular de la marca.

De la marca "GRANDE".

En el caso de autos, la marca que se pretende proteger, perteneciente a la sociedad demandante es "GRANDE". El significado de dicha palabra, según la Real Academia de la Lengua Española es "que supera en tamaño, importancia, dotes, intensidad, etc., a lo común y regular".

En ese sentido GRANDE, puede interpretarse de dos formas, primero el tamaño que puede tener la botella o el envase que contiene el producto, entendiéndose éste como alto, voluminoso, corpulento, enorme, vasto, superior, inmenso; y segundo, puede relacionarse con el sabor del producto.

Entonces, si la marca GRANDE, sirve para amparar productos pertenecientes a la clase treinta y dos —en especial aguas, gaseosas— se entiende que, la marca mencionada, describe las cualidades del producto que ampara e informa a los consumidores o usuarios acerca de las características o calidad de los productos que ofrece.

Gran parte de la doctrina entiende como marcas descriptivas aquéllas que consisten en la definición del producto a que se aplican o que evocan la idea del mismo, sea porque el vocablo o locución guarda relación directa con la naturaleza del producto, con su composición física o química, con sus propiedades; bien porque el vocablo expresa el tipo, peso, medida, función o destino del producto.

Por lo que este Tribunal considera, que de otorgar la exclusividad de una palabra descriptiva para el caso la marca "GRANDE", produciría una ventaja competitiva ilegítima, ya que si bien son de libre utilización, el monopolio excluiría a los demás competidores de su uso. En ese orden de ideas debe de entenderse que la sociedad [demandante], no es la única que distribuye productos pertenecientes a la clase treinta y dos, sino que también existen otras empresas que lo hacen; y consecuentemente en base a la libre competencia que impera en nuestro ordenamiento jurídico, no se puede dotar de exclusividad absoluta a una marca que, por esencia es de carácter descriptiva. Agregado a ello, el hecho que la marca en mención no cuenta con elementos adicionales que permitan definirla como poco habitual o con un grado mayor de fantasía que facilite su monopolización, simplemente nos referimos a la marca "GRANDE".

Es importante recalcar el hecho de que no se puede solicitar exclusividad sobre un elemento evocativo o descriptivo de cualidades de un producto o de su fabricación, pues se ha entendido que tales elementos no son monopolizables y por lo tanto es deber de sus titulares incorporar dentro del conjunto términos u otros componentes que sirvan para diferenciarlo claramente de registros previos o futuros.

Al referirse a las marcas débiles, este Tribunal entiende que su protección se encuentra limitada, protegiéndose únicamente contra la imitación total de las mismas. La marca que se pretende registrar, "Grande", contiene un significado genérico, en el que se encuentra una descripción que ampara a los productos que ambas sociedades producen, distribuyen y venden.

Por otro lado, la Seguridad Jurídica, esencia del derecho marcario y el sentido de su registro, no se pierde, pues existe la posibilidad de inscribir una marca con grandes características de fantasía que le permitan tener un alto grado de exclusividad, ya que en la medida que los usuarios del registro inscriban una marca descriptiva, saben que son términos comunes sobre los cuales no se puede pretender el dominio total de los mismos, pues existen otros comerciantes que pueden pretender amparar sus productos con términos igualmente distintivos o descriptivos, lo cual no puede ser negado.

En cuanto a la violación del Derecho a la Propiedad, contemplado en el artículo 2 de la Constitución de la República, este Tribunal advierte que no existe violación al mismo, debido a que el Derecho de Propiedad se entiende como la facultad que tiene una persona para disponer libremente de sus bienes, en el uso, goce y disfrute de ellos, sin ninguna limitación que no sea generada o devenida por la Constitución o la Ley. Al respecto el artículo 5 inciso 1° de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos regula: "La propiedad de las marcas y el derecho a su uso exclusivo se adquiere mediante su registro de conformidad con esta Ley".

Por lo que debido a que la marca Grande aún no había sido inscrita, la sociedad demandante no tenía dominio sobre la misma, por lo tanto no puede haberse vulnerado su Derecho de Propiedad."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 291-2006 de fecha 16/12/2009)

Relaciones:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Ref. 292-2006 de fecha 19/10/2009

INTERÉS LEGÍTIMO EN LA OPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN DE MARCAS

ARTICULO 16 DE LA LEY DE MARCAS Y OTROS SIGNOS DISTINTIVOS.

Dentro de un procedimiento administrativo intervienen como parte interesada, el administrado quien ejerce su derecho subjetivo o interés legítimo, la Administración

Pública quien tramita y resuelve y en algunos casos un tercero quien puede intervenir al verse afectado con la decisión de la Administración. Del tercero se exige que alegue en el procedimiento un interés propio y que el interés invocado sea "legítimo", aunado a ello el encontrarse legitimado para realizar peticiones y ejercer derechos ante la Administración Pública, es decir, que tenga capacidad para ser parte y capacidad procesal.

Es así que en el artículo 16 de la Ley de Marcas prescribe lo siguiente: *"durante los dos meses siguientes a la fecha de la primera publicación en el Diario Oficial del aviso a que hace referencia el artículo anterior, cualquier persona que alegue interés legítimo podrá objetar la solicitud y oponerse al registro: a) Por considerar que el signo que se pretende inscribir se haya comprendido en las prohibiciones contempladas en los artículos 8 y 9 de la presente ley; (...) El opositor podrá comparecer por sí, con firma y sello de Abogado director, o por medio de mandatario que también deberá ser Abogado de la República".* (negrillas suplidas).

Obviamente, el fundamento de este requisito es la defensa de la buena fe y del resguardo de las actividades económicas legítimas y no especulativas. Hacerlo de otra manera sería abrir la puerta al registro y oposición indiscriminado y abusivo de marcas por personas titulares que no tienen ninguna relación con la clase y consecuencias de la misma. El momento en el cual debe evaluarse la existencia del interés legítimo, es en el de la presentación de la solicitud o de la oposición.

En general el Doctrinario Eduardo Grasso define el interés como *"la relación entre una necesidad y el bien para poder satisfacerla. Otra parte de la doctrina estima que el interés es una posición del sujeto hacia un bien de la vida, que puede o no estar protegido por el derecho. Para promover un proceso es necesario invocar la lesión de un interés protegido por el derecho, esto es, un agravio provocado por la conducta ilícita del otro, que perjudique el interés del actor"*. (Citado en Pérez Cornejo, L: "La Defensa Judicial de los Intereses Ambientales", Editorial Lex Nova S.A., Valladolid, 2003, página 29).

Jurídicamente, el interés es la pretensión fundada o que puede fundarse en derecho; en tal sentido se afirma que es la medida de las acciones en juicio.

El "interés legítimo" ha de ser entendido como un interés en sentido propio, cualificado o específico. De manera que tanto el derecho subjetivo y el interés legítimo son dos grados paralelos de protección que el ordenamiento jurídico otorga a los individuos frente al agravio que les puede causar el comportamiento ilegítimo de la Administración Pública.

Ahora bien se afirma que interés legítimo puede identificarse con cualquier ventaja o utilidad jurídica, propia, cualificada y específica, como aquél interés, reconocido y

protegido por el ordenamiento jurídico, confiriendo a su titular la posibilidad de actuar para exigir su satisfacción. Mediante el mismo, se tiende a mantener la legalidad de una situación jurídica de la que el sujeto participa concurrentemente con otras personas, con la finalidad de obtener el cumplimiento de la Ley que garantiza un interés general.

Este interés es siempre presupuesto del derecho subjetivo -poder atribuido a una voluntad individual, es una esfera en la cual reina soberanamente la voluntad de una persona-. El interés legítimo tiene una connotación y protección jurídica más débil que el derecho subjetivo, encontrándose en una posición intermedia entre esta última y el interés simple. En tal sentido éste viene a cubrir y legitimar.

Por otro lado sostienen *"interés legítimo es aquella posición de ventaja otorgada a un sujeto en orden a un bien concreto, objeto de una potestad administrativa y que consiste en la atribución al referido sujeto de poderes dirigidos a influir sobre el correcto ejercicio de la potestad administrativa, para así hacer efectivo el interés sobre el bien"*. (Roberto Enrique Rodríguez Meléndez, Título: Intereses y Tutela Constitucional, Revista del Centro de Documentación Judicial).

En razón a lo anterior toda persona física o jurídica, privada o pública, que sea titular de un interés legítimo está definitivamente legitimado para poder formular frente a la Administración cuantas pretensiones fuesen necesarias para la defensa de sus derechos e intereses legítimos."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 291-2006 de fecha 16/12/2009)

Relaciones:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Ref. 292-2006 de fecha 19/10/2009

JUICIO PREVIO

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido contra el Viceministro de Transporte y la Jefa de la Unidad de Procedimientos Legales de Tránsito, Transporte y Carga, en virtud de la multa impuesta al demandante por la segunda, por infracción a los límites de velocidad, la cual fue confirmada por el primero.

El fondo de la controversia sobre la que recaerá esta sentencia se circunscribe a establecer, si la falta de citación al administrado para personarse a alegar en el lugar en que el Viceministro de Transporte realizó inspección con el objeto de determinar la velocidad permitida en el lugar de los hechos, se configura como una violación al juicio previo.

El actor hace recaer el agravio esencialmente en que la autoridad demandada no le permitió participar en la inspección realizada para determinar la velocidad a la que se conducía y alegar en el lugar de los hechos.

Respecto del juicio previo esta Sala hace las siguientes consideraciones:

El artículo 11 de la Constitución reconoce el principio que prohíbe una pena sin un juicio previo con todas las garantías, *nulla poena sine iudicio*.

La finalidad de la existencia de un procedimiento con todas las garantías como condición a la imposición de una sanción, es doble.

De una parte, el proceso previo supone dar al supuesto infractor, la plena posibilidad de exponer sus razonamientos y de defender posiciones jurídicas. Para el sujeto frente a quien se pretende en particular, es en el proceso donde se manifiesta especialmente su derecho de defensa, al hacersele saber el ilícito que se le reprocha, y al facilitarle el ejercicio de los medios de defensa que estime oportunos.

La segunda finalidad es que la autoridad decisora disponga de todos los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución; y es que el conjunto de actuaciones en que se plasma el proceso, constituye el fundamento de la convicción de la autoridad que decide la situación que se halla conociendo.

Ha sido reiterado en la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de esta Corte, el criterio que la observancia de la oportunidad de presentar pruebas -expresada en la mayoría de los casos por la existencia de un plazo probatorio- es indispensable, pues es precisamente en dicha fase procesal que una persona tiene la capacidad y oportunidad de aportar las probanzas que obren a su alcance, con el objeto de demostrar si son ciertos o no los hechos que se le atribuyen.

Esta garantía constitucional es aplicable a toda persona sin más excepciones que las que señala la Constitución en forma clara, expresa e indubitable.

Por ello, toda persona a quien se le pretenda privar de alguno de sus derechos, tiene la facultad de ser oída y vencida en juicio previo de conformidad con las leyes, y de esta manera cumplir con lo esencial de la garantía de audiencia, que es precedencia del juicio.

Tanto de los conceptos vertidos en la demanda como de la documentación anexa al expediente judicial se deduce claramente que el demandante ha participado en el procedimiento, previo a la imposición de la sanción, ya que cuando interpuso el escrito de inconformidad se inició el procedimiento en el cual se realizaron todas las etapas legalmente establecidas para que participara en el mismo, aportando sus probanzas. También se establece que en dicho procedimiento se le concedieron las garantías procesales esenciales; por lo que en realidad su reclamo se concreta a una valoración que realizó el Viceministro de Transporte vía recurso al verificar -por medio de la inspección- qué velocidad es permitida de conformidad a la señalización que se encuentra en el tramo de carretera en la que se otorgó la esquila.

De lo expuesto en el acto Administrativo emitido por el mencionado Funcionario, se establece que la inspección se concretó a verificar la velocidad permitida de conformidad a la señalización en el lugar de los hechos y no a determinar la velocidad a la que circulaba el demandante.

Por lo cual la falta de citación al administrado para asistir a la referida inspección, no le privó de la facultad de introducir en el procedimiento los elementos fácticos y jurídicos de oposición a la decisión de la Administración.

En dicho sentido y teniendo en cuenta que la participación de los administrados en las diferentes etapas del procedimiento es entre otras con la finalidad de garantizarle su derecho de audiencia y defensa, y debido a que en el presente caso el interesado intervino en la fase probatoria en el procedimiento de inconformidad y tuvo la oportunidad de aportar todas las pruebas que consideraba pertinentes y conducentes, la falta de participación en la inspección mencionada en nada habría modificado la decisión de la Administración, ya que como se mencionó dicha inspección únicamente tenía el objeto de verificar la señalización vial de la carretera y no determinar la velocidad a la que se conducía el interesado.

En consecuencia de lo anterior esta Sala establece que en el presente caso no concurre en los actos administrativos impugnados el vicio de falta de juicio previo como le señaló el demandante.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 162-2006 de fecha 29/09/2009)

LEY DE LA CARRERA DOCENTE: NOTIFICACIÓN DE LA DENUNCIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Los demandantes interponen demanda contencioso administrativa contra el Tribunal de la Carrera Docente y el Ministerio de Educación, por la emisión del acto administrativo por medio del cual los remueve del cargo de miembros propietarios de la Junta de la Carrera Docente del Sector Uno, y en su lugar nombra a otros docentes.

Manifiestan que, al momento de la presentación de la demanda, se encontraban en proceso de trámite dos casos de maestros denunciados ante la Junta de la Carrera Docente del Sector Uno del departamento de San Salvador, de la cual eran miembros, casos en los cuales después de haber dado el trámite respectivo, finalmente, pronunciaron una resolución en la que narraron los esfuerzos realizados para localizarlos y hacerles la notificación respectiva y concluyeron que el Ministerio de Educación debía promover diligencias de ausencia para que un juez nombre un curador especial.

En los dos casos relacionados, en opinión de los demandantes, para el Ministerio de Educación ambas resoluciones constituyen ineptitud, abuso de autoridad, ignorancia supina e insolencia. Sin embargo, los demandantes consideran que actuaron con estricto apego a la Constitución y a las leyes secundarias.

Refiere la parte actora que, por las razones mencionadas, fueron denunciados ante el Tribunal de la Carrera Docente por el Ministerio de Educación, y fueron condenados y removidos de sus cargos en un procedimiento record que duró catorce días hábiles.

NATURALEZA Y FINALIDAD DE LAS NOTIFICACIONES

Las notificaciones por su naturaleza son actos de comunicación cuya efectiva realización cobra más relevancia cuando afecta derechos de los administrados, como puede ocurrir necesariamente en un procedimiento administrativo sancionador.

Los alcances de la notificación no se agotan en el mero conocimiento del acto, sino que tiene, en el fondo, como finalidad principal, posibilitar un auténtico derecho de defensa; es decir, un conocimiento válido y real, obtenido mediante los cauces legales que permita al afectado expresar oportunamente los argumentos fácticos y jurídicos que configuren su defensa dentro del procedimiento, y que, por tanto, coadyuven a que éste se realice en estricta observancia de los principios y normas que rigen e inspiran el debido proceso. Se trata, pues, de garantizar una mejor defensa de los derechos y deberes cuestionados o controvertidos.

Cabe señalar que una notificación realizada en observancia de la normativa aplicable y con respeto de los derechos fundamentales, garantiza la seguridad jurídica del administrado, por cuanto le permite conocer su status jurídico de manera plena.

Para que una notificación sea válida debe efectuarse con estricto apego a las disposiciones legales aplicables que rigen sus formas. Para que sea eficaz, es necesario que el afectado tenga pleno conocimiento del acto. En tal sentido, para que un acto de comunicación procesal sea válido y eficaz es condición necesaria que se realice de conformidad con la ley y bajo el principio de instrumentalidad de las formas, es decir, que tenga las características necesarias para garantizar al administrado un conocimiento pleno del acto que se pretende notificar, ya que se busca, ante todo, garantizar el derecho de audiencia y, consecuentemente, el de defensa.

La Ley de la Carrera Docente, como norma especial aplicable al caso en análisis, regula la forma en que, en circunstancias normales, deben realizarse las notificaciones. Así, el artículo 88 establece que las notificaciones y citaciones se harán al interesado mediante esquila que contendrá lo resuelto y deberá ser entregada personalmente a aquél y de no ser posible, se dejará con persona mayor de edad, en el lugar de trabajo o residencia.

EL EMPLAZAMIENTO COMO ACTO DE COMUNICACIÓN

El emplazamiento, en términos generales, debe entenderse como el acto procesal que posibilita el conocimiento de la existencia y contenido de una petición o pretensión, según se trate de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial. Fija un plazo inicial para que el destinatario cumpla una actividad o declare su voluntad respecto de esta.

El acto de comunicación procesal que notifica o hace del conocimiento del afectado la existencia de un procedimiento administrativo en su contra equivale a un auténtico emplazamiento, en cuanto permite conocer la existencia y contenido de una petición o acto al tiempo que fija un plazo inicial para que el administrado comparezca a ejercer su derecho de defensa, cuya efectiva realización se traduce en una protección de la esfera de los derechos fundamentales del afectado. El emplazamiento garantiza la seguridad jurídica y el derecho de audiencia, y coloca a las partes en un plano de igualdad procesal.

Así, el emplazamiento no es una notificación cualquiera, sino que por su importancia es la máxima o primera. Además, contiene una citación que lo convierte en un medio de concreción de los derechos de audiencia y defensa. El Código de Procedimientos Civiles regula, en el artículo 141, que si se intentare la demanda contra un ausente no declarado que se halle fuera de la República o cuyo paradero se ignora y no se supiere si ha dejado procurador o representante legal, se podrá pedir el nombramiento de un curador especial que lo represente.

A diferencia de lo sostenido por el Tribunal de la Carrera Docente en el acto impugnado, en donde expresa que "su ineficiencia es tan manifiesta que ocupan y confunden términos, de los cuales La (sic) Ley Especial no los enuncia (...) el emplazamiento no existe en la Ley de la Carrera Docente, lo que es obvio debido a que ese Término (sic) se ocupa en Materia (sic) de Procedimientos Civiles (...)", puede y debe hablarse de emplazamiento en materia de procedimientos administrativos, ya que se trata de un concepto propio del derecho procesal en general, cuyos principios lógicamente nutren el procedimiento administrativo. Asimismo, el emplazamiento por sus características especiales adquiere gran relevancia en el procedimiento administrativo sancionador, porque garantiza los derechos de defensa y audiencia y potencia el desarrollo de un procedimiento constitucionalmente configurado, el cual debe observarse no solamente en sede jurisdiccional sino también en sede administrativa.

Bajo este orden de ideas, es evidente que la notificación de la denuncia a que se refiere el artículo 81 de la Ley de la Carrera Docente es equivalente a un emplazamiento. Es indispensable que tal comunicación se realice con arreglo al ordenamiento jurídico y que procure un conocimiento pleno del contenido de la petición o acto por parte del administrado. De ahí que deben aplicarse las reglas que, sin contradecir la ley especial, garanticen de mejor forma y salvaguarden eficazmente los derechos constitucionales de contenido procesal del afectado.

DILIGENCIAS DE NOMBRAMIENTO DE CURADOR ESPECIAL PARA REPRESENTAR A UNA PERSONA AUSENTE EN LOS CASOS DE LA LEY DE LA CARRERA DOCENTE

La parte actora expresa que los casos a que se refieren los expedientes 33/2004 y 60/2004 son especiales, y que las resoluciones pronunciadas se basan en los artículos 141 inciso sexto y 208 inciso quinto del Código de Procedimientos Civiles. El primero, establece que la certificación extendida por la Dirección General de Migración sobre la salida de una persona del territorio de la República y que no ha ingresado a la fecha, hará presumir la ausencia, y el segundo, que en caso de que se ignore el paradero de la persona a quien se ha de emplazar, se procederá como ordena el citado artículo 141.

Agregan los demandados que no fue posible notificar la denuncia y emplazar a los profesores denunciados en los procedimientos administrativos referidos, ya que, en ambos casos, el Secretario Notificador los buscó en dos ocasiones en las direcciones proporcionadas sin encontrar los números de casa. En cuanto al primero de ellos, existe prueba documental de que salió del país el once de febrero de dos mil cuatro. Ante la imposibilidad de emplazar a ambos señores era procedente ordenar que se siguieran las diligencias de ausencia.

Por su parte, el Ministerio de Educación sostiene que el procedimiento aplicable ya está determinado en la ley y que los demandados no debieron desviarse de éste al ordenar la tramitación de las diligencias de ausencia.

En este punto es preciso analizar lo establecido en la Ley de la Carrera Docente y su relación con las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, aplicables al caso en concreto.

El artículo 88 de la Ley de la Carrera Docente establece, en términos generales, cómo deben realizarse las notificaciones. Ahora bien, los casos 33/2004 y 60/2004, que sirvieron de fundamento al Tribunal de la Carrera Docente para emitir el acto controvertido del veinticuatro de febrero de dos mil cinco, comparten la particularidad de que no pudo verificarse la notificación a los respectivos denunciados en su residencia, porque el Secretario Notificador no pudo encontrar los números de casa de las direcciones proporcionadas por los denunciados, ni se encontraron en su lugar de trabajo, puesto que los diferentes procedimientos se iniciaron precisamente porque los denunciados no se presentaron a desempeñar sus labores en un período de tiempo prolongado sin causa justificada.

APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

De conformidad con el artículo 105 de la Ley de la Carrera Docente, en todo lo no previsto se aplicarán las normas del derecho común. Debe entenderse que al procedimiento común en ella regulado le son aplicables las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles.

Al estudiar el caso a la luz de las disposiciones citadas y del análisis expuesto, es evidente que los actores se encontraron ante dos casos de ausencia. En tal sentido, era aplicable lo dispuesto en el artículo 141 del Código de Procedimientos Civiles. En el primer caso, de acuerdo con el informe de la Dirección General de Migración, el denunciado salió del país el once de febrero de dos mil cuatro, fecha anterior a la de inicio del procedimiento en su contra, ya que la denuncia fue interpuesta el veintinueve de abril del mismo año. El referido informe, con base en el artículo 141 citado, hace presumir la ausencia. En el segundo caso, se ignoraba el paradero del denunciado. En ambos casos, por los efectos del acto que se pretendía notificar, era necesario asegurar la efectiva comunicación de la petición que dio origen a los respectivos procedimientos administrativos promovidos en contra de los denunciados, en aras de proteger sus derechos de audiencia y defensa.

En este punto cabe señalar que la Administración sostiene que los casos en relación se encuentran previstos en la ley de la materia, ya que el artículo 83 citado, en lo esencial, establece que transcurrido el término de la audiencia conciliatoria sin que el denunciado haya comparecido, la Junta deberá, dentro de los tres días hábiles siguientes, nombrarle un defensor de oficio.

Sin embargo, es de hacer notar que en el supuesto de ley que también es planteado por las autoridades demandadas, la notificación se logró efectuar, es decir, se emplazó eficazmente al denunciado en su residencia o lugar de trabajo y se le notificó personalmente o por persona mayor de edad. Se trata, entonces, del caso en que el administrado, no obstante su legal notificación y emplazamiento, decide no presentarse a la audiencia conciliatoria. A diferencia de los casos identificados con las referencias 33/2004 y 60/2004, en donde no fue posible el acto de comunicación, por lo que se volvió necesaria la aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimientos Civiles relativas a la ausencia.

En consecuencia, la parte actora no incurrió en ineptitud, ineficiencia manifiesta en el desempeño de su cargo ni en abuso de autoridad, sino que obró conforme a derecho en las resoluciones emitidas en los casos identificados con las referencias 33/2004 y 60/2004, ya que en ambos, por su particularidad, era procedente seguir las diligencias de ausencia. Por tal motivo, el acto emitido el veinticuatro de febrero de dos mil cinco por el Tribunal de la Carrera Docente, que removió a los demandantes del cargo de miembros de la Junta de la Carrera Docente del Sector Uno, debe declararse ilegal.

Por otra parte, los actos impugnados emitidos por el Ministerio de Educación, consistentes en los acuerdos de nombramiento números 15-0305, 15-0332 y 15-0347, pese a que se trata de nuevas actuaciones de la Administración Pública que no pueden calificarse como de ejecución, están firmemente relacionados con el acto del Tribunal de la Carrera Docente y son consecuencia de éste, pues es en razón de la destitución de los demandantes que se procedió al nombramiento de nuevos miembros. Por ende, si es ilegal el acto del Tribunal, también, por la especial vinculación que existe en toda la actuación cuestionada, deben serlo los acuerdos en referencia.

Como medida para el restablecimiento del derecho violado, el Ministerio de Educación deberá pagar a los primeros dos demandantes los salarios no percibidos durante el período de tiempo comprendido desde que fueron ilegalmente removidos de su cargo hasta su restitución, efectuada el veintiuno de julio de dos mil cinco. Para el caso del tercer demandante, el pago antes mencionado debe abarcar desde el momento de la remoción ilegal hasta la fecha en que se pensionó.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 37-2005 de fecha 27/03/2009)

LEY DE PRIVATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES: COMPENSACIÓN ECONÓMICA A EX EMPLEADOS DE ANTEL

El demandante dirige su pretensión contra el Ministro de Hacienda por la denegación presunta de la solicitud interpuesta por él, en la cual pidió la programación del pago de la compensación económica en virtud de la aplicación del artículo 47 letra g) de la Ley de Privatización de ANTEL.

El motivo de ilegalidad alegado por el actor, principalmente, es la violación al derecho de petición y, consecuentemente, la omisión de aplicar lo dispuesto por el Decreto Legislativo No. 820, en donde se modificó el artículo 47 de la Ley de Privatización de ANTEL. En tal disposición, señala la parte demandante, se le otorga el derecho a recibir la cantidad de veinticinco mil colones por medio de un solo desembolso, como forma de compensarle las prestaciones a las que tenía derecho y que ya no gozaría, a causa de la privatización de la Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL).

DERECHO DE PETICIÓN FRENTE AL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Nuestro examen debe partir del conocimiento que entre la denegación presunta de una petición y la vulneración al derecho de petición existe una línea divisoria que, a pesar de no ser siempre perceptible a prima facie, se constituye como un elemento disyuntivo entre ambas figuras. El silencio administrativo negativo se configura cuando un administrado hace una petición a la Administración Pública competente y ésta no le notifica resolución alguna, transcurridos sesenta días hábiles contados a partir de la fecha de interposición de la petición; es decir, se entiende que la respuesta de la autoridad ha sido desestimatoria, en virtud de una ficción legal que habilita al ciudadano para acudir a la sede judicial. En contraposición a lo anterior, el derecho de petición y respuesta es mucho más general, el funcionario al cual se presenta la solicitud puede ser o no el competente para resolverla, pero en caso de no serlo siempre se encuentra obligado para responder y comunicar al ciudadano su falta de competencia, sin que pueda llegar a con figurarse en este caso la denegación presunta de la solicitud.

El artículo 18 de la Constitución consagra el denominado derecho de petición y respuesta, habiendo sido sus alcances establecidos por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en los siguientes términos: «respecto al derecho de petición contenido en el artículo 18 de la Constitución, que éste se refiere a la facultad que asiste a las personas - naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras- para dirigirse a las autoridades públicas formulando una solicitud por escrito y de manera decorosa (...) Debe destacarse que, como correlativo al ejercicio de esta categoría, se exige a los funcionarios estatales responder las solicitudes que se les planteen, y que dicha contestación no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición, sino que la autoridad correspondiente debe resolverla conforme a las facultades que legalmente le han sido conferidas en forma congruente y oportuna, y hacerlas saber (...) En ese sentido, las autoridades legalmente

instituidas, quienes en algún momento sean requeridas por determinado asunto, tienen la obligación de resolver lo solicitado de manera motivada y fundada, siendo necesario que, además, comuniquen lo resuelto al interesado» (Sentencia de amparo 668-2006, pronunciada a las nueve horas y cincuenta y ocho minutos del día cinco de enero de dos mil nueve).

De tal suerte que, el ejercicio del derecho de petición implica la correlativa obligación de todos los funcionarios estatales de responder o contestar las solicitudes que se les presenten. Ahora bien, la contestación a que se hace referencia no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición, sino que la autoridad correspondiente tiene la obligación de analizar el contenido de la solicitud y resolver conforme a las potestades jurídicamente conferidas. Sobre este punto esta Sala ha manifestado que: «No implica que la respuesta deba ser favorable a las pretensiones del gobernado, sólo la de obtener una pronta respuesta (...) Cuando falta respuesta a la petición o reclamo del administrado, es inminente concluir que la Administración ha incurrido en una falta a su deber de resolver y de ella probablemente derive una violación al derecho constitucional de petición y respuesta». (Sentencia 63-0-2003, dictada a las doce horas quince minutos del veintisiete de septiembre de dos mil cinco).

En suma, la denegación presunta y un mero silencio que vulnere el derecho de petición no son figuras idénticas. En principio, resulta evidente que en toda denegación presunta subyace una vulneración al derecho de petición, porque la Administración Pública competente tiene la obligación de dar respuesta a las peticiones del administrado. En contraposición a ello, cabe afirmar que no toda violación al derecho de petición puede ser configuradora de una denegación presunta, es decir, un acto presunto controvertible en esta jurisdicción.

REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA DESESTIMACIÓN PRESUNTA

La génesis del silencio administrativo, tanto positivo como negativo, está vinculada con la teoría del acto administrativo, por ser la existencia de este último un elemento indispensable para la interposición del juicio contencioso administrativo. Por medio de la utilización de dicha figura se pretende, básicamente, impedir que la Administración Pública evada el control judicial de aquellos casos que opte por no resolver expresamente, al considerarlos contrarios a sus intereses.

Es, pues, en dicho motivo donde encontramos la justificación para que el legislador salvadoreño prescriba que ante la actitud silente de la Administración, frente a una petición ciudadana de su competencia, se aplique lo dispuesto en el artículo 3 letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Norma que regula el silencio administrativo negativo o denegación presunta como objeto del juicio contencioso administrativo. Ahora bien, hacemos hincapié en la idea que el silencio administrativo desestimatorio es una figura de efectos eminentemente procesales, por medio de la cual se habilita al administrado para someter a control judicial la falta de respuesta expresa de la Administración Pública, con base a qué se entiende ha recibido una respuesta negativa.

Este Tribunal, en reiteradas ocasiones, ha señalado que la denegación presunta se configura como una ficción legal de consecuencias procesales, la cual para configurarse tiene que cumplir con los siguientes requisitos: a) la existencia de una petición al ente o funcionario pertinente (entiéndase competente para resolver del fondo de la misma); b) la ausencia de respuesta a lo peticionado y su respectiva notificación; y, c) el transcurso del plazo prescrito en el artículo 3 letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En el caso sub júdice, se analiza el silencio del Ministro de Hacienda respecto a la petición formulada por el demandante, mediante la cual pidió la programación del pago de la compensación que prescribe el artículo 47 letra g) de la Ley de Privatización de ANTEL. En atención a que la referida autoridad no se pronunció en el plazo de sesenta días, que prevé el artículo 3 letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la parte actora sometió tal denegación presunta al control de legalidad de esta Sala.

La competencia puede entenderse como el conjunto de atribuciones que la ley otorga a un específico ente o funcionario, es el espacio material dentro del cual pueden ejercitarse las potestades conferidas a dicha autoridad. Bajo este parámetro, entendemos que la competencia para resolver la solicitud que analizamos debe estar prevista en la Ley de Privatización de ANTEL, ya que es la norma que da fundamento a la compensación económica requerida, la cual reza de la siguiente manera: «Art. 47.- "La Comisión" deberá nombrar una Comisión Liquidadora de los Bienes Remanentes de ANTEL y ésta deberá proceder a la liquidación de los bienes, derechos y obligaciones de dicha Institución (...) y tendrá las siguientes atribuciones: (...) g) Pagarle una compensación de VEINTICINCO MIL COLONES (¢ 25,000.00), a cada uno de los ex-empleados de la Administración Nacional de Telecomunicaciones ANTEL, por todas las prestaciones que ANTEL otorgaba a sus jubilados, incluyendo el seguro de vida, la cual les deberá ser entregado mediante un solo desembolso y por una sola vez, de acuerdo al listado que tiene registrado la Comisión

Liquidadora de los Bienes Remanentes de ANTEL y que reciben el beneficio de dicho seguro de vida, quedando eximido el Ministerio de Hacienda de cualquier responsabilidad u obligación que tiene para con estas personas como consecuencia de la privatización de la institución».

De lo anterior se evidencia que la autoridad facultada para conocer de las peticiones planteadas por los ex empleados de ANTEL referidas a la compensación económica es la Comisión Liquidadora de los Bienes Remanentes de ANTEL. Ahora bien, resulta necesario puntualizar que dicho cuerpo colegiado no se constituyó como un ente permanente, sino que su existencia estaba condicionada a un período de tiempo perentorio.

Desde una perspectiva general podemos afirmar que tal existencia limitada no genera ningún conflicto. Sin embargo, mediante el artículo 47 letra g) de la Ley de Privatización de ANTEL se da nacimiento a un derecho concreto a favor de los ex empleados que cumplieran con los requisitos previstos en la referida disposición, personas a quienes no se condiciona a un periodo de tiempo para exigir la compensación económica. De ahí que, ante la desaparición de la Comisión Liquidadora y la subsistencia de los derechos a favor de los administrados, surge el cuestionamiento sobre quien es la autoridad competente para dar satisfacción a las peticiones relacionadas con el requerimiento de dicho derecho de compensación.

Al examinar la naturaleza de la obligación motivadora de la petición del demandante, advertimos que estamos ante una obligación eminentemente pecuniaria, fundamentada en la extinción de derechos sociales causados por la jubilación de los administrados.

Un examen histórico de los antecedentes legislativos de tal artículo nos lleva a constatar la naturaleza y la vinculación de dicha obligación con la Administración demandada en este juicio. Es, pues, por medio del Decreto Legislativo No. 141 que se adicionan al artículo 47 de la Ley de Privatización de ANTEL las letras O y g). Interesa especialmente lo dispuesto en la letra g), que rezaba de la siguiente forma: «Transferir al Ministerio de Hacienda las obligaciones que ANTEL tiene con los jubilados, incluyendo el pago de las cuotas a las empresas que cubren el seguro de vida de estos, sin desmejorar en ninguna de sus partes esta prestación». Es decir, que se transfiere una responsabilidad concreta al Ministerio de Hacienda: hacer frente a las obligaciones que tenía ANTEL con los jubilados, incluyendo el pago de las cuotas a las empresas que cubrían el seguro de vida de éstos.

Con posterioridad, dicha obligación fue delimitada al producirse la reforma del artículo 47, en lo pertinente a la letra g), de la Ley de Privatización de ANTEL, mediante el Decreto Legislativo No. 820. Ahí se estableció, en el considerando II, que no obstante haberse dado

el proceso de privatización de ANTEL, los jubilados de dicha institución seguirían gozando de algunas prestaciones logradas durante el desarrollo de sus labores dentro de la misma. Beneficios que fueron mencionados enunciativamente en el considerando III: «entre las que se mencionan asistencia médica hospitalaria gratuita, seguro de vida, dotación de lentes, transporte para excursiones, pago de local y refrigerio para reuniones de jubilados, y otras (...)».

Pero en atención a que dichas prestaciones no eran gozadas en su totalidad por la mayoría de los jubilados, se trató de modificar dicha situación al concederles una compensación económica de veinticinco mil colones, que se haría efectiva a través de un sólo desembolso. Se estipuló que tal pago se entregaría de acuerdo con el listado que tenía registrado la Comisión Liquidadora de los Bienes Remantes de ANTEL y, consecuentemente, se eximió al Ministerio de Hacienda de cualquier responsabilidad u obligación con las personas beneficiarias de la misma.

De ahí concluimos que, con la última reforma a la Ley de Privatización de ANTEL el Ministerio de Hacienda se vio liberado de las relacionadas obligaciones con los ex jubilados, las que fueron transferidas a la Comisión Liquidadora, entidad que las debía hacer efectivas por medio de un pago único de veinticinco mil colones.

Por otra parte, es innegable que el Estado debe cumplir fielmente con todas sus obligaciones, lo cual generalmente hace a través de las instituciones competentes en cada materia, dentro de las mismas se encontraba la Administración Nacional de Telecomunicaciones (en virtud del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 370, del veintisiete de agosto de mil novecientos sesenta y tres, que determinaba que ANTEL era una institución autónoma de Derecho Público). Es, pues, por lo anterior que afirmamos que cuando una institución pública llega al final de su existencia, las obligaciones que quedan remanentes son retornadas y liquidadas por una entidad competente en dicha área -que en la mayoría de los casos es creada por la normativa que establece la extinción de la anterior institución- o, bien, por otra entidad distinta de acuerdo a los parámetros que las leyes correspondientes determinen, que puede ser el ente jerárquico superior -en los casos de organismos desconcentrados- o, en todo caso, una autoridad competente en virtud de la naturaleza de la obligación que tiene que hacerse efectiva.

Es, pues, en este sentido que se pronuncia la Sala de lo Constitucional en la sentencia dictada en el proceso de amparo 214-98, de las quince horas del seis de noviembre de dos mil, mediante la cual se ampara a un ex empleado de la extinta Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL) y se reconoce la existencia del derecho a la indemnización de daños y perjuicios a su favor. Cabe aclarar que, dicha indemnización se configuró

inicialmente como una obligación a cargo de la Administración Pública demandada, es decir, ANTEL. Sin embargo, en vista que a la fecha de emisión de tal sentencia, la referida institución ya había cesado en su existencia legal, la Sala determinó que la indemnización a favor del demandante quedaba expedita para hacerse efectiva directamente contra el Estado.

Posteriormente, la Sala de lo Constitucional aclara los alcances de tal postura en el auto de las once horas y veintidós minutos del veinticinco de julio de dos mil uno, en el cual señala la configuración de una sucesión procesal en el proceso de amparo en aras de realizar efectivamente la notificación de dicha sentencia a la parte demandada y, básicamente, a efecto de darle continuidad al mismo en la parte relativa a las medidas restitutorias, que se concretan en la exigencia judicial de la indemnización por daños y perjuicios a que daba lugar la sentencia. Es, pues, en ese orden de ideas que sostiene «que la posición que le correspondía ocupar a la Extinta Administración Nacional de Telecomunicaciones en el desarrollo del proceso le concierne actualmente al Estado de El Salvador, por haberse convertido en el titular de la situación habilitante para acudir al presente proceso de amparo». La referida sucesión procesal se fundamenta en la naturaleza jurídica de la extinta ANTEL, que nació a la vida como una entidad descentralizada y, al finalizar su período de existencia legal, cuyas obligaciones remanentes -de carácter general- le corresponde cumplirlas al Estado.

En definitiva, se advierte que tal sucesión procesal debe concretarse en un funcionario específico y no puede dejarse a nivel general la determinación de la misma, en vista de la necesidad que tenía la Sala de notificar la sentencia de amparo antes referida, llegándose a entender por ello que el acto de comunicación de la sentencia debía entregarse al Fiscal General de la República, en correspondencia con lo prescrito en el artículo 193 de la Constitución.

Ahora bien, en el caso de mérito no se discute el cumplimiento de una obligación general a cargo de la extinta ANTEL, sino que se está frente a una situación particular que involucra una cantidad de dinero que deberá ser pagada a los sujetos que cumplan con lo previsto en el artículo 47 letra g) de la Ley de Privatización de ANTEL. Los derechos que asisten dichas personas a causa del Decreto Legislativo N° 820 subsisten en la actualidad y, por ello, deben ser plenamente garantizados. De ahí, pues, que la principal cuestión a dilucidar es precisar la entidad encargada de heredar dicha obligación y la manera en cómo se hará efectiva la misma.

En razón de que los fondos remanentes de la liquidación de los bienes de ANTEL, destinados al pago de las compensaciones económicas relacionadas, fueron entregados

para su custodia a la Dirección General de Tesorería (según consta en la prueba documental adjuntada por la autoridad demandada), la cual es una dependencia del Ministerio de Hacienda; y, además, que la obligación en cuestión tiene que ser garantizada por el Estado, puede deducirse que tales obligaciones serán hechas efectivas por el Ministerio de Hacienda.

En el orden de ideas expuesto, se concluye que existen elementos suficientes para sostener que el Ministro de Hacienda -al momento de plantearse la petición- tenía los medios necesarios para dar satisfacción a la misma, ya que se encuentran bajo su custodia los medios económicos capaces para hacer cumplir tal obligación. Aunado al hecho que, a la fecha de presentación de la solicitud del actor, la Comisión Liquidadora ya estaba extinta, a pesar que aún subsistían los derechos a favor de los beneficiarios del Decreto Legislativo N° 820.

En el caso sub júdice, la autoridad demandada no respondió a la solicitud del actor dentro del plazo legalmente previsto. En vista que el silencio administrativo negativo es interpretado como una ficción legal de aplicación procesal, se confirma que el Ministro de Hacienda respondió en forma negativa -presuntamente- a la petición de programar y cancelar la compensación económica solicitada por el demandante.

NATURALEZA REGLADA DE LA PETICIÓN PARA LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Una vez observada la existencia de la denegación presunta, se considera pertinente valorar sucintamente la naturaleza del otorgamiento de la compensación económica -reglada o discrecional- a los sujetos beneficiarios por el referido artículo 47 letra g) de la Ley de Privatización de ANTEL, a efecto de contar con mayores elementos de valoración.

De una forma muy general, pueden clasificarse los actos de la Administración Pública en dos especies: los actos favorables y los desfavorables. La primera categoría hace alusión a aquellas decisiones administrativas que inciden favorablemente en su destinatario externo, mediante la ampliación de su patrimonio, ya sea: (i) otorgándosele o reconociéndosele un derecho o una facultad, (ii) liberándole de una limitación, un deber, o un gravamen; o, (iii) produciendo una situación de ventaja para el particular. Por el contrario, los actos desfavorables son los que limitan o perjudican la situación que los administrados gozaban antes de la emisión de los mismos, son ejemplos de ellos: las sanciones, las revocaciones, las denegaciones de peticiones, entre otros.

A lo anterior se debe sumar que la doctrina también distingue los actos de la Administración Pública atendiendo a la intensidad y especificidad de los requisitos que prevea el legislador para su emisión, surgiendo los actos reglados y los discrecionales. En el caso que la ley prescriba exhaustivamente los criterios para dicho pronunciamiento, sin que se otorgue ningún margen de valoración, nos encontramos ante un acto reglado; es decir, la Administración Pública sólo realiza un control del adecuado cumplimiento de los requisitos previstos en la norma jurídica. En contraposición a ellos, están los actos discrecionales, los cuales surgen cuando la ley confiere a la Administración un margen de valoración subjetiva para determinar la procedencia del acto, sin restringir su decisión al simple cumplimiento de ciertos requisitos tasados.

En el caso que nos ocupa, el acto analizado surge debido a la petición de la parte demandante, la cual pretendía que se ampliara su esfera jurídica con la programación del pago de la compensación económica. De tal suerte que el actor esperaba que el Ministerio de Hacienda se limitara a reconocer la existencia de un derecho a su favor y, consecuentemente, ordenara el pago de la compensación dentro de un plazo razonable.

La procedencia del pago de tal compensación viene circunscrita a lo previsto en el artículo 47 letra g) de la Ley de Privatización de ANTEL, el cual regula que la Administración Pública pagará la cantidad de veinticinco mil colones si se cumplen los siguientes presupuestos: (i) ser un ex empleado jubilado de ANTEL; (ii) estar incluido en el listado que tiene registrado la Comisión Liquidadora de los Bienes Remanentes de ANTEL y que, en consecuencia, se esté recibiendo el beneficio de seguro de vida; (iii) no incurrir en ninguna de las exclusiones previstas en la parte final del mismo artículo (jubilados fallecidos y los familiares que gocen del seguro de vida, ex trabajadores de ANTEL que gozaron de la indemnización que regulan los artículos 41 y 42 de la norma en comento).

En conclusión, puede fijarse que el acto en cuestión está sometido a potestades regladas, ya que no existe ningún elemento subordinado a una valoración discrecional o interpretativa por parte de la Administración. Por ello, a efecto que se produjera un acto favorable al administrado -en los términos expuestos- era necesario que el mismo comprobara el cumplimiento de cada uno de los extremos requeridos por la ley.

REQUISITOS PARA EL PAGO DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA A EX EMPLEADOS DE ANTEL

Se ha reiterado anteriormente que el administrado debe cumplir ciertas condiciones indispensables para gozar de la compensación solicitada. Es, pues, de la constatación de la ocurrencia efectiva de tales presupuestos y su correspondiente acreditación en sede administrativa, que este Tribunal podrá determinar si la denegación de la solicitud se apega a lo previsto por la ley aplicable. Los referidos requisitos son:

i) Tener la calidad de jubilado al momento en que comenzó la privatización de ANTEL

De la lectura de la ley se observa que, el primer requisito sine qua non para gozar del beneficio referido es la comprobación de la situación de jubilado de ANTEL, pero no simplemente basta acreditar la calidad actual de jubilado, sino que tal estado debía ostentarse efectivamente al momento de realizarse la privatización de la referida institución. Entiéndase lo anterior en el sentido que el demandante debía estar gozando en el año de mil novecientos noventa y ocho de tal calidad, por haber cumplido con los requisitos establecidos para tener derecho a gozar de la jubilación por pensión de vejez en la correspondiente Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos.

Lo anterior se extrae del artículo en cuestión, el cual determina que la compensación es una forma de resarcir a los ex empleados por el hecho que dejarán de gozar de «todas las prestaciones que ANTEL otorgaba a sus jubilados, incluyendo el seguro de vida». Al respecto, se constata que entre los derechos de los jubilados se incluía el gozar de un seguro de vida, en cuyo listado debía figurar el demandante para acreditarse plenamente la naturaleza de su vinculación con la extinta Administración Nacional de Telecomunicaciones.

En suma, la jubilación en términos generales implica disponer del derecho a pensión por razón de vejez, largos servicios o imposibilidad, para lo cual se debía cumplir con los requisitos legales establecidos a la época. Tener la calidad de jubilado es el primer requisito imperante para acceder a la compensación económica instaurada por el artículo 47 en discusión, situación jurídica que debía gozarse a la fecha en que la institución efectuó su privatización y correspondiente extinción jurídica. Esto último podía ser acreditado por el demandante por diversas vías, ya sea con la certificación de tal calidad y la fecha de su obtención o, bien, por medio de la comprobación del goce efectivo de alguno de los derechos concedidos a los jubilados de ANTEL a dicha época, a saber: la aparición en la lista de beneficiarios del seguro de vida a que se refiere el artículo en cuestión.

ii) Estar en el listado de la Comisión Liquidadora de los Bienes Remanentes de ANTEL

El segundo requisito que la ley prescribe, como indispensable para proceder al pago de la compensación, es figurar en la lista de beneficiarios elaborada por la Comisión Liquidadora de los Bienes Remanentes de ANTEL. Esta exigencia es directamente complementaria de la antes referida, ya que la autoridad estaba en la obligación de llevar un control de las personas que gozaban de la calidad de jubilado y, en razón de ello, de los beneficios prestados por ANTEL en tal concepto. Resulta, pues, evidente que la causa de la compensación económica es la finalización de tales prestaciones, con ella se trata de resarcir a tales personas por la modificación de su situación debido a la extinción de la referida institución.

Figurar o no en la referida lista no dependía de la voluntad del demandante y tal requerimiento no podía ser acreditado por él en esta sede judicial, ya que era una información que sólo estaba en conocimiento de la extinta Comisión Liquidadora, o de la Administración Pública competente para hacer efectivos los referidos pagos.

iii) No incurrir en las exclusiones del artículo 47 in fine

Las personas excluidas del goce del beneficio por el artículo 47 in fine de la Ley de Privatización de ANTEL, son: (i) los jubilados que hubieren fallecido; (ii) los familiares de jubilados fallecidos que estuvieran cobrando el seguro de vida; (iii) los ex-empleados de ANTEL que hubieren sido indemnizados como consecuencia de los artículos 41 y 42 de la ley antes referida.

Resulta un hecho entendible que los ex trabajadores de ANTEL que hubieren recibido el pago de su indemnización a causa de la privatización, en vista que estaban realizando sus funciones ordinariamente y no habían adquirido aún la calidad de jubilados, no tienen derecho a la compensación económica prescrita por el Decreto Legislativo N° 820, porque el objeto de aquella no se justifica en su caso. Por tanto, dichos trabajadores -que posteriormente pudieron haber adquirido la calidad de jubilados-- no están legitimados para solicitar la compensación económica en cuestión.

iv) Verificación de los requisitos en el caso

En primer lugar, respecto a la acreditación del requisito de la jubilación -en los términos antes relacionados- el demandante se circunscribió a manifestar en sede administrativa que era jubilado de ANTEL, afirmación que reiteró ante esta Sala. No obstante lo expuesto, la parte actora omitió presentar la documentación que compruebe que ostentaba tal calidad al momento de la privatización de la institución y que, en consecuencia, se encontraba gozando de las prestaciones que ANTEL daba a sus jubilados, las cuales dejó de percibir debido a la privatización.

Llama la atención que el nombre del demandante no aparece en el listado de beneficiarios del seguro de vida de los ex jubilados de ANTEL, el cual corre agregado al juicio como prueba documental aportada por la autoridad demandada. Dicha situación podía llevar a colegir a la Administración demandada que la parte actora no gozaba de tal calidad al momento de efectuarse la privatización y, en consecuencia, no cumplía con el requisito para tener derecho a la compensación.

En segundo orden, es vital establecer que del examen de la nota DGT/DEX/ 712/2007, prueba presentada por la autoridad demandada, se constata que el nombre del actor no figura en la lista que la Comisión Liquidadora realizó de los beneficiarios de la compensación económica pendientes de pago, incumpléndose de tal suerte el segundo de los presupuestos de ley para gozar de la referida compensación. Lo anterior nos lleva al convencimiento que, el Ministro de Hacienda no podía resolver favorablemente a la petición de programación de pago del peticionario, ya que tal respuesta favorable era de naturaleza reglada y no sometida a la discrecionalidad de la Administración.

En último lugar, el demandante sostiene que no está comprendido en ninguna de las exclusiones previstas por el artículo 47 de la ley en análisis. Sin embargo, al no haber comprobado su calidad de jubilado al momento de efectuarse la privatización de la institución, queda implícitamente incluido en el rubro de los empleados que aún desempeñaban sus funciones y a los cuales se les otorgó una indemnización debido a la finalización de sus servicios bajo las órdenes de la misma.

En suma, se reitera la idea que la Administración Pública está obligada a responder satisfactoriamente a todas las peticiones que se le planteen y que cumplan los requisitos previstos en la norma. Ahora bien, en el caso sujeto a examen, se estima que el Ministro de Hacienda actuó acorde a la ley al denegar la petición interpuesta por el demandante, ya que éste no comprobó los extremos requeridos en la ley para tal efecto. Lo anterior no implica un pronunciamiento de la Sala sobre si el actor ostenta o no el derecho que alega, sino un reconocimiento de que la parte actora no comprobó los extremos legales requeridos para obtener una resolución favorable en sede administrativa y, por tanto, es legal la denegación de la Administración Pública ante tal solicitud.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 130-2007 de fecha 04/11/2009)

Relaciones:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Ref. 114-2007 de fecha 31/08/2009

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Ref. 174-2007 de fecha 30/11/2009

LEY ESPECIAL PARA FACILITAR LA CANCELACIÓN DE LAS DEUDAS AGRARIA Y AGROPECUARIA: IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN RETROACTIVA

El demandante dirige su pretensión contra la Junta Directiva del Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria por la emisión de la resolución mediante la cual declara sin lugar por improcedente la petición de aplicación del artículo 3 de la Ley Especial para Facilitar la Cancelación de las Deudas Agraria y Agropecuaria contenida en el decreto legislativo 263. Impugna así mismo la resolución mediante la cual la autoridad demandada declara sin lugar por improcedente el recurso de revocatoria interpuesto por la parte actora y confirma la anterior resolución.

ALCANCES

La parte actora ha sostenido que la Ley Especial para Facilitar la Cancelación de las Deudas Agrarias y Agropecuarias es de orden público por lo que han solicitado que dicho decreto le sea aplicado retroactivamente, devolviéndole el excedente de lo pagado y que al negarse, la autoridad demandada ha realizado una valoración contraria a Derecho.

El artículo 1 de la citada ley establece que: "La presente Ley tiene por objeto contribuir a la Reactivación del Sector Agropecuario, mediante la readecuación de los créditos a su valor actual, y el establecimiento de los mecanismos financieros que permitan cancelar las deudas contraídas por los adjudicatarios de tierras y por los beneficiarios de la Reforma Agraria, para con el Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria y con la extinta Financiera Nacional de Tierras Agrícolas; las de los beneficiarios del Programa de Transferencia de Tierras y demás usuarios a favor del Banco de Tierras en liquidación; y las de las carteras de préstamos del Sector Agropecuario del Banco de Fomento Agropecuario y Fideicomiso Especial del Sector Agropecuario, en adelante denominados BFA y FIDEAGRO respectivamente, del Fondo de Financiamiento para la Reactivación de las

Actividades Productivas, en adelante llamado FFRAP, y del Fondo de Saneamiento y Fortalecimiento Financiero en lo sucesivo llamado FOSAFFI, con la finalidad de convertir a todos los relacionados deudores en sujetos de crédito con el Sistema Financiero".

Por su parte el artículo 2 regula que: "Serán beneficiados con la presente Ley:

a) Las Asociaciones Cooperativas Agropecuarias de la Reforma Agraria y las Asociaciones Comunales y Comunitarias Campesinas; los asignatarios y adjudicatarios de inmuebles, lotes y solares en las propiedades que el Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria adquirió por Ministerio de Ley, de parte del desaparecido Instituto de Colonización Rural, y las que compró por sus propios medios con anterioridad a la vigencia de la Ley Básica de la Reforma Agraria, los beneficiarios de la Ley para la Afectación y Traspaso de Tierras Agrícolas a favor de sus Cultivadores Directos; las personas naturales o jurídicas que adquirieron inmuebles de conformidad a la Ley de Transferencia Voluntaria de Tierras con Vocación Agropecuaria; y las personas naturales que fueron financiadas por el Banco de Tierras en liquidación;

Los adjudicatarios de tierras provenientes de los inmuebles que el Instituto de Transformación Agraria ha adquirido o adquiera en virtud de la Ley Especial para la Afectación y Destino de las Tierras Excedentes de las 245 Hectáreas, de los delimitados como derechos de acotamiento reconocidos por el Art. 105 inciso cuarto de la Constitución de la República, y de los que compre en virtud de los señalado en el inciso último del Art. 9 de la Ley del Régimen Especial de la Tierra en Propiedad de las Asociaciones Cooperativas, Comunales y Comunitarias Campesinas y Beneficiarios de la Reforma Agraria.

b) Los usuarios pertenecientes al Sector Agropecuario deudores de las siguientes instituciones: FOSAFFI, FFRAP, BFA y FIDEAGRO, cuyas deudas fueron contraídas para financiar las actividades agropecuarias a que se refiere el Art. 8 de esta Ley, calificados y no calificados bajo los beneficios de la Ley para la Rehabilitación de los Sectores Productivos Directamente Afectados por el Conflicto; en lo que respecta al BFA y FIDEAGRO los no calificados serán aquellos cuyos créditos fueron otorgados antes del día 31 de diciembre de 1991, debiendo además estar calificados dentro de las categorías "D o E" a la fecha de vigencia de esta Ley; y,

c) Los usuarios correspondientes al Sector Agropecuario deudores del BFA, que fueron calificados bajo el instructivo para la calificación de casos especiales de usuarios directamente afectados por el conflicto, cuyos créditos están calificados en la categoría de riesgo "C", aprobado por el Banco Central de Reserva de El Salvador".

Por su parte el artículo 3 del citado cuerpo normativo establece que: "Como consecuencia de la readecuación de los créditos a su valor actual, quedan autorizadas las instituciones acreedoras citadas en el Art. 1, de esta Ley, para dar por cancelados los préstamos adeudados, con el pago del 15% del saldo de capital e intereses; ya fuere en efectivo o por medio de bonos de reforma agraria o de la Financiera Nacional de Tierras Agrícolas. En el caso del Fondo de Saneamiento y Fortalecimiento Financiero, éste deberá recibir el pago referido, ya sea por medio de efectivo, de los antes relacionados bonos, o con bienes inmuebles cuyos precios se establecerán por medio de un perito valuador inscrito en la Superintendencia del Sistema Financiero".

RETROACTIVIDAD DE LA LEY

Como regla general la ley surte efectos hacia el futuro; es decir, se aplica a los actos y hechos jurídicos que surgen a partir de su vigencia.

Cuando una nueva ley influye en el pasado, imponiendo sus efectos a hechos y actos ocurridos con anterioridad a su promulgación, se dice que dicha ley es retroactiva. La retroactividad es entonces la aplicación de la norma a hechos que se originaron bajo la vigencia de una norma anterior.

Su contrafigura, la irretroactividad, se erige como un límite mediante el cual se prohíbe tal aplicación hacia el pasado. Así una ley será irretroactiva si no afecta las consecuencias jurídicas de hechos anteriores. La irretroactividad implica entonces que las leyes deben proyectar sus efectos únicamente hacia el futuro, salvo excepciones.

En nuestro marco constitucional la irretroactividad se establece como regla general, a la cual se oponen dos excepciones en los términos siguientes: "Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente. La Corte Suprema de Justicia tendrá siempre la facultad para determinar, dentro de su competencia, si una ley es o no de orden público" (artículo 21 de la Constitución).

En virtud de tal precepto, la autoridad administrativa no puede aplicar retroactivamente una ley más que en los supuestos antes enunciados (orden público y materia penal favorable al delincuente).

Como ya se dijo, la parte actora sostiene que la Ley Especial para Facilitar la Cancelación de las Deudas Agraria y Agropecuaria es de orden público por lo que la autoridad demandada debe hacer una aplicación retroactiva de la misma en tal sentido es preciso hacer alusión a los alcances del concepto de orden publico.

EL ORDEN PÚBLICO COMO EXCEPCIÓN A LA IRRETROACTIVIDAD

La Ley Especial para Facilitar la Cancelación de las Deudas Agraria y Agropecuaria, surge a efecto de favorecer a los deudores de la reforma agraria, ya que la misma les impedía el desarrollo productivo y el acceso a nuevos créditos en el sistema financiero, consecuentemente surge la necesidad de readaptar los créditos y lograr de esta manera que la totalidad de los deudores obtuvieran nuevos préstamos reincorporándose a la producción agropecuaria, ya que los mismos carecían de recursos propios para cancelar dichos adeudos, por lo que con la Ley Especial para Facilitar la Cancelación de las Deudas Agraria y Agropecuaria se pretende crear un esquema de financiamiento que permita volverlos sujetos de crédito.

Ha quedado probado en el proceso que la demandante había cancelado la deuda total al momento en que entra en vigencia dicha ley, y al hacer un análisis de la misma se puede constatar que la demandante no encaja en ninguno de los supuestos previstos en la norma, ya que no existe deuda que cancelar por parte de está con lo cual queda claro que el espíritu del legislador, va encaminado a favorecer a todos aquellos sujetos que se encuentren pendientes con sus créditos y no previó en ninguna de sus disposiciones algún trámite específico para los deudores que al momento de la promulgación de la ley se encontraran solventes con sus acreedores.

No obstante, la parte actora -tal como lo ha venido sosteniendo- afirma que la Ley Especial para Facilitar la Cancelación de las Deudas Agraria y Agropecuaria tiene carácter de orden público debiendo en consecuencia aplicarse de forma retroactiva, por lo que solicita la devolución del excedente del pago efectuado.

Respecto a la irretroactividad de las leyes, se hace oportuno establecer que, de conformidad al artículo 21 de nuestra Constitución, las leyes, por regla general, no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha sostenido en la sentencia de inconstitucionalidad referencia 10-2007, que un criterio de aplicabilidad de las normas en el tiempo es el principio de irretroactividad de las leyes, consagrado en el artículo 21 de la Constitución. "Al respecto hay que subrayar que la Constitución no garantiza un principio de irretroactividad absoluta o total; sino que, sujeta la excepción a dicho principio a los casos de leyes más favorables en materia penal y materias de orden público -este último, declarado expresamente en la ley y avalado por la jurisdicción constitucional-".

La referida jurisprudencia también ha señalado en la Sentencia del 26-VIII-1998, pronunciada en el proceso de Amparo 317-97, que el carácter de orden público de una ley no le concede a ésta, ipso iure, efecto retroactivo, puesto que dicho carácter debe estar consignado expresamente en la misma ley, de una manera general o con referencia a situaciones especiales que ella regula.

Ello porque el principio de la irretroactividad de las leyes está concebido como una garantía normativa o mecanismo tendente a tutelar los derechos fundamentales de las personas. Pues, si la ley ha de aplicarse sobre situaciones jurídicas o facultades nacidas o que han emergido bajo su vigencia, la alteración de situaciones jurídicas consolidadas debe justificarse y consignarse adrede, es decir, expresa y ampliamente, no pudiendo quedar a la discreción del aplicador.

Para comprender mejor el contenido del principio en referencia debe partirse del análisis de la retroactividad de la ley, que significa una traslación de la vigencia de una norma jurídica creada en un determinado momento histórico, a un momento anterior al de su creación, la cual sólo puede ser utilizada en los supuestos que la Constitución autoriza y cuando ciertas necesidades sociales lo justifican- por el legislador. En ese contexto y para determinar si existe o no aplicación retroactiva de las normas jurídicas es imprescindible precisar si la situación jurídica a regular se ha constituido durante la vigencia de la norma anterior o bien durante la de la nueva norma; así como también, determinar si en uno o en otro período de vigencia se ha producido el hecho cuyo efecto jurídico ha de ser regulado, debido a que una situación jurídica no se manifiesta sino cuando se realizan los hechos al que se ligan los efectos jurídicos. Esto significa que una ley es retroactiva si pretende regular situaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia, pero no lo es cuando regula a posteriori o pro futuro los efectos de situaciones nacidas bajo su vigencia.

En general tal principio consiste en que las leyes deben regir para el futuro y no retrotraerse al pasado, ya que de esa manera los sujetos del derecho tienen la certeza

jurídica que sus actos realizados durante la vigencia de una ley, se rigen por ella, que fue la tenida en cuenta al planearlos y ejecutarlos.

En conclusión, debe de entenderse que aunque una ley tenga carácter de orden público, manifestado o no en ella, no debe aplicarse retroactivamente, pues implicaría un exceso a la permisión constitucional, y crearía mayor inseguridad jurídica en perjuicio del orden público que se invoca.

Retomando lo expuesto en los párrafos que anteceden, resulta conveniente ahora el examen de confrontación constitucional entre el decreto legislativo número 263 y el artículo 21 de la Constitución, el cual contempla el principio de irretroactividad de la ley.

El artículo 21 de la Constitución, establece en su primer inciso que: "las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materia de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente".

En el presente caso, el decreto legislativo 263, de fecha veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho, no posee ninguna disposición ni ningún considerando que señale expresamente que es de orden público y que, además, sea de carácter retroactivo.

El carácter retroactivo que pueda darse a una ley -aun si fuera de orden público- debe estar consignado expresamente en la misma. De lo anterior puede concluirse que para que una ley pueda ser retroactiva debe de cumplir una doble característica: por un lado, debe de ser de orden público, es decir, debe buscar mantener el funcionamiento de los servidores públicos, la seguridad jurídica, y la legalidad entre las relaciones de los particulares; y, por otro, la misma debe de establecer tal efecto, puesto que el simple hecho de ser de orden público no implica per se que tenga efecto retroactivo, ya que si esto quedara indeterminado podría verse sujeta -su aplicación retroactiva- al libre albedrío de los juzgadores.

Partiendo de lo anterior, se puede establecer que el citado decreto legislativo 263 no puede considerarse válidamente con efectos retroactivos.

La Asamblea Legislativa, en efecto, al momento de emitir dicho decreto, estableció expresamente en sus considerandos que el mencionado decreto tiene como objeto, entre otros, readaptar los créditos a su valor actual, y lograr así que la totalidad de los deudores obtengan nuevos créditos y se reincorporen efectivamente a la producción agropecuaria, es decir, establecer los mecanismos financieros que permitan cancelar las deudas contraídas por los adjudicatarios de tierras y por los beneficiarios de la Reforma Agraria, ya que dichos deudores carecen de recursos propios para cancelar las deudas contraídas;

por tanto, dicho decreto no es de orden público, este tiene carácter especial y los intereses que regula y protege son intereses particulares, es decir para determinado sector.

Aunado a lo anterior dicha ley no tiene efectos retroactivos, ya que tal carácter, como ya se dijo, tiene que consignarse en la ley, o en sus considerandos de manera expresa y razonable, no pudiéndose dejar indeterminado, tácito o a criterio prudencial de sus aplicadores, ello es un requisito indispensable para la retroactividad de una ley. Requisito que se constituye en virtud de la seguridad jurídica.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que la citada ley no es de orden público ya que no lo establecen sus disposiciones ni sus considerandos, tampoco tiene carácter retroactivo. Por tanto, el decreto legislativo 263, el cual contiene la Ley Especial para Facilitar la Cancelación de las Deudas Agraria y Agropecuaria, de fecha veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho, no es de orden público y no puede tener carácter retroactivo, por lo que la Administración Pública ha actuado conforme a derecho.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 284-A-2003 de fecha 23/3/2009)

LEY REGULADORA DEL DEPÓSITO, TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN DE PRODUCTOS DEL PETRÓLEO

SANCIÓN POR VENTA DE GASOLINA CON OCTANAJE INFERIOR AL EXIGIDO

En el caso que se analiza, la actuación que se debate es la imposición de una multa al demandante, a consecuencia de la presunta infracción al art. 13 literal b) de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos del Petróleo, por la presunta venta de gasolina súper con un octanaje inferior al exigido en las especificaciones de las Normas Obligatorias Salvadoreñas 75.04.01.97.

La facultad sancionatoria de la Administración tiene su cobertura en el artículo 14 de la Constitución de la República. En vista de ello, su actuar se encuentra sujeto al principio de legalidad que recoge también el artículo 86 de la Constitución de la República, al señalar

que "los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley". En virtud de la sujeción a la ley, la Administración sólo puede actuar cuando aquella la faculte, ya que toda acción administrativa aparece como un poder atribuido previamente por ella. En consecuencia, la Administración sólo podrá imponer las sanciones a las que la Ley dé cobertura, y en la forma en que la misma lo regule.

Esta Sala ha señalado en reiteradas decisiones (entre otras, sentencia definitiva de las nueve horas del día veintiuno de marzo de dos mil tres,- referencia 182-A-2001), que el origen común de la potestad sancionadora jurisdiccional y administrativa en el denominado *ius puniendi* del Estado justifica el traslado de principios aplicables en materia penal al ámbito administrativo sancionador.

Al respecto, Pérez Royo sostiene: "actualmente constituye opinión absolutamente mayoritaria que las diferencias entre las sanciones administrativas y las jurídico-penales propiamente dichas no son sustanciales, sino puramente formales. Por ello se solicita unánimemente la aplicación de los principios fundamentales del Derecho Penal -claro está- matizados al derecho administrativo, sobre todo la de aquellos que suponen una limitación del poder punitivo del Estado, a la sanción administrativa".

De tal manera, la traslación de principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador no es automática, y debe cada uno de ellos ser matizados conforme a los principios que rigen ésta segunda materia, ellos son:

- 1- Una acción u omisión: el comportamiento positivo u omisivo del administrado vulnera un mandato o una prohibición contenida en la norma administrativa;
- 2- La sanción: para que este comportamiento sea constitutivo de infracción es necesario que el ordenamiento legal reserve para el mismo una reacción de carácter represivo; y
- 3- La tipificación: el comportamiento inequívoco del infractor, así como la sanción prevista para el mismo, deben aparecer descritos con suficiente precisión en una norma con rango de ley.

En conclusión la sanción administrativa tal y como lo señala el actor Luciano Parejo Alfonso, es pues "un infligido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o una conducta constitutiva de infracción, es decir, tipificado legal y previamente como tal".

Es en la especificidad de la conducta típica donde centramos nuestra atención, advirtiendo que las conductas sancionables deben encontrarse delimitadas. Afirma el tratadista Fernando Pérez Royo que el principio de tipicidad representa una derivación del principio de la exigencia de seguridad jurídica, y constituye un límite fundamental para la potestad sancionatoria de la Administración.

Estima el reconocido tratadista que la Administración debe proceder a la calificación de las infracciones teniendo en cuenta que al hacerlo no desarrolla una facultad discrecional, sino una actividad jurídica de aplicación de normas que exige como presupuesto objetivo, el encuadre o subsunción de la conducta en el tipo predeterminado legalmente.

Tales elementos doctrinarios, se traen a colación ante la primera alegación hecha por el actor, en el sentido que la multa impuesta no se basa en contravención a ninguna ley, reglamento u ordenanza. La exigencia de una especificidad en la conducta a tipificar, torna necesario a fin de resolver tal alegación, realizar una revisión de la legislación vinculada a la materia.

Por lo que la finalidad que guía la potestad que nos ocupa, es la protección o tutela de los bienes jurídicos precisados por la comunidad jurídica en que se concreta el interés general (Luciano Parejo Alfonso y otros: Manual de Derecho Administrativo).

PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El Art. 12 de la Constitución de la República, expresa que toda persona a la que se impute un delito, se presumirá inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad, de conformidad a la ley en un juicio en el que se aseguren las garantías necesarias para su defensa.

La presunción de inocencia es un principio plenamente aplicable en el campo de las infracciones y sanciones administrativas; se constituye como una presunción iuris tantum, que exige que toda acusación sea acreditada con la prueba de los hechos en que se fundamenta. Tal garantía constitucional en materia administrativa, acompaña a quien se le imputa la comisión de una falta o infracción, en tanto no exista una sentencia condenatoria firme que establezca su culpabilidad. La simple instrucción de una causa no constituye una infracción a dicha garantía, pues en la misma se dota al individuo de todas las herramientas para ejercitar su defensa y probar su estado de inocencia.

La Sala de lo Constitucional se ha pronunciado en cuanto al alcance de este principio, declarando que "toda persona sometida a un proceso o procedimiento, es inocente y se mantendrá como tal dentro del proceso o procedimiento, mientras no se determine su culpabilidad por sentencia definitiva condenatoria o resolución motivada, y respetando los principios constitucionales procesales. Por lo tanto, se considera que ninguna persona - natural o jurídica- puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de 'presunciones de culpabilidad', sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales si no se acompañan de otros medios de prueba que lleven a una conclusión objetiva de culpabilidad" (Sentencia del diez de febrero de mil novecientos noventa y nueve. Amp.360-97, Considerando 111.2).

Una de las consecuencias de este principio es que, basándose en las pruebas aportadas por la parte acusadora, la autoridad que conoce de los hechos pronunciará el fallo y no es la persona implicada la obligada a probar su inocencia.

En ese sentido la doctrina ha manifestado que la presunción constitucional de inocencia, con rango de derecho fundamental, supone que sólo sobre la base de pruebas cumplidas, cuya aportación es carga de quien acusa (aquí, la propia administración, en su fase instructora), podrá alguien ser sancionado." (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid.1993, Pág. 180).

Por su parte el actor Luciano Parejo Alfonso y otros, en su Manual de Derecho Administrativo, manifiesta que el principio de presunción de inocencia no puede ser destruido mediante sospechas, y aún más, excluye la presunción inversa de culpabilidad atribuyendo la carga plena de la prueba a quien acusa y puede sancionar, cubriendo los hechos y la culpabilidad; la Administración, titular de la potestad sancionadora, tiene el deber legal de probar y demostrar rigurosamente la culpabilidad. ", la insuficiencia, a efectos del levantamiento de la carga de la prueba, de los actos de inspección, por carecer por sí solos de las características de veracidad y convicción o también por carecer de certeza y tener efecto puramente indiciario; en tanto que la carga de la prueba incumbe a la Administración, al imputado en modo alguno le corresponde prueba alguna de la no comisión de la infracción..." "...a la Administración le compete la aportación de una prueba razonable tanto del hecho como de que este es atribuible al imputado a título de dolo o culpa."

Así que, "los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario"; la cual incumbe

directamente a la Administración Pública, en cuanto a la prueba de los hechos como único mecanismo para la destrucción de la presunción de inocencia.

Añade el citado actor que como reglas para la demostración de la presunción de inocencia:

"-La práctica de oficio o a instancia del presunto responsable de cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de los hechos y de las responsabilidades (culpabilidad), pudiéndose declarar improcedente únicamente la práctica de aquellas que, por su relación con los hechos, no puedan alterar la resolución final a favor de dicho presunto responsable.

El valor probatorio de las constataciones de hechos por funcionarios a los que esté atribuida la condición de autoridad, formalizadas en documento público y observando los requisitos legales pertinentes. Es ésta una regla dirigida a resolver las dudas, generadas por la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, sobre el alcance probatorio de las actas, los atestados y las denuncias de los funcionarios o empleados de la administración. Debe considerarse correcta en tanto que se limita a afirmar el valor probatorio de dichos actos, sin establecer en modo alguno su carácter de prueba plena. Antes al contrario, la propia regla legal precisa que dicho valor se entiende sin perjuicio de la posibilidad de su destrucción por las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los administrados." (Parejo Alfonso, Luciano y otros, Op. Cit. Pág. 326).

Como se aprecia, presunción de inocencia no es, como expresa el demandante, el hecho de que desde el inicio del procedimiento fue considerado culpable, sino el hecho que la carga de la prueba corresponda a la parte acusadora (Administración), lo que si aconteció en la fase de instrucción de las diligencias administrativas.

Efectuada la anterior aclaración reparamos que, además lo aseverado por el administrado difiere de lo encontrado en el expediente administrativo, pues en primer lugar el auto por medio del cual se le notificó al demandado los resultados de la inspección llevada a cabo en la estación de servicio, constituye una presunción sobre los hechos, pues no se le está aplicando ninguna consecuencia jurídica en ese momento, sino más bien, es la cobertura al derecho de defensa del administrado, que lleva inmerso el principio de seguridad jurídica.

Lo anterior lo ampara la Ley de Procedimiento para la imposición del Arresto o Multa Administrativo, ya que determina la oficiosidad en el procedimiento sancionatorio, de la siguiente manera:

El Art. 5 establece:

"La autoridad competente que tuviere conocimiento personal o por medio de denuncia o de informe de agente de autoridad, delegado, representante, inspector o empleado, de una contravención sancionable con arresto o multa, ordenará inmediatamente que de oficio se inicie el procedimiento que establezca esta Ley".

Por su parte el Art. 11 establece:

"Iniciado el procedimiento, la autoridad ordenará la citación del presunto infractor, para que comparezca a la oficina dentro de término de tres días hábiles a manifestar su defensa".

De tales disposiciones y de la vista del expediente administrativo, se observa que se mando a oír por la presunta infracción, tal y como lo establece la Ley, no se dice nada aún de culpabilidad.

Por lo que el primer argumento del demandante, en el sentido que a la autoridad le bastó el análisis de la muestra en el Laboratorio, para dar inicio al procedimiento, es contradictorio a lo señalado en el principio bajo análisis y no es válido, ya que precisamente es a la Administración a quien le corresponde la carga de la prueba, ya que fue en base a una presunción detectada en la inspección realizada de oficio, que se dio inicio el procedimiento sancionatorio, y tal carga no compete al administrado, tal como lo dejamos señalado en párrafos anteriores en los aspectos doctrinarios, en vista que es la prueba de los hechos los que pueden destruir ese principio de inocencia.

Lo anterior se confirma con lo sostenido por la autoridad demandada, en relación a que el demandante fue oído en el procedimiento que se llevó a cabo, en el cual alegó inconformidad con lo que se presumía en su contra, pues de lo contrario como tendría el derecho de desvirtuar tal situación, es así como ejerció su derecho de defensa, en dicha etapa procesal y en la probatoria como más adelante se señalará.

Por lo que no se considera que exista la contradicción que el demandante alega en cuanto a la violación de la garantía de presunción de inocencia; en vista que fue hasta obtener el resultado del análisis de la muestra, que se dio inicio al procedimiento administrativo, dicho análisis fue efectuado por el Laboratorio[...], en el cual se describe el método utilizado por el mismo, así como la fecha de la muestra obtenida en el Centro de Servicio, en dicho documento no se observa que el mencionado Laboratorio haya objetado en relación a la fecha de obtención de la muestra con la fecha de envío al mismo, en razón de lo alegado por el demandante de que tal situación generó diferencia en el resultado, es

más el análisis del Laboratorio reporta un octanaje de noventa punto ocho y el obtenido en la inspección efectuada con los medidores portátiles fue de ochenta y ocho, de lo anterior se observa que el valor que más se acerca al determinado en las especificaciones de calidad exigidas por la normativa de la materia es el reportado por el Laboratorio, y fue en base a éste que la autoridad demandada efectuó la comparación en cuanto al cumplimiento de la norma relacionada sobre el octanaje de la gasolina súper, que establece en 95 octanos la gasolina súper, consecuentemente tal resultado es más beneficioso al demandante, en vista que es el que más se acerca al exigido en la normativa, es por ello que la alegación de la demandante en cuanto a que la diferencia detectada se debió a los días en que se demoró la autoridad demandada en enviar la muestra al Laboratorio, no es atendible, pues no se observa que se reporte en el análisis reducción en el octanaje de la misma como producto de los días que demoró el envío de la misma al Laboratorio, sino que por el contrario éste se incremento en relación a la muestra extraída del Centro de Servicio por los Delegados; por lo tanto no se ven afectados los intereses de la demandante.

En virtud de ello, se considera que se brindó al administrado el derecho de desvirtuar los hechos señalados en su contra en la etapa procesal correspondiente y no se le consideró culpable sino hasta finalizado el procedimiento administrativo.

En relación al segundo de los aspectos controvertidos en el caso de autos en lo relativo a que en dos ocasiones se abrió a pruebas el procedimiento, contradiciendo el citado art. 249 del Código de Procedimientos Civiles. Dicho artículo establece:

"En ningún caso y por ningún motivo podrá extenderse la ampliación del término probatorio más allá de los límites señalados por la Ley".

Que en adición a tal disposición se violenta lo relacionado en los arts. 13 y 14 de la Ley de Procedimientos para la Imposición del Arresto y Multa Administrativos.

Art. 13.- "Si el presunto infractor compareciere en el término legal e hiciere oposición al manifestar su defensa o fuere declarado rebelde, se abrirá a prueba el procedimiento por el término de ocho días hábiles dentro del cual deberán producirse las pruebas ofrecidas y confirmar las mencionas en el informe o la denuncia".

Por su parte el art. 14, establece: "Concluido el término de prueba, si hubiere tenido lugar; y recibidas las que se hubieren ordenado o solicitado, la autoridad dictará resolución dentro de tercero día, con fundamento en las pruebas y disposiciones aplicables. Si se impone el arresto o la multa, la sanción se determinará de conformidad a la ley respectiva..."

Para efectos de lo alegado en el caso de autos y de lo determinado en las citadas disposiciones, se tiene que el término de prueba es de ocho días.

Consta en el expediente administrativo, el auto del diez de febrero de dos mil cinco que contiene la orden de apertura a prueba por el término de ocho días hábiles.

Lo anterior no contiene plazo distinto al ordenado en la citada disposición legal, por lo que se hace necesario valorar lo efectuado en dicho término.

La notificación al demandante se realizó el día catorce de febrero de dos mil cinco, quien hizo uso de su derecho por medio de su apoderada el día dieciocho de febrero del mismo año, alegando fundamentalmente dos aspectos, que es de importancia señalar:

- 1) "Que pretendo establecer que mi representada ha comprado a Puma El Salvador, S.A. de C.V., gasolina regular y gasolina Premiun, por lo cual el octanaje que tiene la gasolina es vendida por Puma El Salvador, S.A. de C.V., y la Compañía Puma es el responsable de la calidad de la gasolina que hay en el tanque, y mi representada es un comprador de buena fe".
- 2) El ofrecimiento de prueba testimonial, por parte de un empleado del demandante, a fin de verificar el señalamiento anterior.

En vista que la discusión se suscita en relación a que el demandante alega que se abrió en dos ocasiones el término de prueba, y la parte demandada lo desvirtúa manifestando que lo que se pretendió era dar un trato igual de oportunidades a las partes en cuanto a su derecho de defensa, en vista que lo manifestado por el demandante constituye una imputación que puede generar consecuencias jurídicas, que necesitan probarse.

De lo anterior, se aprecia que el vencimiento del término de prueba finalizaba el veinticuatro de febrero de dos mil cinco, el escrito de la apoderada del demandante fue presentado el día dieciocho del mismo mes y año, quedando cuatro días para que la autoridad demandada admitiera lo ofrecido en el escrito relacionado que era la documentación que comprobaba la compra del producto y el recibimiento de la prueba testimonial.

Se citó al testigo ofrecido por la demandante, por medio de auto del veinticuatro de febrero de dos mil cinco, fecha que constituía el último día hábil del término de prueba, la declaración de dicho testigo se recibió el veintiocho del mismo mes y año.

Posteriormente se emitió resolución el uno de marzo de dos mil cinco, en la cual se establece que en atención a lo suscitado en relación a la responsabilidad atribuida a la

Sociedad Suministrante del producto "Puma de El Salvador, S.A. de C.V.", por parte del demandante, y en razón de ello se otorga audiencia a la misma, por presumirse que dicha Sociedad estaba infringiendo la Ley de la Materia.

Lo anterior no implica precisamente una ampliación del término de prueba, sino más bien el procedimiento seguido ante el incidente señalado por aquél, el cual era desconocido de la autoridad demandada, del cual debía también pronunciarse, pues guarda relación con la determinación o no de la responsabilidad del demandante.

A este respecto la doctrina, hace alusión a una excepción en cuanto al término de prueba, que es cuando surge un acaecimiento de cualquier hecho cuya imprevisibilidad y gravedad tornen imposible la ejecución de uno o más actos probatorios "Derecho Procesal Civil, Tomo IV, pág. 389, Lino Enrique Palacio".

Para el autor José Garbarí Llobregart y otro, consideran que en el procedimiento administrativo debe conferirse el derecho común de formular alegaciones y aportar los documentos que estimen conveniente en cualquier momento del expediente o anterior al trámite de audiencia. Mediante este específico derecho, pues, y aparte de hacerse efectivo el general derecho de defensa del inculpado y el derecho a ser oídos de los restantes interesados que puedan verse afectados por la futura resolución. En conclusión señala que los interesados en el procedimiento administrativo sancionador se encuentran legalmente habilitados para acometer dichas actividades alegatorias en cualquier momento de la fase de instrucción del procedimiento, sin que hayan de verse sujetas las mismas a plazo preclusivo alguno.

En este sentido, en el caso de autos se considera que con el nuevo hecho que surgió, el cual podía generar consecuencias jurídicas para el tercero involucrado en el procedimiento administrativo a raíz de los señalamientos efectuados en su contra por el demandante, para quien esta Sala considera indispensable otorgar las garantías constitucionales de audiencia y defensa, las cuales efectivamente se observa fueron otorgadas a favor de la Sociedad Suministrante "Puma S.A. de C.V.", a quien igualmente se otorgó el término de prueba correspondiente, en vista que esta última presentó documentación para ser valorada, a fin de desvirtuar los señalamientos en su contra, lo anterior no es más que un mejor proveer, en vista que no se puede culpar a una persona solamente con lo alegado por otra, al igual que no se puede sustraer del cumplimiento de una obligación legal por el hecho de no haber sido la única que tuvo relación con el hecho, sino que de manera individual debían acreditarse o descalificarse conductas de posible infracción legal.

El tercer de los aspectos alegados por el demandante es el relativo a que la autoridad demandada no presentó la certificación de la calibración correspondiente del medidor portátil utilizado el cual es extendido por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, o sus siglas CONACYT.

Para el caso, la legislación correspondiente establece, en cuanto a las definiciones pertinentes al caso bajo análisis, los siguientes:

Calibración:

Art. 121.VI "Comparación con un estándar o instrumento de medida de conocida exactitud con otro estándar o instrumento para detectar, correlacionar, reportar o eliminar por medio de ajuste cualquier variación en la exactitud del instrumento que ha sido comparado";

Aferición: "Contraste de los pesos y medidas";

Art. 54.-"Todo instrumento de medida utilizado en operaciones, de carácter comercial, valorización de servidos y trabajos, peritajes judiciales, y todas aquellas actividades que determinen los organismos competentes, deberá ser aferido de acuerdo con esta Ley y su reglamento. La aferición es inicial, complementaria y periódica y se indicará por una señal o marca diferente para cada uno de ellas".

Normas Obligatorias Salvadoreñas:

Art. 30.-"Las normas obligatorias se identificarán con las iniciales NSO "Normas Salvadoreñas Obligatorias", seguida del número que le corresponda y de las dos últimas cifras del año de su aprobación".

Serán Normas Obligatorias

- a) Las que rigen el Sistema Internacional de Unidades (SI);
- b) Las que se refieren a materiales, procedimientos, productos y servicios que puedan afectar la vida, la seguridad y la integridad de las personas, de otros organismos vivos y las relacionadas con la Protección del medio ambiente;
- c) Las que se establezcan por considerar el Ejecutivo, a propuesta del Consejo, que convienen a la economía o son de interés público.

Aferición de los instrumentos de las Dependencias del Gobierno

Art. 57.-Los instrumentos de medida que utilicen las dependencias públicas y autónomas, serán aferidos igualmente, cuando tales instrumentos fueren utilizados en la prestación de servicios al público. Los restantes instrumentos de medida que utilicen las mencionadas dependencias, deberán ser periódicamente aferidos a fin de garantizar su exactitud, de conformidad con las condiciones que establezca el Reglamento.

La autoridad demandada en el traslado conferido manifestó que cuando los Delegados realizan inspección en una estación de servicio, según sean las comprobaciones que van a realizar lo hacen con instrumentos que llevan en el que denominan Laboratorio Móvil, entre ellos, "Seraphines y Medidores Portátiles"; los primeros son certificados por CONACYT y sirven para medir si se está vendiendo galones de gasolina exactos, y los segundos, no son certificados por CONACYT, pues son aparatos electrónicos que dan un valor sobre el octanaje que tiene la gasolina en ese momento.

Como los medidores portátiles solo dan un valor, cuando este es inferior al establecido en la Norma, los inspectores toman dos muestras, las que se identifican y sellan a fin de enviar una de dichas muestras a un Laboratorio para determinar el octanaje exacto que contiene la muestra y la otra muestra queda en la estación de servicio, ello debido a la falta de un laboratorio equipado, por lo que para realizar tal análisis lo envían a la Refinería Petrolera Acajutla, S.A. de C.V.

De lo alegado por las partes a este respecto, se hace las siguientes consideraciones:

- En cuanto a que los medidores portátiles solo dan un valor, cuando este es inferior al establecido en la Norma, y que los inspectores toman dos muestras, las que se identifican y sellan, una queda en la estación de servicio y la otra para ser enviada a un Laboratorio, este se considera un mecanismo de control, y no una aseveración del resultado, pues para determinar la misma, es que se toman las muestras para que sean analizadas por un laboratorio especializado en esa materia de conformidad a los métodos establecidos en la Norma Salvadoreña Obligatoria, y determinar el octanaje exacto que contiene la muestra.

Por lo que el ejercer un control de la actividad de las estaciones de servicios, no es determinar con exactitud el cometimiento de una infracción, sino por medio de aquel procedimiento que se efectuó de conformidad a la Ley de la materia, y será con las pruebas fehacientes, que se podrá determinar una infracción.

Así se tiene que el expediente administrativo se inicia con la remisión del acta de los delegados de la autoridad demandada, en la cual consta el control efectuado por medio de la inspección oficiosa, de la cual se observa que se tomó una muestra del producto, por lo tanto no es tal muestra la que determina la atribución de la infracción, sino que la

misma se envió al laboratorio correspondiente para su análisis y fue bajo el resultado de dicho análisis que se emitió la correspondiente resolución sancionatoria por parte de la autoridad demandada.

En conclusión de las consideraciones antes relacionadas se determina que la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos del Petróleo, establece la obligación de cumplir con la Legislación o Normas Salvadoreñas correspondientes y vender los combustibles, respetando las especificaciones de calidad en ellas establecidas. (art. 13 lit. "b"). Dicha Norma Obligatoria, está desarrollada de manera específica en el Reglamento de Aplicación de dicha Ley, (art. 68) así como en el art. 30 de la Ley de CONACYT, y tipificada como infracción grave en el art. 18 inc. 3°, por lo que su incumplimiento deviene en una sanción regulada en el art. 19 de dicha Ley.

El demandante tuvo la oportunidad de desvirtuar los señalamientos en las etapas correspondientes, lo cual no se observa, sino más bien trató de declinar en un tercero la responsabilidad, lo cual no es viable legalmente, porque desde el momento que le fue autorizado un centro de servicio, le es inherente el deber de cumplir con todos los aspectos técnicos relacionados con la normativa de calidad y seguridad establecidas en las Normas Salvadoreñas o Normas Internacionales aplicables, o asegurarse que el suministrante le venda tal calidad, tales regulaciones están encaminadas a brindar seguridad jurídica, y que el interés general sea protegido, en este caso los consumidores que compran los productos, tal y como lo consagra el art. 5 de la Ley de la Materia.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 195-2005 de fecha 22/04/2009)

SANCIÓN POR VENTA INEXACTA DE COMBUSTIBLES

El demandante impugna de ilegal la resolución número 125 de fecha dos de marzo de dos mil cinco, mediante la cual se le impuso multa por infracción al artículo 16 literal "a" de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo.

El Artículo 16 de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo, creada mediante el Decreto Legislativo número .169 del diecinueve de noviembre de mil novecientos setenta, publicado en el Diario Oficial número doscientos treinta y cinco, Tomo doscientos veintinueve del veintitrés de diciembre del mismo año,

vigente al momento de los hechos, prescribía que: "Las personas autorizadas para operar Estaciones de Servicio deberán cumplir con las obligaciones del artículo 13 y las siguientes: a) Vender las cantidades exactas de combustibles correspondientes a la unidad de medida".

La conducta descrita en el literal a) de la norma relacionada, es considerada por la citada Ley como una infracción "grave", la cual según el artículo 19 del mismo cuerpo legal, será sancionada administrativamente por el Ministerio de Economía de la forma siguiente: "b) Las infracciones Graves se sancionarán con una multa equivalente al monto mensual de treinta y uno a sesenta salarios mínimos industrial vigente. En caso de reincidencia, ésta se convertirá en una infracción Muy Grave".

Se encuentra agregada al expediente administrativo, el acta de la inspección realizada el cinco de noviembre de dos mil cuatro por los delegados de la Dirección de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía en la estación de servicio propiedad de la demandante. En dicha acta consta que como resultado de la inspección se encontraron tres surtidoras con reporte medido de menor volumen.

En vista que en la citada estación de servicio se estaba suministrando al consumidor menor volumen de combustible que el establecido y que en el caso particular de la bomba número uno, resultó no tener marchamo, la Dirección de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía consideró que la referida estación de servicio estaba infringiendo el literal a) del artículo 16 de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo, infracción que se cataloga como grave.

Verificada la infracción, la Administración Pública llevó a cabo el procedimiento correspondiente con el fin que la administrada desvirtuara lo aseverado por los delegados del Ministerio de Economía. Sin embargo como consta en las diligencias administrativas, durante dicho procedimiento la demandante, únicamente presentó documentación tendente a demostrar que al momento de la inspección las bombas de la estación de servicio de su propiedad estaban siendo reparadas, precisamente por presentar desperfectos en sus medidores.

Esta Sala considera que dicho argumento -el que las bombas se encontraran en reparación al momento de la inspección-, en nada desvirtúa la infracción atribuida por el Ministerio de Economía a la demandante. Es evidente que como la inspección señala, la estación de servicio propiedad de la demandante, estaba vendiendo a los consumidores cantidades inexactas de combustible y más aún que, la propietaria del lugar estaba consciente de este

hecho, pues aunque las bombas estaban siendo reparadas, continuó empleándolas, aún después de la inspección, no obstante la descalibración de las referidas bombas.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Tal como señala el numeral III de la resolución 125, el Ministerio de Economía valoró la prueba presentada de conformidad a las reglas de la sana crítica, según lo prescribe el artículo 30 de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos. La Sana Crítica implica que el juzgador debe emplear: "...las reglas de la experiencia, de la lógica, de la historia, de la psicología, de la sociología, de la imaginación (la que también tiene sus reglas, para el caso del juzgador), para que en cada proceso administre justicia con más acierto, ya que valorará la prueba de acuerdo con lo dicho y para el caso concreto." Manual- de Derecho Probatorio. Dr. Jairo Parra Quijano, Ediciones Librería del Profesional, Sainaré de Bogotá, Colombia, 1998, Pág. 111. Lo expuesto determina al juzgador, para que deba apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano. La Prueba en Materia Penal. Jauchen, Eduardo M., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 1996. Pág. 53.

Por ello no es cierto, como afirma la demandante, que la Administración Pública haya violado sus derechos al momento de analizar la prueba presentada, ya que como ha quedado establecido, los elementos probatorios aportados por la demandante, únicamente comprueban los desperfectos existentes en las bombas -conducta que no está sujeta a sanción-, pero no desvirtúan el resultado de la inspección realizada, sino que además confirman que la demandante, infringió el artículo 16 literal a) de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo, al vender al consumidor cantidades inexactas de gasolina, en cuanto continuó operando no obstante los desperfectos de sus bombas, y las continuas reparaciones, lo cual hace a la demandante acreedora de la multa impuesta.

Por las razones expuestas, esta Sala concluye que no existen los vicios alegados por la parte demandante; consecuentemente los actos administrativos impugnados son legales y así deben declararse.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 110-2005 de fecha 21/07/2009)

LICITACIÓN PÚBLICA

RESOLUCIÓN EXTEMPORÁNEA DEL RECURSO DE REVISIÓN

"FINALIDAD DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Esta Sala ha sostenido en muchas oportunidades, que los recursos son los instrumentos que la ley provee para la impugnación de los actos administrativos, a efecto de subsanar los errores de fondo o de forma en que haya incurrido la Administración al dictarlos, constituyendo una garantía para los afectados por actuaciones de la Administración, en la medida que les asegura la posibilidad de reaccionar ante ellas, y eventualmente, de eliminar el perjuicio que comportan. Gran parte de nuestras leyes regulan medios impugnativos en sede administrativa, para asegurar que los actos de aquella se realicen conforme al orden legal vigente.

Para hacer efectivo el referido control, la ley crea expresamente la figura del recurso administrativo como un medio de defensa para deducir, ante un órgano administrativo, una pretensión de modificación o revocación de un acto dictado por ese órgano o por un inferior jerárquico.

i) Autoridad competente para conocer del recurso

En el caso de autos, el demandado argumenta que el recurso de revisión interpuesto por el demandante debió dirigirse contra el Concejo Municipal y no contra el Alcalde, de conformidad a lo que establece el artículo 77 de la LACAP.

En dicho sentido el referido artículo 77 en lo pertinente prevé: *"El recurso de revisión deberá interponerse por escrito ante el funcionario que dictó el acto del que se recurre"*

Consta a folios 38 del expediente judicial, el acto administrativo por medio del cual se decidió adjudicar el proyecto licitado, en dicha decisión se expone: "ACUERDO NUMERO TRES. La municipalidad en uso de sus facultades legales (...) ACUERDA: Adjudicar la realización del Proyecto (...)"

Respecto del término municipalidad el Código Municipal establece que "Art. 2.- El Municipio constituye la Unidad Política Administrativa primaria dentro de la organización estatal, establecida en un territorio determinado que le es propio, organizado bajo un ordenamiento jurídico que garantiza la participación popular en la formación y conducción de la sociedad local, con autonomía para darse su propio gobierno (...) tiene personalidad jurídica (...) y su representación la ejercerán los órganos determinados en esta ley". Mas adelante el artículo 47 del mismo cuerpo legal señala que "El Alcalde representa legal y administrativamente al Municipio".

De lo anteriormente apuntado se establece lo siguiente: Efectivamente, la LACAP regula el recurso de revisión y la forma de interponerlo en caso de inconformidad. Como se apuntó, del acto recurrido se infiere que la decisión fue tomada por la "Municipalidad" sin individualizar por cuál de sus órganos.

En relación a lo anterior se debe tener en cuenta que de la forma en que fue redactado el acto por medio del cual se comunicó el acuerdo de adjudicación, al administrado solamente le constaba que la decisión fue tomada por la Municipalidad, por lo consiguiente, el recurso de revisión fue dirigido al Alcalde Municipal, a quien de conformidad a lo regulado en el artículo 47 del Código Municipal, le corresponde la representación legal del Municipio.

En dicho sentido, como ya se señaló en auto de fecha veinticinco de noviembre de dos mil cinco, no puede ni debe pretender la Administración Pública, que el administrado dirija un recurso contra un órgano que no figura en la redacción del acto que le causa agravio como productor de él.

Por lo anterior, esta Sala considera que el recurso fue dirigido correctamente contra el Alcalde Municipal en calidad de representante del Municipio.

ii) De la admisión del recurso y el silencio positivo

El demandante por su parte argumenta que se debe entender resuelto favorablemente el recurso de revisión, de conformidad a lo que establece el artículo 77 de la LACAP. [...]

Para efecto de determinar si existió silencio positivo es necesario realizar una cronología de los hechos ocurridos:

Tal como consta en documentos anexos al expediente judicial, el actor interpuso el recurso de revisión el nueve de diciembre de dos mil dos [...].

El doce de diciembre del mismo mes y año, la Administración Pública le hace una prevención al demandante previo admitir el recurso, [...].

El quince de enero la Comisión especial emite resolución en la que se señala que el recurso fue admitido el veinte de diciembre de dos mil dos [...].

Finalmente el dieciséis de enero de dos mil tres, se emite resolución en la que se resuelve el recurso interpuesto.

De lo señalado es pertinente aclarar que el recurso fue admitido el veinte de diciembre de dos mil dos, y no el doce de diciembre como lo manifiesta el demandante, ya que en esta fecha se realizó una prevención previo a admitir el recurso.

Contabilizando los plazos resulta entonces que el veintiuno de diciembre (día hábil de conformidad al decreto número 1088 de fecha doce de diciembre del año dos mil dos y según el cual, los empleados públicos no laborarían los días veintitrés de diciembre de dos mil dos, ni tres de enero de dos mil tres), fue el primer día a contabilizar dentro del plazo de quince días hábiles establecidos por la ley para sustanciar el proceso, plazo que venció el veintitrés de enero de dos mil tres, en consecuencia, habiéndose resuelto el recurso el día dieciséis de enero de dos mil tres, no se configura el silencio positivo alegado por la parte demandante, por lo que el acto mediante el cual se resolvió el recurso de revisión no adolece de los vicios de legalidad señalados por el demandante.

Determinado lo anterior se procede a realizar el examen de legalidad del acto de adjudicación.

PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN Y LAS BASES DE LICITACIÓN.

El demandante señala que el acto por medio del cual se adjudicó el proyecto es ilegal debido a los siguientes puntos:

La adjudicación de la licitación se notificó el veinticuatro de noviembre de dos mil dos, es decir un día antes de que se recibieran las ofertas, programada para el veinticinco de noviembre del referido año según las bases de licitación, existiendo vicio del consentimiento llamado dolo, arts. 1322 y 1329 del Código Civil;

Que luego de abrir los sobres con las ofertas el demandante ocupó el primer lugar;

Y que no se le permitió subsanar la falta de sello en la declaración jurada.

i) Sobre el procedimiento de licitación

Como es sabido, para que la Administración pueda manifestar su voluntad y prestar su consentimiento en un contrato, es necesario, como regla general, llevar a cabo un procedimiento de selección del contratista.

La licitación es entonces un procedimiento administrativo de selección, en el cual, analizadas las propuestas de los licitantes, se selecciona y acepta la más ventajosa.

Durante el proceso licitatorio se siguen determinados requisitos legales que le dan validez y tienden a asegurar la mayor transparencia, legalidad y legitimidad del mismo. Un proceso de licitación manejado conforme a Derecho es garantía de una sana administración, salvaguarda de los intereses de la comunidad, de los intereses y derechos de los particulares y también de aquél o aquellos que ordenan o ejecutan obras o servicios con dineros públicos.

Se trata de un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual: *"Por el que el ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente"*. (Roberto Dromi: Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995).

El procedimiento culmina con la adjudicación, acto por el cual el licitante determina, declara y acepta la propuesta más ventajosa, habilitando la futura celebración del contrato.

Pueden establecerse dos premisas básicas: 1) El procedimiento de licitación tiene un carácter público y constituye una expresión no solo de la legalidad de la voluntad administrativa formada en el mismo, sino de garantía de los particulares; y 2) Este debe realizarse con estricto apego a la normativa aplicable y a las bases de licitación.

Conviene recordar ciertos presupuestos relativos al valor jurídico de las denominadas bases de licitación, o pliego de condiciones, según se conocen también en la doctrina.

Las mismas contienen las condiciones del contrato a celebrar, así como las reglas del procedimiento de la licitación. Dichas condiciones, que encuentran su origen en las necesidades mediatas e inmediatas que se pretenden llenar por la Administración, son fijadas unilateralmente por ésta. En tal sentido, las bases de licitación configuran el instrumento jurídico que fija los extremos contractuales y procedimentales de la licitación, entre ellos su objeto y las condiciones para ser admitido a la misma.

En este orden de ideas, el acto de adjudicación debe ceñirse a lo dispuesto en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, y además en las Bases de Licitación.

ii) Sobre el contenido de las Bases de Licitación.

El contenido de las bases de una licitación, o pliego de condiciones es el programa precontractual en el que se formulan cláusulas específicas dictadas unilateralmente por la Administración, estas cláusulas son de alcance general y particular dependiendo de su contenido.

Las bases prescriben por regla general cuatro postulados en su contenido: a) el objeto licitado se define mediante elementos cualitativos y cuantitativos de individualidad que se ciñen a las necesidades de la Administración Pública; b) Regulan exigencias relativas a los sujetos y no a las propuestas, lo expuesto, hace referencia a las condiciones jurídicas de habilitación -que lleva inmersa la calificación de capacidad-, la habilitación técnica y financiera como condiciones mínimas de un licitante frente a la potencial oferta; c) cláusulas obligatorias o prohibitivas, las cuales pueden tener un carácter expreso o implícito, dado que las mismas regularmente ya se encuentran contenidas en disposiciones legales positivas, o aún devienen de los principios generales del derecho y las directrices contractuales — en lo que hace referencia a voluntad por ejemplo-; y d) Siempre existe una fijación de actos y afectaciones procedimentales, que sientan las reglas del juego a seguir, lo anterior incluye el ejercicio de ciertos derechos, solemnidades a llenar por el carácter especial del objeto licitado, etc.

Lo antes expuesto se encuentra en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (artículo 44). El contenido de las bases de licitación tiene como finalidad específica, fijar los extremos de participación y condiciones de realización de las facultades de la Administración Pública, es por ello que las mismas constituyen un derecho positivo derivado de una relación precontractual. Dichas bases constituyen un *plus* o infraorden normativo que sienta los elementos primigenios de una licitación, calificada por las particularidades de su objeto y sujetos intervinientes, elementos que no se encuentran en oposición al orden normativo general, sino que constituyen un complemento de éste.

La licitación pública tiene principios rectores que determinan el cumplimiento eficaz y adecuado del procedimiento, y estos principios son materializados por medio de actos realizados por la Administración.

Las bases de licitación pública tienen como finalidad darle cumplimiento primordialmente al principio de igualdad, dicho principio establece que todos los oferentes deben ostentar un trato igualitario frente a la Administración, así: a) debe existir una consideración de las ofertas en plano de igualdad y concurrencia frente a los demás oferentes; b) ***debe existir un respeto a los plazos establecidos en el desarrollo del procedimiento, evitando así favorecer a alguno de los concurrentes***; c) cumplimiento de la Administración Pública de las normas positivas vigentes; d) notificaciones oportunas a todos los concurrentes; e) inalterabilidad de los pliegos de condiciones, respetando el establecimiento de condiciones generales e impersonales; y, ***f) que se indiquen las deficiencias formales subsanables que puedan afectar la postulación***.

De lo expuesto se desprende que los concurrentes deben encontrarse en la misma condición durante todo el procedimiento licitatorio.

Análisis del Caso

a) Sobre la adjudicación de la licitación antes de recibir las ofertas, vicio del consentimiento

Argumenta el demandante que la adjudicación de la licitación se notificó un día antes que se recibieran las ofertas de los participantes.

De conformidad a lo regulado por la LACAP, el procedimiento de licitación sigue en determinado momento el siguiente orden, en primer lugar se presentan las ofertas, posteriormente se da la apertura de las mismas, se continúa con su evaluación, sigue la recomendación de la Comisión Evaluadora y la notificación de la adjudicación del contrato a los participantes según sea el caso.

En el caso de autos, en las bases de licitación específicamente en el apartado IPO-10 se especificó que las ofertas de los interesados se recibirían el día veinticinco de noviembre de dos mil dos.

Corre agregada de folios 17 al 18 y de folios 39 al 40 del expediente judicial copia de acta de evaluación de ofertas de la licitación pública N° 02 AMQ/2002 FODES/ISDEM, presentada por la parte actora y por la parte demandada respectivamente, en la que se hace constar que se reunieron a las quince horas del veinticinco de noviembre de dos mil dos, en la Alcaldía Municipal de Quezaltepeque, los representantes de la Comisión de recepción y apertura de ofertas y los participantes: [...], la referida acta fue suscrita por todos los asistentes; y, en la misma no consta que alguno de los participantes haya objetado u observado que la licitación ya se había adjudicado a uno de los ofertantes.

Además, está agregada a folios 19 del expediente judicial escrito mediante el cual el arquitecto [demandante] interpone recurso de revisión y en el mismo manifiesta que con fecha tres de diciembre, fue notificado por cuerdo número tres, de la adjudicación de la licitación al arquitecto [...]. Así mismo, entre los argumentos por los que el demandante impugnó en aquel momento la adjudicación de a licitación no se señaló en ningún momento que haya tenido conocimiento anticipado que la adjudicación se realizó el veinticuatro de noviembre de dos mil dos.

Obviamente, si la licitación hubiese sido adjudicada un día antes de la apertura de ofertas como lo sostiene el demandante y habiéndose dado cuenta de dicha ilegalidad, sería absurdo que el veinticinco de noviembre de dos mil dos se presentara al acto de apertura de ofertas, y mucho menos a firmar el acta respectiva, en la que únicamente hizo la observación de la falta de diskett del arquitecto [...]. Obviamente, en ese momento hubiera impugnado el procedimiento por haberse adjudicado con anticipación la licitación y no hubiera continuado en un procedimiento viciado del que él tenía conocimiento.

En razón de lo anterior queda evidenciado que los argumentos expuestos por el demandante no son suficientes para probar que la adjudicación de la licitación se realizó antes de la fecha establecida para la apertura de las ofertas, como intenta hacerlo ver el demandante, por lo que no se ha configurado el vicio en el consentimiento alegado.

b) Del primer lugar del ofertarte y de las formalidades subsanables.

Manifestó el demandante que luego de abrir los sobres con las ofertas, él ocupó el primer lugar.

El artículo 55 de la LACAP establece: *"La Comisión de Evaluación de Ofertas deberá evaluar las ofertas en sus aspectos técnicos y económico- financieros, utilizando para ello los criterios de evaluación establecidos en las bases de licitación o de concurso"*.

Al revisar el acta de evaluación de ofertas se constata en la misma que en el cuadro de evaluación de resultados se obtuvieron los siguientes resultados: en el aspecto referente al alcance de los servicios, el [demandante] tuvo un porcentaje del 3.00% ante un 5.00% del Arquitecto [...], en el mismo orden obtuvieron en metodología un 3.00% ante un 10.00%; Asignación adecuada del personal un 4.00% frente a un 5.00%; en el aspecto de la experiencia del personal un 9% frente a un 7% del arquitecto [...]. En Organización operativa ambos obtuvieron un 5%; en programa de trabajo y experiencia del concursante ambos tuvieron un 4%; y en el aspecto económico la oferta del primero fue de ciento trece mil cuatrocientos cincuenta y nueve dólares veinticuatro centavos, frente a ciento catorce mil ochocientos ochenta y cuatro dólares veinticuatro centavos del arquitecto [...]

obteniendo un porcentaje de 42.00% frente a un 43.00%. respectivamente. No obstante, al totalizar los porcentajes obtenidos por ambos ofertantes, resultó que él [demandante] obtuvo un porcentaje total del 74.00% y el arquitecto [...] un porcentaje total del 83.00%. Quedando evidenciada luego de la evaluación de las ofertas una ventaja del arquitecto [...].

Otro alegato del [demandante] es que el arquitecto [...] observó que su declaración jurada no tenía sello en la primera hoja, por lo que al no permitírsele subsanar dicha deficiencia se violentó la ley.

En efecto, las deficiencias señaladas a ambos ofertantes constituían formalidades subsanables, sin embargo, la inconformidad del demandante va encaminada a establecer que una de las razones por las que no se le adjudicó la licitación es porque no se le permitió subsanar tal deficiencia.

Al realizar una lectura del acta en la que la Comisión Evaluadora recomienda adjudicar al arquitecto [...] la realización del proyecto, se constata que en las observaciones se señaló que el demandante [...], tiene parentesco con el formulador de la carpeta técnica, lo que pudo significarle cierta ventaja, y violación al artículo 158 lit. b) de la LACAP, además se hace constar en el acta que la oferta del arquitecto [...] fue la mejor evaluada en base a lo cual recomendaron adjudicar a este último la licitación.

Es necesario dejar constancia que la Administración Pública, no hizo referencia a que la falta de sello en la declaración presentada por el [demandante] haya sido un motivo determinante para no adjudicarle el proyecto, por lo cual su argumento no puede ser estimado para declarar la ilegalidad de los actos impugnados.

Asimismo, es oportuno hacer notar que el demandante participó activamente en todo el procedimiento de licitación e hizo uso del recurso que la ley provee para hacer valer sus derechos, realizando los alegatos que consideró pertinentes, por lo que no existe la violación alegada en cuanto que no fue oído y vencido conforme a las leyes.

Conclusión

Por todo lo anteriormente expuesto esta Sala concluye que por las razones expuestas no ha existido la violación al Derecho al Trabajo, ni debido proceso alegados por el demandante."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 59-O-2003 de fecha 21/07/2009)

El objeto del litigio es la pretensión de ilegalidad del actos administrativo pronunciados por el Ministro de Hacienda, mediante la cual se adjudica a otra sociedad, el servicio de vigilancia para las instalaciones del Ministerio de Hacienda, para el período comprendido de julio a diciembre de dos mil cinco.

En la actividad de la Administración Pública, además de sus manifestaciones de carácter unilateral, existen otras de carácter bilateral, en la que entabla relaciones con otros sujetos de derechos como suele acontecer en la contratación pública. Este proceso comprende dos fases perfectamente definidas: el procedimiento de licitación o selección del contratista, y la contratación como tal.

Doctrinariamente, esa primera fase es definida como el procedimiento de selección del co-contratante de la Administración Pública, que sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué entidad es la que ofrece el precio más conveniente a los intereses generales.

De forma similar, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que la licitación es un procedimiento administrativo de selección y análisis acerca de las propuestas de los oferentes, cuyo fin es encontrar la oferta más ventajosa en atención a los intereses estatales y del bien común que persigue la función de la Administración. El resultado de ese procedimiento constituye el acto de adjudicación mediante el cual el Estado, determina cuál resultó ser la oferta más ventajosa y la da por aceptada, habilitándose la futura celebración del contrato.

La etapa inicial del proceso licitatorio es la elaboración de las bases que constituyen a tenor del art. 43 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública "(...) el instrumento particular que regulará a la contratación específica(...)", el cual debe determinar con toda claridad y precisión el objeto del futuro contrato, así como los derechos y obligaciones que surgirán del mismo para ambas partes, las normas que regularán el procedimiento y cualquier otro dato que sea de interés para los participantes. Su diseño se encuentra perfectamente delimitado conforme a cuatro principios fundamentales:

Principio de legalidad: mediante el cual, el instrumento pre-contractual debe ceñirse al marco regulatorio establecido especialmente en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, y demás disposiciones de carácter jurídico en general, por esta razón no puede incluir cláusulas ilegales o violatorias de algún sector del ordenamiento jurídico (art. 23 de la normativa en comento).

Principio de publicidad: que contempla el llamamiento público a los posibles interesados a participar en la licitación, la comunicación de cualquier hecho relevante en orden a los intereses de los participantes, y la exposición de las razones que dieron lugar al procedimiento de adjudicación y contratación (arts. 47, 48, 49, 50, 51, 53 y 74 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública).

Principio de libre competencia: que se encuentra desarrollado en el considerando segundo de la Ley citada, y que sucintamente establece la oportunidad de participar y competir junto con otros concurrentes conforme a unos mismos criterios de selección, planteando la oferta que resulte más ventajosa a los intereses del Estado.

Principio de Igualdad: Los oferentes deben ostentar un trato igualitario frente a la Administración. Ello se proyecta en: (1) la consideración de las ofertas en un plano de igualdad y concurrencia frente a los demás oferentes; (2) el respeto de los plazos establecidos en el desarrollo del procedimiento, evitando favorecer a alguno de los concurrentes; (3) el cumplimiento de la Administración Pública de las normas positivas vigentes; (4) las notificaciones oportunas a todos los concurrentes; (5) la inalterabilidad de los pliegos de condiciones, respetando el establecimiento de condiciones generales e impersonales; y, (6) la indicación de las deficiencias formales subsanables que puedan afectar la postulación.

Al respecto, es preciso señalar que las bases de licitación contienen las condiciones del contrato a celebrar, así como las reglas de la licitación. Dichas condiciones, que encuentran su origen en las necesidades mediatas e inmediatas que se pretenden llenar por la Administración, son fijadas unilateralmente por ésta. En tal sentido, las bases de licitación configuran el instrumento jurídico que fija los extremos contractuales y procedimentales de la licitación, entre ellos: su objeto y las condiciones para ser admitido a la misma.

Se establece expresamente que las bases de licitación o concurso constituyen un instrumento particular que regulará la contratación específica. Las bases deberán redactarse en forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan en detalle el objeto de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos, armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones. Las bases de licitación o concurso se registrarán por los modelos y documentos guías emitidos por la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, sin perjuicio de las particularidades y requerimientos especiales en cada caso.

El artículo 44 de la Ley de la materia, enumera el contenido mínimo de las bases, en el cual aparece: "(r) el sistema de evaluación de las ofertas, con porcentajes asignados a cada factor sujeto a evaluación. El sistema de evaluación indicará la calificación mínima que debe obtener la oferta técnica y la capacidad financiera del proponente, como condición previa para la consideración de la propuesta económica".

Por su parte el artículo 52 de la normativa en comento, establece en su inciso primero que en las bases de licitación o de concurso se indicarán las diferentes modalidades de la presentación de ofertas, tanto técnicas como económicas, las cuales dependerán de la naturaleza, complejidad, monto y grado de especialización de la obra, bien o servicio a adquirir. Y, el art. 55 del mismo cuerpo de ley establece que la Comisión de Evaluación de Ofertas deberá evaluar las ofertas en sus aspectos técnicos y económico-financieros, utilizando para ello los criterios de evaluación establecidos en las bases de licitación o de concurso.

PARÁMETROS DE EVALUACIÓN EN LA CALIFICACIÓN DE OFERTAS

En las bases de licitación además de especificaciones de carácter jurídico, financiero, administrativo y técnico, se hacen constar criterios o parámetros que permitirán a la Administración efectuar la evaluación de las ofertas. Así lo establecen los artículos supra relacionados. Con ello se permite un grado de predictibilidad y seguridad respecto del ofertante acerca de la posible ponderación porcentual de su propuesta, pero de igual forma fija las pautas que orientan la toma de decisión por parte de la Administración, quien no podrá salirse más allá de sus estipulaciones. La actividad administrativa se enmarca entonces en la estricta observancia de las bases. La doctrina establece que las normas contenidas en los pliegos que permiten la comparación entre los oferentes facilitan a la Administración, homogeneizar los criterios de evaluación, así como el control de legalidad tanto para la propia Administración como para los participantes en el proceso de selección, brindándoles datos objetivos al efecto.

En dicho sentido, la elección de la propuesta más conveniente en el proceso de evaluación de ofertas, debe ceñirse a lo estipulado en las ponderaciones que las mismas bases de licitación establecen.

Si la posterior resolución de adjudicación tiene como precedente la inobservancia de los parámetros de evaluación o existe una arbitraria modificación de la calificación

porcentual, sin fundamentación razonable alguna y únicamente para brindar ventaja a alguno de los concurrentes, el acto adolece de un vicio que invalida el procedimiento.

ACREDITACIÓN LEGAL DE LOS PARTICIPANTES

La acreditación de la capacidad del ofertante es de tal importancia en la contratación administrativa que en las bases de licitación debe constar las indicaciones concernientes a los requisitos legales exigidos a quienes pretenden participar en la licitación, en particular aquellas que versen sobre la capacidad para contraer y responder de determinadas obligaciones y relaciones.

En tal sentido, la comprobación de las estipulaciones referidas a la capacidad legal, técnica y financiera de los ofertantes en las bases resulta de estricta observancia para el órgano evaluador en su análisis, y le permiten rechazar a los concursantes que se encuentren dentro de las causales impeditivas contempladas en los artículos 25, 26 y 158 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, o bien, desestimar la propuesta de algún oferente que no acredite de forma fehaciente su capacidad en cualquiera de los tres ámbitos supra relacionados, pues ello podría perjudicar a posteriori el objeto mismo del contrato, el cumplimiento de las garantías de contratación o la prestación pública.

Por ello, y con base en el inciso primero del artículo 25 de la normativa en comento, resulta obligatorio para el participante en el procedimiento licitatorio cumplir los requisitos exigidos tanto en el derecho común como en las leyes sectoriales pertinentes que comprueben su capacidad para contraer obligaciones y responder de las mismas. De forma correlativa, la norma impone a la Administración el deber legal de elegir un co-contratante que acredite su capacidad jurídica, en procura de una correcta ejecución del contrato. El incumplimiento de lo anterior conlleva un vicio de ilegalidad de tal trascendencia que invalida todos los efectos del procedimiento licitatorio.

La sociedad demandante sostiene que en el procedimiento de licitación pública mediante el cual se le adjudicó a la sociedad ganadora el servicio de vigilancia para las instalaciones del Ministerio de Hacienda, se le ha violentado su derecho de participar mediante procedimientos legales, idóneos y equitativos, en condiciones de igualdad dentro de los principios de libre competencia, legalidad y, por consiguiente, se le resuelva fundado en Derecho.

Alega además, que existe ilegalidad en la evaluación de las bases de licitación en lo relativo al apartado de la "experiencia", ya que la sociedad adjudicataria no posee la experiencia y no cubre en lo mínimo los medios necesarios para la prestación del servicio, según lo establecido en dichas bases.

Sostiene también que la tercera beneficiaria con los actos administrativos impugnados - carece de capacidad legal, no sólo para ganar sino también para participar en la licitación, ya que incumple lo regulado por la Ley de Servicios Privados de Seguridad, pues no está supuesta a prestar el servicio de protección personal y de protección interior de bienes inmuebles.

En el caso de autos, las bases de licitación establecen en el romano V "Contenido de los sobres", sobre N° 1: "a) Detalle de organización y funcionamiento de la empresa a nivel nacional (...); b) Constancia original de estar inscritos y autorizados por la oficina de la División de Registro y Control de Servicios Privados de Seguridad de la Policía Nacional Civil, vigente a la fecha de la apertura de las ofertas; c) Constancia original emitida por la Academia Nacional de Seguridad Pública en la cual se certifique que la empresa cumple con la ley de enviar a su personal al curso especial de seguridad privada".

La Ley de Servicios Privados de Seguridad, tiene por objeto regular, registrar y controlar la actividad de las personas naturales o jurídicas que presten servicios de seguridad privada a personas y a sus bienes muebles o inmuebles.

El art. 2 de dicha normativa detalla que se entenderá por entidades de servicios privados de seguridad: "(...) a. las agencias o empresas propiedad de personas naturales o jurídicas de carácter privado que se dediquen al adiestramiento, transporte de valores, presentación de servicios de custodia, vigilancia y protección a personas naturales o jurídicas y sus bienes, los que en la presente ley se denominarán Agencias de Seguridad Privada". b. Las asociaciones o personas independientes, debidamente autorizadas, que se dediquen a la vigilancia y protección de personas y viviendas en barrios, colonias o zonas geográficamente determinadas, que en la presente ley se denominarán Asociaciones de Vigilante y Vigilantes independientes respectivamente".

El Título III de la normativa bajo estudio, regula los requisitos para la autorización de empresas o agencias de seguridad. El capítulo I se refiere a las Agencias de Seguridad Privada, y el II, a las Asociaciones de Vigilantes y Vigilantes Independientes.

La sociedad demandante asevera que la ganadora no puede prestar el servicio de vigilancia para las instalaciones del Ministerio de Hacienda ya que es una Asociación de Vigilantes. Por otro lado, dentro de sus argumentos de ilegalidad, sostiene que dicha

Asociación incumplió lo regulado en el Título III, capítulo I, art. 20 letra "g": "Luego de cumplir con lo establecido en el literal anterior, deberá recibir y aprobar un curso de capacitación que incluye las asignaturas de Procedimientos de Agentes Privados de Seguridad y Derechos Humanos, entre otros, afines a los propósitos de tal adiestramiento, según cupo disponible en la Academia Nacional de Seguridad Pública, donde se desarrollarán los cursos respectivos. La no aprobación del curso de capacitación referido, constituye una prohibición a desempeñarse como agente de seguridad privada; la contravención a la misma será considerada falta grave imputable a la entidad de servicios privados de seguridad contratante".

Corre agregado al expediente administrativo, la fotocopia debidamente autenticada por Notario, del acta de Constitución de la Asociación ganadora, en la que consta que la actividad principal de dicha Cooperativa será el ahorro, crédito y servicios de vigilancia y seguridad privada.

Además, consta en dicho expediente que a la sociedad ganadora le fue autorizada la renovación para el funcionamiento y además que ha enviado doscientos setenta y cinco agentes de seguridad privada para la correspondiente capacitación.

Consecuentemente, este Tribunal comprueba que la referida Asociación, no carece de capacidad legal para participar en la licitación bajo estudio, ya que es una Asociación debidamente autorizada y supuesta a prestar servicios de protección personal y de protección interior de bienes inmuebles, pues cumple con lo regulado por la Ley de Servicios Privados de Seguridad. En consecuencia, esta Sala desestima dichos argumentos de ilegalidad presentados por la sociedad actora.

NULIDAD

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública establece en el artículo 101: "Los contratos regulados en la presente Ley serán nulos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación o cuando concurra alguna de las causales establecidas en esta Ley o en el Derecho Común. Son causales de nulidad de los contratos regulados en esta Ley los siguientes: a) La concurrencia de alguna causal de incapacidad legal prevista en esta Ley; b) La concurrencia de alguna infracción o prohibición sancionada expresamente con nulidad; c) El exceso cometido en alguno de los montos establecidos para contratar; y, d) Las demás reconocidas en el Derecho Común que fueren

aplicables". El artículo 102 de la norma antes citada, prescribe: "La nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación firme, producirá en todo caso, la nulidad del mismo contrato, el que entrará en fase de liquidación, si fuere el caso, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuere posible, se devolverá su valor. La parte que resultare culpable deberá indemnizar a la contraria los daños y perjuicios que haya sufrido. La nulidad de los actos preparatorios, sólo afectará a éstos y sus consecuencias". Y, finalmente, el art. 5 de la misma normativa señala que todo lo que no fuere previsto por dicha ley, tendrá aplicación el Derecho común.

En el contexto de las disposiciones legales bajo estudio se aprecia que, si en el período de los actos preparatorios del contrato, e incluso una vez dictada la adjudicación, se advierte la concurrencia de una de las causas de nulidad, las cuales están prescritas expresa y taxativamente, dicha nulidad debe ser declarada.

Este Tribunal, al realizar el análisis de los aspectos sobre los cuales la sociedad actora hace recaer la nulidad, concluye que, habiéndose determinado que la Asociación ganadora, tenía capacidad legal para participar en la licitación pública, ninguno de los supuestos encaja en las causas de nulidad descritas por la Ley de la materia ni por el Derecho Común. En consecuencia, no tiene aplicación la nulidad absoluta alegada por la sociedad demandante.

EVALUACIÓN DE LA OFERTA TÉCNICA CON RELACIÓN A LAS BASES DE LICITACIÓN

La parte actora sostiene que existe ilegalidad en la evaluación de las bases de licitación en lo relativo al apartado de la "experiencia", ya que la asociación adjudicataria no posee tal característica requerida en las bases y no cubre en lo mínimo los medios necesarios para la presentación del servicio.

c.1) Los criterios de evaluación en la calificación de las ofertas.

Como quedó detallado supra, en las bases de licitación además de especificaciones de carácter jurídico, financiero, administrativo y técnico, se hacen constar criterios o parámetros que permiten a la Administración efectuar la evaluación de las ofertas. Con ello se permite un grado de predictibilidad y seguridad respecto del oferente acerca de la

posible ponderación porcentual de su propuesta, pero de igual forma fija las pautas que orientan la toma de decisión por parte de la Administración, la cual no podrá salirse más allá de sus estipulaciones.

c.2) La interpretación de los criterios porcentuales establecidos en las bases, de la calificación de ofertas y la potestad de la Administración Pública.

El inciso primero del art. 55 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, impone a la Comisión de Evaluación de Ofertas una obligatoria sujeción a los criterios de evaluación contenidos en las bases al realizar el cotejo y análisis de cada uno de los aspectos técnicos y financieros de las ofertas. Sin embargo, su actividad va más allá de la mera comprobación de la suficiencia técnica, moral y financiera de cada uno de los participantes, pues comprende además, la elección de la "mejor oferta".

Esta constituye una actividad de valoración exclusiva de la Administración, que se traduce en muchos casos en una estimación porcentual, resultando ganador aquél que ha cumplido todos los requisitos establecidos en las bases y su oferta se ha mostrado conveniente a efectos de satisfacer el interés general, obteniendo por tanto el porcentaje mayor.

El análisis que realiza la Administración al evaluar los diferentes rubros y otorgar un determinado porcentaje, se encuentra limitado, entre otras razones, por el objeto de la licitación. En éste sentido ha de recibir una mayor consideración la oferta que satisfaga de mejor manera las precisiones contenidas en las bases respecto a los bienes o servicios solicitados, por sobre aquellas que se muestren imprecisas o difusas.

Como ha quedado establecido, durante el proceso licitatorio se cumplen determinados requisitos que le dan validez, y tienden a asegurar la transparencia y legitimidad del mismo. Tal exigencia de publicidad y transparencia, y el apego a la ley, impone que las propias bases deben establecer los porcentajes de evaluación, y naturalmente, las bases de licitación deberán ser del conocimiento de los licitantes.

Esos requisitos que deben observarse para llegar a emitir el acto de adjudicación constituyen una garantía de la regularidad o legalidad de la actividad administrativa. Su inobservancia o deficiencia afecta la validez del acto. Sin embargo, cuando no media agravio sustancial para el derecho de defensa, las deficiencias en el trámite administrativo son subsanables en la posterior instancia judicial.

Es de hacer mención que las bases de licitación regulan taxativamente las ponderaciones a otorgar en caso de cumplimiento total del requisito, lo cual es lógico ya que en las bases de licitación se debe otorgar un margen de discrecionalidad a la autoridad, basado en mínimos y máximos, para poder evaluar mejor en cada caso concreto a los oferentes.

En el caso sub júdice, con relación al punto en discusión, las bases de licitación, en el romano V "Contenido de los sobres", N°1, letra d), establece: "Presentar un detalle que contenga referencias de instituciones públicas o privadas por servicios similares al objeto de esta licitación en los que tuvo o tiene cobertura en las cuatro regiones del país: occidental, central, paracentral y oriental, anotando nombre de la institución, cantidad de agentes con que atendió o atiende el contrato, período de contratación, monto económico (por cada plazo en caso de existir prórroga), y para cada uno, persona contacto y número telefónico para comprobar la información".

Asimismo, en el romano XI "Evaluación", se detalla que: "La empresa que compruebe tener 3 ó más años de experiencia con presencia en las cuatro zonas geográficas del país tendrá 25 puntos, la que tenga más de 2 años y menos de 3 años tendrá 15 puntos, la que tenga menos de 2 años obtendrá 0 puntos". Y, en lo relativo a la capacidad: "La empresa que haya manejado contratos con 150 ó más agentes tendrá 10 puntos, la que haya manejado contratos con menos de 150 agentes obtendrá 0 puntos".

Consta en el expediente administrativo correspondiente, el informe de la evaluación de ofertas de la licitación pública bajo análisis. En la que, el Comité de Evaluación recomendó adjudicar la Licitación Pública número denominada "Servicios de vigilancia para las instalaciones del Ministerio de Hacienda" en forma total a la empresa ganadora, por haber obtenido el mayor puntaje en la sumatoria de los aspectos sujetos a evaluación.

En el cuadro de evaluación de aspectos técnicos se le otorgó un porcentaje del noventa y cuatro punto cincuenta, en comparación con la oferta presentada por la sociedad demandante con un ochenta y siete punto cincuenta. Los rubros evaluados fueron: "Capacidad Financiera" (quince puntos), "Buen funcionamiento" (veinte puntos) y "Experiencia" (treinta y cinco puntos).

Las sociedades en referencia, a fin de comprobar que cumplían con solvencia en éste último rubro, de conformidad a lo establecido en las bases de licitación, presentaron documentación que mostraba su capacidad para prestar el servicio, así como también diferentes recomendaciones de sus clientes más importantes, todo lo cual se encuentran dentro del expediente administrativo.

Una de las cartas agregadas por dicha Asociación, es la firmada por el Jefe de la Sección de Servicios Generales del Ministerio de Hacienda, en la que manifiesta que dicha Asociación prestó sus servicios de seguridad en las instalaciones del referido Ministerio y sus dependencias desde el uno de enero de mil novecientos noventa y seis al treinta y uno de agosto de dos mil cuatro, cubriendo los servicios con un total de doscientos agentes distribuidos a nivel nacional (Regiones occidental, central, paracentral y oriental).

Según las bases de licitación objeto del presente juicio, para establecer la experiencia comprobable en el mercado laboral, el ofertante debía presentar referencias de instituciones públicas o privadas por servicios similares al servicio solicitado, detallando que, se otorgarían veinticinco puntos a quien demostrara más de tres años experiencia. Así, dentro de la tabla de porcentajes, se establece que quien compruebe tener tres o más años de experiencia con presencia en las cuatro zonas geográficas del país tendrá veinticinco puntos. La Administración, dentro de su potestad, consideró que ambas empresas participantes, acreditaron la experiencia con la documentación presentada, dándoles la misma cantidad de puntos.

Este Tribunal, comprueba que ambas sociedades demostraron, conforme a las exigencias de las bases de licitación, que poseían experiencia por más de tres años prestando el servicio requerido, en consecuencia, la Administración Pública, de conformidad a su potestad discrecional, tuvo a bien en otorgar la misma puntuación a ambas empresas ofertantes. En consecuencia, no existe el vicio de ilegalidad invocado por la sociedad actora, en lo que respecta a la inexperiencia de la empresa ganadora para prestar el servicio de vigilancia para las instalaciones del Ministerio de Hacienda. Con lo que, la Administración Pública respetó el principio de igualdad que debe regir el trámite de evaluación, que impone a la Administración la exigencia de un trato no diferenciado ante presupuestos idénticos, y una ponderación objetiva frente a las mismas situaciones fácticas.

Con lo anterior se comprueba que la empresa ganadora, si cumplió con el requisito de "experiencia" por más de tres años exigido en las bases de licitación, y en consecuencia, el argumento de una errónea calificación del requisito alegado por la parte actora no tiene fundamento y es desestimado por esta Sala.

Finalmente, destacar que el criterio básico para adjudicar es la conveniencia de la oferta, en atención al cumplimiento sustancial de la misma con las bases de licitación, y a la disposición del oferente de la capacidad y los recursos para cumplir efectivamente el contrato. Por ello, se concluye que la ponderación realizada en la evaluación técnica se adecua a lo establecido en las Bases de Licitación correspondientes. Además, debe

recordarse que la adjudicación constituye el acto mediante el cual la Administración determina cuál es la oferta más ventajosa y la acepta; es decir, que conlleva la elección de la oferta que técnica y económicamente resulte mejor calificada.

Consecuentemente, se ha comprobado que la autoridad demandada, desarrolló el procedimiento de licitación pública de conformidad a lo regulado por las leyes aplicables, por consiguiente, no existió violación a los principios de igualdad, legalidad, libre competencia y debido proceso, según lo alegado por la sociedad demandante.

RECURSO DE REVISIÓN.

El art. 77 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece que el recurso de revisión deberá interponerse por escrito ante el funcionario que dictó el acto del que se recurre, dentro del término de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación; si transcurrido dicho plazo no se interpusiere recurso alguno, la resolución por medio de la cual se dictó el acto quedará firme. El recurso será resuelto por el mismo funcionario dentro del plazo máximo de quince días hábiles posteriores a la admisión; dicho funcionario resolverá con base a la recomendación que emita una comisión especial de alto nivel nombrada por el mismo, para tal efecto. Contra lo resuelto no habrá más recurso.

Del expediente administrativo relacionado con el presente proceso, consta la tramitación del recurso de revisión de conformidad a lo regulado en el artículo supra relacionado, en el que, la Comisión Especial recomienda confirmar la resolución adjudicativa y continuar con el proceso de contratación.

Habiendo comprobado este Tribunal, que no existen los vicios de ilegalidad alegados por la Sociedad demandante en la resolución adjudicativa mencionada, y siendo que, la revisión del procedimiento de licitación comprendió el análisis y calificación de los requisitos contenidos en las bases, con relación a los puntos alegados por la sociedad demandante, resulta procedente decretar la legalidad de la resolución en la que se declara sin lugar el recurso de revisión interpuesto por la demandante.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 140-2005 de fecha 16/03/2009)

El representante legal de la sociedad demandante pretende que se declare la ilegalidad de los actos administrativos pronunciados por el Director General del Hospital Nacional "San Juan de Dios", mediante los cuales decide no aceptar la sugerencia de la Comisión Evaluadora de Ofertas, de adjudicar a la demandante la licitación para la adquisición de ropa hospitalaria descartable, y decide adjudicarla a la empresa que quedó en segundo lugar en el concurso.

Para que la Administración pueda manifestar su voluntad y prestar su consentimiento en un contrato, es necesario, como regla general, llevar a cabo un procedimiento de selección del contratista.

La licitación es entonces un procedimiento administrativo de selección, en el cual, analizadas las propuestas de los licitantes, se acepta la más ventajosa.

Durante el proceso licitatorio se siguen determinados requisitos legales que le dan validez y tienden a asegurar la mayor transparencia, legalidad y legitimidad del mismo. Un proceso de licitación manejado conforme a Derecho es garantía de una sana administración, salvaguarda de los intereses de la comunidad, de los intereses y derechos de los particulares y también de aquél o aquellos que ordenan o ejecutan obras o servicios con dineros públicos.

Se trata de un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual: "por el que el ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente". (Roberto Dromi: Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995).

El procedimiento culmina con la adjudicación, acto por el cual la Administración determina, declara y acepta la propuesta más ventajosa, habilitando la futura celebración del contrato. Este Tribunal considera que el acto de adjudicación así como los que se dicten durante el procedimiento de licitación, son verdaderos actos administrativos, es decir, decisiones unilaterales de la Administración y que producen efectos respecto de personas determinadas por lo que al surgir litigios en relación a los mismos, corresponde a este Tribunal el conocimiento de ellos.

Pueden establecerse dos premisas básicas: 1) El procedimiento de licitación tiene un carácter público y constituye una expresión no solo de la legalidad de la voluntad

administrativa formada en el mismo, sino de garantía de los particulares; y 2) Este debe realizarse con estricto apego a la normativa aplicable y a las bases de licitación.

Partiendo del hecho que se controvierte la legalidad de actos administrativos — un acto de adjudicación y su confirmación en recurso —, la principal premisa para realizar el control de legalidad es la infranqueable exigencia de una potestad que legitime la actuación de la Administración.

El Principio de Legalidad aplicado a la Administración Pública ha sido reconocido en reiteradas resoluciones por este Tribunal sosteniéndose que en virtud del mismo, la Administración sólo puede actuar cuando la Ley la faculte, y que toda acción administrativa se nos presenta como un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado. Lo anterior implica, que la Administración Pública únicamente puede dictar actos en ejercicio de atribuciones previamente conferidas por la Ley y de esta manera instaurar el nexos ineludible acto —facultad- ley. La habilitación de la acción administrativa en las distintas materias o ámbitos de la realidad, entendidas como sinónimos de habilitación: sólo con una habilitación normativa la Administración puede válidamente realizar actuaciones.

En este orden de ideas, el acto de adjudicación adversado debía ceñirse a lo dispuesto en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, y además en las Bases de Licitación, radicando en este punto la esencia del análisis a realizar.

FUNCIÓN DE LA COMISIÓN EVALUADORA DE OFERTAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública contenida en el Decreto Legislativo número ochocientos sesenta y ocho, del cinco de abril de dos mil, publicado en el Diario Oficial número ochenta y ocho, tomo trescientos cuarenta y siete del quince de mayo de ese mismo año, dentro de la regulación referente a las formas de contratación de la Administración Pública y las actuaciones relativas a la contratación, en su artículo 56 señala que una vez concluida la evaluación de las ofertas, la Comisión de Evaluación de Ofertas elaborará un informe basado en el análisis de aspectos técnicos y económico-financieros, utilizando para ello los criterios establecidos en las bases de licitación respectivas. En dicho informe la citada Comisión hará al titular la recomendación que corresponda, ya sea para que acuerde la adjudicación respecto de las ofertas que

técnica y económicamente resulten mejor calificadas, o para que declare desierta la licitación o concurso. El inciso 5° del referido artículo prescribe que "Cuando la autoridad competente no acepte la recomendación de la oferta mejor evaluada, ésta deberá consignar y razonar por escrito su decisión y podrá optar por alguna de las otras ofertas consignadas en la misma recomendación, o declarar desierta la licitación o el concurso".

La normativa relacionada claramente establece la función de la Comisión Evaluadora de Ofertas dentro del procedimiento licitatorio previo a la contratación y la importancia del análisis que la Comisión realiza, para determinar la mejor de las ofertas presentadas. Sin embargo la Ley en comento, otorga a la Administración Pública la facultad discrecional de adjudicar a una empresa distinta de la recomendada, siempre que realice por escrito la exposición de los motivos que fundamentan su decisión, con el fin de rebatir los argumentos a favor, que previamente ha determinado la Comisión Evaluadora.

MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

En reiteradas ocasiones esta Sala ha manifestado que el acto administrativo está configurado por una serie de elementos -objetivos, subjetivos y formales- que deben concurrir en debida forma para que el acto se constituya válido. Basta la concurrencia de vicios en uno de los elementos para que el acto como tal se torne ilegal.

Uno de los elementos objetivos del acto es su motivación, cuya función es esencial, pues permite desenmascarar un posible vicio de desviación de poder. Este elemento es una consecuencia del Principio de Legalidad que rige a la Administración, que requiere de una norma habilitante para toda su actuación. La motivación del acto administrativo exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y de Derecho que le determinaron a adoptar su decisión.

La Ratio essendi de la motivación permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable.

Una de las principales finalidades de la motivación desde el punto de vista interno, es asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; que desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado quien podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que se funda. Con ello, la motivación

también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del criterio de decisión que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido.

Así, se sostiene que la finalidad de la motivación: "...es la de facilitar a los interesados el conocimiento de las razones por las que se legitima su derecho y permitir asimismo la posterior fiscalización de la legitimidad del acto por los tribunales de justicia..."; "...la motivación cumple, por tanto, una función informativa, consistente en identificar inequívocamente, y trasladar al interesado y potencial recurrente, el fundamento jurídico y fáctico de la decisión, a fin de que pueda ser oportunamente contestado...". (Marcos M. Fernando Pablo: La motivación del Acto Administrativo. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1993).

El incumplimiento de la obligación de motivar adquiere connotación constitucional, por cuanto su inobservancia incide negativamente en la Seguridad Jurídica en un proceso o procedimiento, en el sentido que al no exponerse la argumentación que fundamente los proveídos de la autoridad, no pueden los gobernados observar el sometimiento de los funcionarios a la Ley, ni permite el ejercicio de los medios de defensa, especialmente el control a posteriori por la vía del recurso. "Esta obligación de motivación no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad de la autoridad, sino que el deber de motivación que la Constitución exige, impone la exteriorización de los razonamientos que cimientan la decisión de los funcionarios, debiendo ser lo suficientemente clara para que sea comprendida por aquel a quien va dirigida". (Sentencia de Amparo número 988-2002 de las quince horas y once minutos del día nueve de junio de dos mil tres).

En el caso en análisis, el Hospital Nacional San Juan de Dios de Santa Ana, mediante la Licitación Pública por invitación número veintinueve/ dos mil cuatro para la adquisición de ropa hospitalaria descartable, inició el procedimiento licitatorio que se llevaría a cabo de conformidad con lo establecido en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, y en aplicación de las bases de licitación respectivas.

En la referida licitación participaron las empresas demandante y otras, cuyas ofertas fueron estudiadas por la Comisión Evaluadora de Ofertas, quien luego de compararlas, sugirió adjudicar la licitación a la empresa demandante por mejor precio, calidad, experiencia y cumplimiento.

Consta agregada al proceso la primera resolución, en la cual se adjudicaba la referida licitación a la sociedad demandante; sin embargo, aparece escrito a mano aparentemente por el Director del mencionado Hospital, lo siguiente: que le habían mandado "a firmar lo

que el comité no adjudicó."-, además le remiten "esta hoja con otro precio y con otra cantidad", que "Reconoce quien hizo esto (sic) que hay error, acepto si hubiera sido en el N° del precio, pero también hay cambio en las cantidades.- Ante todo esto (sic), siento desconfianza en este procedimiento.- Aquí (sic) están (sic) presentes el Dr. [...] Sra. [...] y [...], aceptan mis argumentos y levantan acta". Por lo cual concluye decidiendo "Adjudicar a [...].- En evaluación quedo (sic) con 48% y [empresa demandante] 50%, firma y coloca el sello de la Dirección del mencionado Hospital. A folio 351 aparece el acta firmada el día diecinueve de enero del dos mil cinco, por el doctor [...], la licenciada [...] y la señora [...], en el cual exponen que en razón de ciertas anomalías, el Director del mencionado Hospital decide adjudicar a [...]"

Posteriormente, se emite la resolución identificada como Resolución de Adjudicación número cero ocho/ dos mil cinco, "Ropa Descartable", que configura el primero de los actos impugnados, agregada al proceso, en la cual el funcionario demandado expresa únicamente lo siguiente: que "...teniendo a la vista las ofertas presentadas en la Licitación Pública por Invitación No. 29/2004, relativa a Ropa Descartable, los informes técnicos y dictamen legal adjudica el servicio licitado a la siguiente empresa referida a continuación:..." y procede a adjudicar la referida licitación a [...].

Se advierte entonces que a pesar de haberse cambiado la recomendación proporcionada por la Comisión Evaluadora de Ofertas, la resolución de adjudicación lejos de estar legalmente motivada, no refleja justificación alguna que derive de las leyes orientada a lograr la convicción del recurrente en sede administrativa en cuanto a que la misma está apegada a derecho ya que las resoluciones deben estar precedidas de la argumentación que las fundamenta y conducen a tomar la decisión.

Resulta oportuno traer a colación lo establecido en párrafos anteriores, referente a que si bien la autoridad demandada tiene la facultad discrecional de adjudicar a una empresa distinta de la recomendada por la Comisión Evaluadora de Ofertas, tal facultad está condicionada legalmente a la exigencia contenida en el artículo 56 inciso 5° de la Ley Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, que consiste en la realización por escrito de la exposición de los motivos en que fundamentan su decisión, con el fin de rebatir los argumentos a favor que previamente ha determinado la mencionada Comisión; lo cual definitivamente no puede tenerse por cumplido, con lo expuesto "a mano" por la autoridad demandada, en la recomendación de adjudicación emitida por la Comisión Evaluadora de Ofertas. Lo anterior incluso, sin perjuicio de valorar si las razones aducidas de esta manera por la autoridad demandada para desechar la recomendación otorgada

por la Comisión Evaluadora de Ofertas, efectivamente justificaban el cambio en la adjudicación realizada por la Comisión en comento.

Por otra parte, al rendir el traslado conferido, la autoridad demandada sostuvo que la actuación del Comité de Adjudicación fue incoherente, al haber tomado en cuenta en el proceso de evaluación a la oferta presentada por la sociedad demandante, no obstante no cumplir con las especificaciones técnicas requeridas por el nosocomio en lo relativo a las medidas de fenestraje. Sin embargo, dicho argumento tampoco fue expuesto en sede administrativa ni razonado en la resolución que adjudicó a [...]. Por el contrario, es hasta el momento en que se resuelve el Recurso de Revisión interpuesto por la sociedad demandante, que la autoridad demandada señaló que la confusión de documentos presentados por la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional a la Dirección del Hospital licitante, la llevó a rechazar la oferta mejor evaluada, argumento que -como se relacionó anteriormente- no fue razonado por la autoridad demandada al momento de dictar el primer acto impugnado, por el cual se adjudicó a una empresa distinta a la recomendada como mejor oferta.

En razón de todo lo expuesto, esta Sala considera que el Director General del Hospital Nacional "San Juan de Dios" de la ciudad y Departamento de Santa Ana, actuó de forma ilegal al adjudicar injustificadamente la Licitación Pública por invitación número veintinueve/dos mil cuatro para la adquisición de ropa hospitalaria descartable a la empresa[...], violentando lo establecido en la recomendación de la Comisión Evaluadora de Ofertas, la Ley aplicable y las bases de licitación respectivas.

En vista que ha quedado establecida la ilegalidad del acto origen resulta innecesario pronunciarse de manera particular sobre la resolución pronunciada en vía de recurso. De igual finilla, establecida la ilegalidad del acto originario, la resolución que lo confirmó, también resulta ilegal y así debe declararse.

Por todo lo expuesto esta Sala concluye que se han configurado las violaciones alegadas por la parte actora.

Como ha quedado establecido, la Comisión Evaluadora de Ofertas nombrada por la autoridad demandada, como resultado del proceso de licitación llevado a cabo, evaluó a la sociedad demandante, como la empresa mejor calificada para proveer de ropa descartable al Hospital Regional Departamental San Juan de Dios de la ciudad de Santa Ana. Sin embargo, la referida licitación fue adjudicada a [...], con quien a la fecha ya se ha firmado contrato y consumido el producto proveído. En consecuencia, la medida para el

restablecimiento del derecho violado no puede ordenarse en su sentido natural, lo cual implicaría repetir el procedimiento de licitación.

Rafael Entrena Cuesta, al abordar el tema de la ejecución de sentencias señala que en caso de Imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia (...) el derecho a la ejecución se convertirá en el derecho a recibir una indemnización". (Rafael Entrena Cuesta Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995).

Tal posibilidad se encuentra contemplada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que establece en el artículo 34 inciso segundo: "si la sentencia no pudiere cumplirse por haberse ejecutado de modo irremediable, en todo o en parte el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra el personalmente responsable, y en forma subsidiaria contra la Administración.

"La indemnización por daños y perjuicios constituye una medida secundaria y supletoria ante la imposibilidad material o legal de lograr una restauración normal de la situación vulnerada. Se instituye con ella una modalidad distinta de restablecimiento del derecho, para no dejar al administrado en indefensión ante los daños ocasionados por el accionar ilegal de la Administración" (Sentencia de las ocho horas y diecisiete minutos del ocho de diciembre del dos mil. Ref. 77-P-98).

Como se ha expuesto, en el caso bajo análisis consta que la Sociedad demandante pudo obtener la calificación más alta entre las ofertas presentadas. En este orden de ideas, el fallo de este Tribunal ha de encaminarse a declarar la procedencia de la acción civil de indemnización por daños y perjuicios, a fin que estos se cuantifiquen por la vía pertinente. Queda a salvo a la demandante el ejercicio de las acciones pertinentes.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 71-2005 de fecha 22/04/2009)

La sociedad demandante impugna la legalidad de los actos administrativos dictados por el Director General de la Policía Nacional Civil, por medio de los cuales se adjudica licitación pública a otra sociedad.

ALCANCES DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO Y BASES DE LICITACIÓN

En la actividad de la Administración Pública, además de sus manifestaciones de carácter unilateral existen otras de carácter bilateral, en la que entabla relaciones con otros sujetos de derechos como suele acontecer en la contratación pública. Este proceso comprende dos fases perfectamente definidas: el procedimiento de licitación o selección del contratista, y la contratación como tal.

Doctrinariamente, esa primera fase es definida como el procedimiento de selección del co-contratante de la Administración Pública, que sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué entidad es la que ofrece el precio más conveniente a los intereses generales (Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 111-A, Página 628). De forma similar, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que la licitación es un procedimiento administrativo de selección y análisis acerca de las propuestas de los oferentes, cuyo fin es encontrar la oferta más ventajosa en atención a los intereses estatales y del bien común que persigue la función de la Administración. El resultado de ese procedimiento constituye el acto de adjudicación mediante el cual el Estado, determina cuál resultó ser la oferta más ventajosa y la da por aceptada, habilitándose la futura celebración del contrato.

La etapa inicial del proceso licitatorio es la elaboración de las bases que constituyen a tenor del artículo 43 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública: "...el instrumento particular que regulará a la contratación específica", las cuales deben determinar con toda claridad y precisión el objeto del futuro contrato, así como los derechos y obligaciones que surgirán del mismo para ambas partes, las normas que regularán el procedimiento y cualquier otro dato que sea de interés para los participantes. Su diseño se encuentra perfectamente delimitado conforme a cuatro principios fundamentales:

Principio de Legalidad: el instrumento pre-contractual debe ceñirse al marco regulatorio establecido especialmente en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, y demás disposiciones de carácter jurídico en general, por esta razón no puede incluir cláusulas ilegales o violatorias de algún sector del ordenamiento jurídico (artículo 23 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública).

Principio de Publicidad: que contempla el llamamiento público a los posibles interesados a participar en la licitación, la comunicación de cualquier hecho relevante en orden, a los intereses de los participantes, y la exposición de las razones que dieron lugar al procedimiento de adjudicación y contratación (artículos 47, 48, 49, 50, 51, 53 y 74 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública).

Principio de Libre Competencia: el cual se encuentra desarrollado en el considerando segundo de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y que establece la oportunidad de participar y competir junto con otros concurrentes conforme a unos mismos criterios de selección, planteando la oferta que resulte más ventajosa a los intereses del Estado.

Principio de Igualdad: los oferentes deben ostentar un trato igualitario frente a la Administración. Ello se proyecta en: 1) la consideración de las ofertas en un plano de igualdad y concurrencia frente a los demás oferentes; 2) el respeto de los plazos establecidos en el desarrollo del procedimiento, evitando favorecer a alguno de los concurrentes; 3) el cumplimiento de la Administración Pública de las normas positivas vigentes; 4) las notificaciones oportunas a todos los oferentes; 5) la inalterabilidad de los pliegos de condiciones, respetando el establecimiento de condiciones generales e impersonales; y, 6) la indicación de las deficiencias formales subsanables que puedan afectar la postulación.

Todos los actos del proceso de licitación que culminan con la adjudicación, en razón de constituir verdaderos actos administrativos de carácter unilateral, corresponden al conocimiento de esta Sala.

Las Bases de Licitación, contienen las condiciones del contrato a celebrar así como las reglas de regirán a la misma. Dichas condiciones, que encuentran su origen en las necesidades mediatas e inmediatas que se pretenden suplir por la administración, son fijadas unilateralmente por ésta. En tal sentido, las bases de licitación configuran el instrumento jurídico que fija los extremos contractuales y procedimentales de la licitación, entre ellos: su objeto y las condiciones para ser admitido a la misma.

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública establece en el artículo 42, que los documentos a utilizar en el procedimiento de contratación se denominarán Documentos Contractuales y formarán parte integral de los contratos; que dependiendo de la naturaleza de la contratación, estos documentos serán por lo menos:

- a. Bases de Licitación o de Concurso,
- b. Adendas, si las hubiere,
- c. Las ofertas y sus documentos,
- d. Las garantías; y,

e. Las resoluciones modificativas y las órdenes de cambio, en su caso.

El artículo 43 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública establece expresamente que las Bases de Licitación o Concurso: "Constituyen un instrumento particular que regulará la contratación específica. Las bases deberán redactarse en forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan en detalle el objeto de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos y armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones. Las bases de licitación o concurso se registrarán por los modelos y documentos guías emitidos por la UNAC, sin perjuicio de las particularidades y requerimientos especiales en cada caso."

En el artículo 44 de la Ley en comento se enumera el contenido mínimo de las bases, en el cual aparece: "r) el sistema de evaluación de las ofertas, con porcentajes asignados a cada factor sujeto a evaluación. El sistema de evaluación indicará la calificación mínima que debe obtener la oferta técnica y la capacidad financiera del proponente, como condición previa para la consideración de la propuesta económica".

Por su parte el artículo 52 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece en su inciso primero que en las bases de licitación o de concurso se indicarán las diferentes modalidades de la presentación de ofertas, tanto técnicas como económicas, las cuales dependerán de la naturaleza, complejidad, monto y grado de especialización de la obra, bien o servicio a adquirir.

En las Bases de Licitación además de especificaciones de carácter jurídico, financiero, administrativo y técnico, se hacen constar criterios o parámetros que permitirán a la Administración efectuar la evaluación de las ofertas. Así lo establece el artículo 44 literal r) y 55 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Con ello se permite un grado de predictibilidad y seguridad respecto del ofertante acerca de la posible ponderación porcentual de su propuesta, pero de igual forma fija las pautas que orientan la toma de decisión por parte de la Administración, quien no podrá salirse más allá de sus estipulaciones. La actividad administrativa se enmarca entonces en la estricta observancia de las bases. Siguiendo a Roberto Dromi: "...las normas contenidas en los pliegos que permiten la comparación entre los oferentes facilitan a la Administración, homogeneizar los criterios de evaluación, así como el control de legalidad tanto para la propia Administración como para los participantes en el proceso de selección, brindándoles datos objetivos al efecto (La Licitación Pública, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, P. 251)".

En dicho sentido, la elección de la propuesta más conveniente en el proceso de evaluación de ofertas, ya sea realizada mediante el dictamen por parte de la Comisión que establece el artículo 55 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública o la que realiza el titular de la Institución en razón de lo estipulado en el artículo 56 del ordenamiento jurídico en mención, debe ceñirse a lo estipulado en las ponderaciones que las mismas bases de licitación establecen.

Si la posterior resolución de adjudicación tiene como precedente la inobservancia de los parámetros de evaluación o existe una arbitraria modificación de la calificación porcentual, sin fundamentación razonable alguna y únicamente para brindar ventaja a alguno de los oferentes, el acto adolece de un vicio que invalida el procedimiento.

ACTO DE ADJUDICACIÓN: EXAMEN DE LEGALIDAD

En relación con el acto de adjudicación, aduce la parte actora que la autoridad demandada no cumplió con las bases de licitación respectivas.

La adjudicación constituye el acto mediante el cual la Administración determina cuál es la oferta más ventajosa y la acepta; es decir, que conlleva la elección de la oferta que técnica y económicamente resulte mejor calificada. El artículo 43 inciso 1° de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece que "Previo a toda licitación o todo concurso, deberán elaborarse las bases correspondientes, las que sin perjuicio de las Leyes o Reglamentos aplicables, constituyen el instrumento particular que regulará a la contratación específica. Las bases deberán redactarse en forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan en detalle el objeto de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos y armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones", lo que significa que la Administración debe respetar lo establecido en las mismas y regirse por ellas para hacer cada una de las valoraciones y asignar los puntajes a cada uno de los participantes, no pudiendo salirse de los parámetros ahí establecidos, es por eso que las mismas deben ser redactadas en forma clara y precisa para evitar confusiones y que los ofertantes tengan certeza y seguridad de los requisitos exigidos.

En el presente caso, al analizar las bases de la Licitación Pública relativa a la compra de "Reemplazo de flota vehicular que incluye el suministro de "pick ups", vehículos tipo sedan, motocicletas, camiones, microbuses y autobuses" puede observarse que

específicamente en el numeral 6.2 cuyo título es "Oferta Técnica sobre A", la información que se deberá incluir consiste en: Especificar garantía de mantenimiento del suministro, en cuanto a kilometraje.

Sobre este punto las bases son claras tal cual lo manda la Ley de la materia, en cuanto que se especifica con claridad que la garantía de mantenimiento que se exige es en cuanto a kilometraje exclusivamente, quedando de esa manera excluido cualquier otro factor, y por tanto era únicamente ese punto específico el que tenía que evaluar. Sin embargo, la Comisión Evaluadora de Ofertas tomó en cuenta para asignar el puntaje el ofrecimiento de la empresa ganadora consistente en suministrar gratis los repuestos para las motocicletas, lo cual constituye un extra no contemplado en las Bases de Licitación para ser evaluado; por tanto no es válida la justificación de la Comisión Evaluadora de Ofertas al decir que ese aspecto lleva implícito las actividades relacionadas a la mano de obra, repuestos y accesorios, ya que si estas extras se hubiesen querido evaluar se tendría que haber especificado dentro de las Bases de Licitación.

De la consideración anterior se desprende que si se hubiera ponderado este punto conforme a derecho, así como los relacionados con la garantía de existencia de repuestos en el mercado y la presentación del catálogo, la sociedad demandante hubiese obtenido al menos la puntuación mínima requerida en una de sus dos alternativas presentadas, es decir, la alternativa "A"; para cumplir con la condición previa para que su oferta económica fuese considerada para la adjudicación.

Por tanto, en base a lo antes expuesto, resulta evidente la violación al punto número 6.2 de las Bases de la Licitación Pública relativa a la compra de "Reemplazo de flota vehicular que incluye el suministro de "pick ups", vehículos tipo sedan, motocicletas, camiones, microbuses y autobuses"; y por tanto devienen en ilegales sus consecuencias, en este caso, la resolución de Adjudicación de la Licitación, mediante la cual se adjudicó la referida licitación en el rubro 4 a la sociedad ganadora, así como la resolución mediante la cual se resolvió el Recurso de Revisión confirmando dicha adjudicación y así debe declararse.

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece en el artículo 34: "Si la sentencia no pudiere cumplirse por haberse ejecutado de modo irremediable, en todo o en parte el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y

perjuicios contra el personalmente responsable, y en forma subsidiaria contra la Administración."

"La indemnización por daños y perjuicios constituye una medida secundaria y supletoria ante la imposibilidad material o legal de lograr una restauración normal de la situación vulnerada. Se instituye con ella una modalidad distinta de restablecimiento del derecho, para no dejar al administrado en indefensión ante los daños ocasionados por el accionar ilegal de la Administración" (Sentencia de las ocho horas y diecisiete minutos del ocho de diciembre del dos mil. Ref. 77-P-98).

En el presente caso, ante la imposibilidad fáctica del resarcimiento in natura del daño causado debido a que el acto administrativo se ha ejecutado de modo irreparable por la firma del contrato de adjudicación, el fallo de este Tribunal ha de encaminarse a declarar la procedencia de la acción civil de indemnización por daños y perjuicios, a fin que éstos se cuantifiquen por la vía pertinente. Queda a salvo al demandante el ejercicio de las acciones pertinentes.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 141-2005 de fecha 16/10/2009)

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido contra el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, por haber emitido la resolución mediante la cual ordena archivar, por considerar que dicho caso no es competencia ambiental, las diligencias administrativas relativas al Proyecto de Ampliación de la Calle hacia el Cantón El Guayabo, realizada por la Alcaldía Municipal de Concepción de Oriente, a raíz del cual destruyó una obra de conservación propiedad del demandante.

El demandante alega que los actos administrativos impugnados son ilegales, por cuanto la autoridad demandada no debió haberse declarado incompetente del caso denunciado, sino que tuvo que haber conocido y haber impuesto la sanción correspondiente, pues la acción de la Alcaldía Municipal, fue ejecutada sin el permiso ambiental otorgado por tal autoridad, lo cual produjo daños a su propiedad y al ambiente.

Al respecto esta Sala procederá a analizar en primer lugar, la facultad que tiene el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales para determinar qué tipo de obras o proyectos requieren de permiso ambiental.

FACULTAD PARA DETERMINAR EL TIPO DE OBRAS QUE REQUIEREN PERMISO AMBIENTAL

El artículo 21 de la Ley del Medio Ambiente establece con carácter ilustrativo y de manera general, todas aquellas actividades, obras, o proyectos, que requieren de la realización de un proyecto de Estudio de Impacto Ambiental. Por su parte, el artículo 22 de la misma normativa expresa que el titular de toda obra que requiera de permiso ambiental para su realización o funcionamiento, ampliación, rehabilitación, debe presentar formulario ambiental con la información que se solicite. Una vez presentado dicho documento, el Ministerio procederá a categorizar la actividad de que se trate, en base a dos criterios, de acuerdo a su envergadura y a la naturaleza del impacto potencial.

En este contexto, la facultad de categorización implica un proceso técnico que debe llevar a cabo el Ministerio a efecto de ir delimitando, caso por caso, aquellas actividades que de acuerdo a los criterios antes expresados, requieren la realización de un Estudio de Impacto Ambiental para el otorgamiento del permiso correspondiente. Ello significa que corresponde exclusivamente al Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, la facultad para determinar qué actividad, obra o proyecto, requiere de un Estudio de Impacto Ambiental para el otorgamiento del permiso correspondiente. De manera que si la autoridad demandada ha expresado que de conformidad al mencionado artículo 22, determinó que el Proyecto de Ampliación de la Calle Vecinal que conduce al Cantón El Guayabo, no requirió de permiso ambiental, es porque realmente dicha actividad, no fue considerada técnicamente como aquella que pudiera ocasionar un impacto ambiental significativo.

Ahora bien, si el Proyecto ejecutado por la mencionada Alcaldía, ha sido categorizado como de aquellas actividades que no requieren permiso ambiental otorgado por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, por haberse determinado su impacto potencial bajo en el ambiente; no es posible que éste inicie procedimiento administrativo sancionatorio por la causal configurada en el literal "a" del artículo 86 de la Ley del Medio Ambiente, en contra de la Alcaldía Municipal.

No obstante lo anterior, si la ejecución del relacionado proyecto produjo daños a la propiedad del demandante, este Tribunal comparte la posición de la autoridad demandada en cuanto a determinar que la autoridad competente para conocer de la pretensión de aquél, es la jurisdicción civil, de conformidad a los artículos 85, 100, 101 literal (a), de la Ley del Medio Ambiente. Ello equivale a decir que, la parte actora puede demandar a dicha Comuna ante los Tribunales con competencia en materia civil, aduciendo daños a su propiedad, pretendiendo de esta manera una reparación in natura, y de no ser ésta posible, la indemnización por los perjuicios ocasionados.

Como producto de lo antes expuesto se colige que los actos administrativos impugnados, por medio de los cuales la autoridad demandada ordena y confirma archivar las diligencias administrativas realizadas, por no ser el asunto controvertido de su competencia, son legales, pues además se expresa el argumento central que fundamenta tal decisión. Ello significa que los mismos no han violentado los artículos 21, 22 y 86 de la Ley del Medio Ambiente.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 95-V-2003 de fecha 21/04/2009)

MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN DE LICITACIÓN PÚBLICA

OMISIÓN DEL DEBER DE MOTIVACIÓN

El demandante impugnó además el acuerdo número 2006-0248. FEB, contenido en el Acta número 3094, por medio del cual se adjudicó parcialmente a la sociedad [...], el suministro relativo al código 707085 correspondiente a la Licitación Pública número Q-016/2005. y, declaró desierta la licitación en los otros códigos concursados.

Señala la demandante que con este acto ha existido violación al derecho a la seguridad jurídica y defensa por la omisión del deber de motivación, por parte de la Administración, ya que el Consejo Directivo del ISSS, al hacer la adjudicación no expuso las razones de

hecho y derecho del por qué no se tomó en cuenta lo ofertado por la demandante y así adjudicarle el resto de materiales requeridos.

Respecto de la motivación de los actos administrativos, en reiteradas ocasiones ha expuesto este Tribunal, que la Administración está obligada a motivar sus resoluciones, sobre todo cuando de éstas se deriva una afectación a la esfera jurídica del administrado.

La motivación -elemento objetivo del acto administrativo- exige que la Administración exponga las razones de hecho y de Derecho que le determinaron e indujeron a adoptar su decisión. La motivación cumple una función informativa consistente en identificar inequívocamente y trasladar al interesado y potencial recurrente, el fundamento jurídico y fáctico de la decisión, a fin de que pueda ser oportunamente contestado (Marcos M. Fernando Pablo: La motivación del acto administrativo, Editorial Tecnos, S.A, Madrid).

Garrido Falla dice que *"por motivación del acto administrativo debe entenderse la exposición de las razones que mueven a la administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste"* O corno dice Manuel María Díez *"por motivación del acto administrativo debe tomarse la expresión de las razones que han llevado al órgano administrativo a dictar el acto, como también a la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y lo justifican"*. La motivación de los actos administrativos, conforme a la jurisprudencia nacional y extranjera, se impone por el principio de legalidad de la administración, puesto que de esta manera podrá el órgano judicial, en su caso y al ejercer su control, constatar si el acto se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma.

Ahora bien, esa *motivación del acto* debe ser cierta y de buena fe; debe ser seria, adecuada o suficiente e íntimamente relacionada con la decisión que se pretende. *"La motivación falta cuando no existe ninguna, buena o mala, porque el juzgador no consignó por escrito sus argumentos."*

En el caso planteado el Consejo Directivo del ISSS, en el acuerdo número 2006-248.FEB., resolvió en el numeral 1°, adjudicar por recomendación del veintiséis de enero del dos mil seis, de la Comisión Evaluadora de Ofertas la compra de 58 códigos, entre ellos el código 707085 cuya adjudicación se hizo a [...], dicha decisión la fundamentó en que esta empresa cumplió con la evaluación técnica, evaluación financiera, términos legales y administrativos, y por ser la oferta de menor precio. [...]

Así pues la Administración determinó cuál era la oferta más ventajosa para sus intereses, la seleccionó y aceptó. (fs. 2451 al 2456, expediente administrativo, Tomo 5)

Quedando evidenciado en consecuencia que la decisión de la Administración para adjudicar el código 707085 a [...], fue motivada por la ventaja que ofreció ésta empresa al ofertar un mejor precio que las otras competidoras. No se debe perder de vista que la Administración Pública para elegir al proponente debe aceptar la oferta que considera más ventajosa.

POSIBILIDAD DE REALIZAR UNA ADJUDICACIÓN PARCIAL DE LICITACIÓN PÚBLICA

Alega la demandante, violación al Principio de legalidad por inobservancia al artículo 64 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, pues considera que según lo regulado en el citado artículo, el Consejo Directivo del ISSS, debió tomar en cuenta lo ofertado por ella y no declarar desierto el resto de la oferta.

La LACAP regula lo pertinente a la recomendación de adjudicación y sus elementos, en los términos siguientes:

*"Art. 56. Concluida la evaluación de las ofertas, la Comisión de Evaluación de Ofertas elaborará un informe basado en los aspectos señalados en el artículo anterior, en el que hará al titular la recomendación que corresponda, ya sea para que acuerde la adjudicación respecto de las ofertas que técnica y económicamente resulten mejor calificadas, **o para que declare desierta la licitación o el concurso.** (...) Si la autoridad competente para la adjudicación estuviere de acuerdo con la recomendación formulada por la Comisión de Evaluación de Ofertas, procederá a adjudicar la contratación de las obras, bienes o servicios de que se trate. La UACI dará a conocer el resultado mediante la Resolución de Adjudicación correspondiente.*

Cuando la autoridad competente no aceptare la recomendación de la oferta mejor evaluada, deberá consignar y razonar por escrito su decisión y podrá optar por alguna de las otras ofertas consignadas en la misma recomendación, o declarar desierta la licitación o el concurso".(negritas suplidas)

Por su parte el art. 46 de la norma en comento establece que la licitación o el concurso podrán prever la adjudicación parcial, la que deberá estar debidamente especificada en las bases.

Como se ha sostenido en reiteradas decisiones, el contenido de las bases de una licitación, o pliego de condiciones es el programa precontractual en el que se formulan cláusulas específicas dictadas unilateralmente por la Administración, estas cláusulas son de alcance general y particular dependiendo de su contenido.

Las bases prescriben por regla general cuatro postulados en su contenido: a) el objeto licitado se define mediante elementos cualitativos y cuantitativos de individualidad que se ciñen a las necesidades de la Administración Pública; b) Regulan exigencias relativas a los sujetos y no a las propuestas, lo expuesto, hace referencia a las condiciones jurídicas de habilitación -que lleva inmersa la calificación de capacidad-, la habilitación técnica y financiera como condiciones mínimas de un licitante frente a la potencial oferta; c) cláusulas obligatorias o prohibitivas, las cuales pueden tener un carácter expreso o implícito, dado que las mismas regularmente ya se encuentran contenidas en disposiciones legales positivas, o aún devienen de los principios generales del derecho y las directrices contractuales — en lo que hace referencia a voluntad por ejemplo-; y d) Siempre existe una fijación de actos y afectaciones procedimentales, que sientan las reglas del juego a seguir, lo anterior incluye el ejercicio de ciertos derechos, solemnidades a llenar por el carácter especial del objeto licitado, etc., lo antes expuesto se encuentra en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (artículo 44).

Entonces, el contenido de las bases de licitación tiene como finalidad específica, fijar los extremos de participación y condiciones de realización de las facultades de la Administración Pública, es por ello que las mismas constituyen un derecho positivo derivado de una relación precontractual. Dichas bases constituyen un *plus* o infraorden normativo que sienta los elementos primigenios de una licitación, calificada por las particularidades de su objeto y sujetos intervinientes, elementos que no se encuentran en oposición al orden normativo general, sino que constituyen un complemento de éste.

Para el caso de autos, del análisis realizado al expediente administrativo se constata que en los términos de referencia de la Licitación Q-016/2005 se establece en la cláusula 3.4 Criterios para recomendación de adjudicación, la posibilidad de hacer adjudicaciones parciales, totales o declarar desierta la licitación cuando así convenga a los intereses del Instituto.

Lo anterior denota que la ley aplicable y las bases otorgan una clara potestad para que la autoridad competente declare desierta la licitación, potestad que puede ejercer respecto de ciertos renglones o códigos retomando una recomendación de la Comisión de Evaluación de Ofertas o, adoptando una decisión que se aparte de lo recomendado por la referida Comisión, debidamente razonada.

Precisamente, en el acta de recomendación de compra de la Comisión Evaluadora de Ofertas agregada a folios 2456 del expediente administrativo se recomienda disminuir la cantidad a comprar en base nota enviada por la Jefa de Técnicos de terapia respiratoria del Hospital Médico Quirúrgico, agregada a folios 228 del expediente administrativo, en la que expuso que en la licitación pública Q23/2004 fueron adjudicados los códigos 707085 "kit de gases arteriales" los cuales se estaban contratando hasta en agosto de dos mil cinco, por lo que consideraba que se contaba con la cantidad suficiente para cubrir las necesidades del el año que transcurría y el siguiente.

Por lo anterior se establece que no existió la violación alegada por el demandante al otorgarse una licitación parcial.

Esta Sala concluye que por las razones expuestas no ha existido la violación al deber de motivación ni al principio de legalidad alegado por la demandante"

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 158-2006 de fecha 21/09/2009)

NULIDAD DE PLENO DERECHO EN EL PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIÓN DE LA REFORMA AGRARIA

RENUNCIA AL DERECHO DE RESERVA

"En atención a que el principal argumento de ilegalidad de la demandante versa sobre la imposibilidad de expropiar o renunciar el derecho de reserva que se establece en la normativa de la Reforma Agraria, esta Sala considera pertinente iniciar el análisis del caso con un esbozo de la Reforma Agraria y su finalidad, para luego detallar cuál es el procedimiento establecido en la Ley para que ésta se lleve a cabo y, finalmente, dilucidar la naturaleza jurídica del derecho de reserva dentro del mismo. Con este parámetro doctrinal, se podrá realizar una plena valoración de lo acaecido en sede administrativa a efecto de fijar si la Administración incurrió en algún vicio de ilegalidad al momento de emitir el acto.

a) Aspectos generales de la Reforma Agraria en El Salvador

Durante la década de los años ochenta se implantó en El Salvador el proceso de Reforma Agraria, por medio de la entrada en vigencia del Decreto 153 de la Junta Revolucionaria de Gobierno que contenía la Ley Básica de la Reforma Agraria, la cual en el artículo 3 prescribía originalmente que: *«Quedan afectados todos los inmuebles por naturaleza, por adherencia y por destinación de uso agrícola, ganadero o forestal»*, salvo las excepciones legales; y, además, reguló en el artículo 4 que *«las tierras afectadas por esta ley son aquellas cuya propiedad o posesión corresponda en el territorio nacional a una o más personas naturales, sucesiones o sociedades que excedan de Cien Hectáreas, en inmuebles con suelos clases I, II, III y IV, y de ciento cincuenta Hectáreas, en suelos clases V, VI, y VII. Estas extensiones constituyen el derecho de reserva a favor de los propietarios o poseedores de tierras (...)*».

El proceso de Reforma Agraria en El Salvador ha experimentado dos fases: la primera de configuración preconstitucional, en la que se establecía como parámetro para la transferencia —ya sea por compraventa voluntaria o expropiación— la tenencia de más de 100 y 150 hectáreas de tierras con vocación agrícola, disponiéndose en dicho caso un derecho de reserva a favor del propietario (atendiendo a las circunstancias particulares de la propiedad a expropiar); y, una segunda etapa de naturaleza *post* constitucional, que inicia a partir de la vigencia de la actual Constitución que con su artículo 105 modificó tácitamente lo estipulado por el Decreto 153, de tal suerte que se sitúa en 245 hectáreas el límite máximo de terreno de naturaleza agrícola que puede poseer una persona, siendo las extensiones que sobrepasan este límite las que podían estar sujetas a expropiación y las inferiores o equivalentes eran las correspondientes al derecho de reserva que pueda alegarse a su favor.

La teleología de la Reforma Agraria experimentada se trasluce en la tendencia a adoptar medidas que conduzcan a una distribución equitativa de la riqueza nacional, incrementando al mismo tiempo, en forma acelerada, el producto territorial bruto. Dicha distribución podía configurarse mediante dos vías: en primer lugar, el propietario podía acceder voluntariamente a la transferencia y, entonces, se efectuaría la respectiva compraventa; y, en segundo lugar, la posibilidad contraria indica que ante la oposición a dicha transferencia el Estado utilizaría a la expropiación como manifestación de su poder de *imperium* y la transferencia de propiedad operaría por ministerio de ley (Art. 9 de la LBRA).

Sobre este último punto, debe aclararse que la expropiación no significa dejar en desamparo al administrado, porque ella no sólo implica el apartamiento coactivo del derecho de propiedad (basándose en una causal de utilidad pública) sino que también

conlleva al pago de una cantidad de dinero en concepto de indemnización. En realidad, es en el pago de tal indemnización donde encontramos el segundo elemento característico de la expropiación, que sirve de principio diferenciador con respecto a otras instituciones afines, como la confiscación.

Esta divergencia entre la transferencia voluntaria y la expropiación, adquiere trascendencia con posterioridad a la toma de decisión del Estado de adquirir un inmueble, ya que antes no tiene una aplicación cierta. En el caso particular del traspaso voluntario, después que el ISTA notifica al propietario o poseedor la intención de adquirir su inmueble, éste deberá manifestar por escrito en las oficinas del ISTA su voluntad de vender —dentro de los ocho días hábiles posteriores a la notificación o a la publicación respectiva— señalándose posteriormente día, lugar y hora para otorgar la escritura correspondiente que materializará tal transferencia.

En atención a que la expropiación implica una oposición del ciudadano a que su propiedad sea objeto de tal mecanismo, la transferencia de la propiedad se dilata y se ve regulada por el procedimiento correspondiente, el cual será analizado en el siguiente apartado a efecto de tratarlo puntualmente debido a su complejidad.

b) Del procedimiento de expropiación en la Reforma Agraria

En aplicación de los capítulos III y IV de la LBRA, esta Sala puede identificar las etapas procedimentales esenciales para que se lleve a cabo —legalmente— la expropiación a los propietarios, o poseedores legítimos, de las tierras afectadas por el proceso de Reforma Agraria. Siendo dicho procedimiento el siguiente:

(i). El inicio del proceso se sitúa en la manifestación de la decisión estatal de adquirir un inmueble, el cual deberá cumplir con la vocación identificada en el artículo 4 de la LBRA (modificado por el artículo 105 de la Constitución). Entiéndase, pues, que debe existir un Acuerdo Ejecutivo de la Junta Directiva del ISTA mediante el cual se acuerde y autorice la intervención de un determinado inmueble, de conformidad al artículo 10 inciso 1° LBRA.

(ii). El acuerdo debe hacerse público, en otras palabras, debe realizarse la respectiva notificación al propietario —o en su caso al poseedor— del inmueble, para que éste pueda manifestar por escrito su voluntad de vender o su oposición a tal transferencia (artículo 10 inciso 2° LBRA).

(iii). Ante el conocimiento de la voluntad estatal, el propietario puede acceder a realizar la transferencia de la propiedad; en tal caso, se necesita que él mismo determine expresamente tal situación, después de lo cual el ISTA notificará el día y hora en que

deberá comparecer a otorgar la escritura pública correspondiente. En caso contrario, cuando el titular no manifieste expresamente la intención de vender, o no comparece a otorgar la escritura, se procederá a la transferencia mediante el proceso de expropiación por ministerio de ley (artículo 10 inciso 3° y 4° LBRA).

(iv). Una vez establecida la procedencia de la expropiación, la misma iniciará con el levantamiento del acta de intervención y toma de posesión del inmueble *in situ*, en la cual se relacionará el número de inscripción y el correspondiente libro en que se encuentren consignados los antecedentes a favor de los titulares de los inmuebles expropiados y, además, se establecerá el derecho de indemnización del propietario (artículo 11 inciso 1° y 4° LBRA).

(v). Cuando el ISTA haya tomado posesión del inmueble, los propietarios o poseedores deberán comparecer a las oficinas de la Institución para la firma del acta de intervención y toma de posesión, dentro del plazo de ocho días desde la última publicación que se haga de los propietarios afectados por la Reforma Agraria (artículo 11 inciso 2° y 3° LBRA).

(vi). Se procederá a la inscripción del título de propiedad, producto de la transferencia del inmueble expropiado (artículo 11 inciso 5° LBRA).

(vii). El ISTA determinará el valor del inmueble expropiado, en caso que el propietario no lo hubiere acreditado en las declaraciones impositivas de los ejercicios previos o no haya propuesto un valor estimado, (avalúo) y procederá a la determinación del monto de indemnización que deberá entregarse en concepto de compensación —por la transferencia de su propiedad al ISTA—, la cual será entregada atendiendo a los parámetros del artículo 12 LBRA.

(viii). Finalmente, se hará una determinación de la forma de hacer efectivo el pago (artículo 14 LBRA).

(ix). El ISTA llevará a cabo la administración provisional del inmueble, con la finalidad de garantizar los objetivos de la Reforma Agraria, hasta efectuarse la asignación de las tierras y demás bienes adquiridos, a las asociaciones cooperativas agropecuarias y otras inscritas en el Ministerio de Agricultura y Ganadería (artículos 17 y 18 de la LBRA).

Resulta llamativo que no se establezca en dicho procedimiento una etapa esencial o específica— para la fijación y localización del derecho de reserva que instituye el artículo 4 de la LBRA, lo cual sin embargo puede explicarse en el hecho que tal derecho puede ejercerse libremente por el expropiado. Por la naturaleza del procedimiento referido se colige que tal derecho se ejercerá hasta después de levantada el *Acta de intervención del*

inmueble, en vista que es en ese preciso momento que la heredad ya se encuentra efectivamente en manos del ISTA —a quien debe dirigirse la petición de localización y fijación del inmueble a reservarse —; y antes que se lleve a cabo la indemnización correspondiente a la expropiación, porque en dicha etapa se realiza el pago por el total del inmueble expropiado, lo cual implica que ya se ha separado la porción ajustada al derecho de reserva y, consecuentemente, la *consignación registral del traspaso de titularidad*, no pudiéndose ya en este punto afectar los derechos de terceros propietarios de buena fe.

a) Del derecho de reserva

Es dentro de tal procedimiento de expropiación que surge el derecho en análisis, en el sentido que la LBRA reconoció —en la primera fase— el derecho a que se fijara entro del inmueble sometido a expropiación una determinada área que podía reservarse para sí el expropiado, cuya extensión dependía de las características del inmueble (en la primera etapa de la Reforma Agraria, tal extensión se refería de 100 a 150 hectáreas y, posteriormente, con la entrada en vigencia de la Constitución se extendió a 245 hectáreas).

En atención a lo supra relacionado en el apartado b) de estos considerandos jurídicos, se parte del hecho que el ISTA procede a realizar la expropiación por ministerio de ley y, consecuentemente, levanta el acta de intervención y toma de posesión de todo el inmueble propiedad del administrado, por lo cual es necesario que el particular se apersona a las oficinas del ISTA, para exigir que se fije y localice —dentro del inmueble expropiado— la parte del mismo que conservará en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la LBRA.

En el caso *sub júdice*, el principal argumento de ilegalidad que esgrime la parte actora versa sobre la idea que: el derecho de reserva es irrenunciable y no puede ser expropiado, por lo que la Administración con dicha omisión de devolverle su propiedad actuó ilegalmente. A efecto de dilucidar si acaece tal ilegalidad, es indispensable hacer un análisis de la naturaleza jurídica del derecho de reserva y de su aplicación a la práctica.

Determinar la naturaleza jurídica de un derecho conlleva al examen de sus elementos esenciales, a saber: subjetivo, objetivo y de contenido. Al analizar los elementos del derecho de reserva, puede identificarse inicialmente que el elemento *subjetivo* identifica al propietario del inmueble sujeto a expropiación, quién es el facultado para interponer la petición respectiva a la Administración. Luego, en nuestro caso el elemento *objetivo* recae en el bien inmueble sobre el cual se ejercerá la petición de reserva y resguardo. Por

último, el *contenido del derecho* envuelve la facultad de pedir a la Administración Pública que se localice y fije una porción de terreno dentro del inmueble originalmente de su propiedad, para que tal porción sea excluida de la expropiación y se conserve sobre ella la titularidad inicial correspondiente al derecho de propiedad.

En este punto, es preciso deslindar el original derecho de propiedad del expropiado del derecho de reserva, este último implica que el ciudadano —envuelto en una separación de su propiedad vía expropiación— tiene el derecho a pedir al ISTA que aparte del procedimiento expropiatorio (del cual es sujeto pasivo) una extensión de terreno según los parámetros establecidos en la ley, dependiendo del caso.

Ahora bien, la naturaleza del derecho de reserva está fuertemente vinculado a la esfera patrimonial del demandante, en vista que el objeto del mismo es un bien tangible y determinado. Es un hecho irrefutable que los derechos de naturaleza patrimonial pueden ser renunciados o separados de la esfera jurídica de su titular activo; por el contrario, los únicos derechos que no pueden ser transferidos, son aquellos connaturales a la existencia misma de las personas, los cuales deben ser ejercidos directamente por ellos, como ejemplos pueden citarse: el derecho a la vida, a la dignidad, a la intimidad, a la libertad, etc.

Aunado a lo anterior se debe partir de la base que la LBRA regula que ante la falta de ejercicio del derecho de reserva en un plazo temporal de un año —contado a partir de la intervención del inmueble— se entenderá éste como tácitamente renunciado (artículo 36 inciso 2° de la LBRA). Lo cual refuerza el argumento que el sujeto activo el derecho de reserva puede separarse libremente del mismo, ya sea por medio de un acto expreso o por la omisión en el ejercicio de las facultades que éste conlleva. Es por tal causa que no puede predicarse que sea un derecho irrenunciable, ya que está en manos del titular el poder separarse de él.

Bajo estos parámetros, resulta factible determinar que el derecho de reserva sí puede ser renunciado por su titular, en atención a que es un derecho con connotaciones procesales y patrimoniales, que no está vedado a ser renunciado —ya sea tácita o expresamente—, por lo cual no se sostiene el argumento de la parte actora al respecto. [...]

e) De la nulidad de pleno derecho

La Sociedad [demandante] insiste en afirmar que, en su caso se configuró una nulidad de pleno derecho, ya que se le expropió una extensión de terreno sobre la cual pretendía ejercer su derecho de reserva, el cual no puede estar sujeto a expropiación por considerarse irrenunciable.

El concepto jurídico de **nulidad de pleno derecho** —previsto en el artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa— ha desatado mucha controversia en cuanto a su aplicación, puesto que no existe una previsión legislativa que regule indubitablemente los supuestos en los cuáles se atribuye dicha consecuencia jurídica. En el Derecho comparado la nulidad de pleno derecho suele recogerse en una norma sustantiva de aplicación general, sin embargo en El Salvador el juzgador se enfrenta ante un vacío normativo que debe solventar, porque se carece de la seguridad que deviene del texto de una ley.

En respuesta a tal falta de previsión expresa, algunos ordenamientos jurídicos han optado por trasladar las nulidades civiles a la materia contencioso-administrativa. Al respecto, esta Sala estima que no es la solución idónea, ya que debe atenderse —ante todo— la especial naturaleza del Derecho Administrativo. Se debe poner énfasis en la distinta naturaleza de los intereses en juego: la materia civil prevé a las nulidades como una forma de sancionar los vicios de la voluntad de los particulares (en los actos y contratos *inter pares* que realicen), mientras que en materia administrativa la nulidad de pleno derecho se relaciona con un quebrantamiento al ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, referido a la ausencia de previsión legal expresa sobre tal asunto, este Tribunal se encuentra en la obligación de darle contenido a tal concepto —tal como lo ha señalado la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo número 384-97, de fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve— a efecto de determinar, casuísticamente, los supuestos en que se produce un quebrantamiento tan grave al ordenamiento jurídico, que pueda hablarse de nulidad de pleno derecho.

Ahora bien, la nulidad de pleno derecho posee algunos elementos que la denotan y particularizan. En primer lugar, se encuentra ubicada como una categoría de invalidez del acto administrativo, por lo que se considera como una situación relacionada con la existencia de vicios en los elementos del acto; y, en segundo lugar, se determina que la misma se sitúa en el grado superior de invalidez, de tal suerte que supera a la nulidad absoluta, anulabilidad, nulidad relativa y a las irregularidades que no invalidan el acto.

Teniendo como meta encontrar, en la normativa salvadoreña, disposiciones que puedan aportar claridad sobre este tema, se acude a la norma constitucional. El texto constitucional en el artículo 164 prescribe que «*Todos los decretos, acuerdos, órdenes y resoluciones que los funcionarios del Órgano Ejecutivo emitan, excediendo las facultades que esta Constitución establece, serán nulos y no deberán ser obedecidos, aunque se den a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa*». Tal disposición deber ser interpretada de forma no restrictiva, de tal suerte que pueda extender su aplicación a todas las posibles actuaciones administrativas que excedan las facultades que la

Constitución establece, ejecutadas no sólo por los funcionarios comprendidos en el Ejecutivo sino que también de otras instituciones públicas, quienes también se encuentran vinculados al imperio de la Ley según lo previsto en el artículo 86 *in fine* de la Constitución (las facultades de los funcionarios de la Administración Pública tienen su fundamento *ulterior* en la Norma Suprema, en vista que no puede existir una actuación lícita —de ningún funcionario— que no esté amparada en el ordenamiento jurídico).

Partiendo de la base que las nulidades previstas en la Constitución «*no deberán ser obedecidas*», en virtud de que tales actos adolecen de un vicio de gran magnitud que les invalida totalmente y los dota de ineficacia *ab initio*; y, considerando que las nulidades de pleno derecho —previstas en el art. 7 LICA— son entendidas como una categoría extraordinaria de nulidad, situándose en el rango más alto de las consecuencias de invalidez de los actos administrativos (correspondiente a las transgresiones más graves al ordenamiento); procede concluir que las nulidades de pleno derecho son una expresión de los actos nulos previstos en el artículo 164 de la Constitución.

En definitiva, un acto nulo de pleno derecho para poder ser sometido al conocimiento de la Sala, debe ocasionar una vulneración grave del ordenamiento secundario que tenga una trascendencia sobre un derecho constitucional. Cabe apuntar, que no toda vulneración al principio de legalidad acarrea una nulidad de pleno derecho, ya que ésta es una categoría especial, que concurre sólo cuando de manera simultánea acaecen los siguientes presupuestos: (i) el acto transgrede la normativa secundaria (de carácter administrativo), por haberse emitido en exceso o fuera de las potestades normativamente conferidas a la Administración; (ii) que la vulneración trascienda a una violación del ordenamiento constitucional; (iii) que esta transgresión sea concretable en la esfera jurídica del sujeto que alega la nulidad. (Sentencia dictada a las doce horas treinta minutos del veinte de junio de dos mil cinco, en el juicio 88-V-2002).

f) Examen de la nulidad de pleno derecho alegada en el caso

La piedra fundamental de nuestro análisis versa sobre sí ocurrieron en sede administrativa situaciones constitutivas de nulidad de pleno derecho, específicamente en la tramitación del procedimiento expropiatorio relacionada con el ejercicio del derecho de reserva de la parte actora. De tal suerte que una vez definida la ocurrencia o no de la transgresión, podrá verificarse si la misma puede elevarse a la categoría de invalidez más grave que nuestro ordenamiento contempla, como lo es la nulidad de pleno derecho. En afán de aportar claridad sobre tal tema, deben tomarse como punto de partida las consideraciones y conclusiones *supra* apuntadas:

En primer lugar, la finalidad de la Reforma Agraria llevada a cabo en la década de los ochenta —como ya se dijo en el literal a) de estos considerandos jurídicos— era adoptar medidas que condujeran a una distribución equitativa de la riqueza nacional. Pudiendo configurarse tal redistribución por medio de dos vías: la transferencia voluntaria del inmueble, que se concretaba mediante una compraventa entre el particular y el ISTA; o, por el contrario, la oposición a dicha transferencia, empleándose en tal caso la expropiación como manera de hacer efectivo el traspaso de titularidad del derecho de propiedad.

En segundo orden, dentro del procedimiento de expropiación regulado legalmente no se establecía una etapa esencial para la fijación y localización del derecho de reserva previsto en el artículo 4 de la LBRA, lo cual puede explicarse en el hecho que éste es un derecho que el expropiado estaba facultado a ejercer libremente después de conocer la intención del Estado de adquirir su propiedad, y dentro del plazo temporal establecido para ello.

De ahí que, por la naturaleza de tal procedimiento, el derecho de reserva podía ser ejercido —materialmente— hasta después que se levantara el *Acta de intervención del inmueble*, ya que hasta en dicho momento la heredad se encontraba en manos del ISTA, quien debía ejecutar la localización y fijación del terreno que se pretendía reservar al expropiado. Ahora bien, ese derecho había de ejercitarse y quedar solventado antes de que se pagara la indemnización correspondiente a la expropiación del inmueble, lo cual resulta lógico, porque era necesario tener completamente fijado el inmueble expropiado por el cual se estaba indemnizando, lo cual no resultaba posible si aún no se había separado la porción ajustada al derecho de reserva del expropiado.

Un tercer elemento a ponderar es que, para que fuera procedente la localización y fijación de los beneficios que conllevaba el derecho de reserva, era preceptivo que concurrieran ciertos requisitos, a saber: (i) que el titular hubiera ejercido su derecho dentro del plazo de un año, contado a partir de la intervención de su propiedad; (ii) que no se hubiera renunciado expresa o tácitamente a tal derecho; (iii) que el derecho de reserva no se tratara de hacer valer sobre tierras de vocación agrícola y de uso estrictamente forestal; (iv) que se presentara una solicitud correspondiente al ISTA.

En cuarto orden, es importante reiterar lo antes expuesto sobre la naturaleza jurídica del derecho de reserva, ya que no se debe confundir al mismo con el derecho de propiedad del expropiado. El derecho de reserva faculta al ciudadano para acudir ante el ISTA y pedir que se aparte una extensión del inmueble que es objeto del procedimiento expropiatorio, porción sobre la cual tiene interés de continuar ejerciendo su derecho de propiedad, según los parámetros establecidos en la LBRA.

El quinto punto a considerar es que, el derecho de reserva tiene un carácter procedimental y patrimonial, al tener como elemento objetivo un bien inmueble tangible y determinado (como ya se afirmó en el literal e) de estos considerandos jurídicos). Es, pues, por ello que puede ser renunciado o separado de la esfera jurídica de su titular. Como corolario de lo anterior se entiende que, por no ser el derecho de reserva de aquellos derechos connaturales a la existencia misma de las personas (los cuales deben ser ejercidos directamente por ellos, como el caso del derecho a la vida, a la dignidad, a la intimidad, a la libertad, etc.) se constata que es renunciable, ya sea de forma expresa o bien tácitamente.

Siguiendo el anterior orden ideas, se colige que cuando el particular ejercitaba su derecho de reserva, podía encontrarse ante dos situaciones: tener el ánimo de continuar ejerciendo su derecho de propiedad sobre el inmueble separado del expropiado o, por el contrario, tener la voluntad de transferir su propiedad, para lo cual se aplicaría el trámite dispuesto por el Decreto 256, el cual regula que el ISTA podría adquirir tal terreno a título de compraventa.

En el caso de autos, se puede tener como cierto que la parte actora presentó en tiempo su solicitud para hacer efectivo su derecho de reserva sobre el inmueble en cuestión. Sin embargo, también consta en el acta de pago de la indemnización que la sociedad demandante tuvo conocimiento sobre la aceptación del ISTA de su renuncia sobre el derecho de reserva antes aludido y, además, consta la aceptación a todo lo expuesto en dicha acta, situación por la cual firmó la misma el representante de la Sociedad [demandante].

Frente a la comprobación de tales situaciones, esta Sala puede aseverar que la Sociedad actora —por medio de su representante legal— al renunciar a su derecho de reserva y aceptar el pago de la indemnización por la expropiación del inmueble en cuestión, estaba asumiendo que la transferencia de la totalidad de la Hacienda San Andrés era válida y que quedaba resarcida del perjuicio causado con dicha expropiación.

Bajo estos parámetros se debe analizar cuáles son los efectos que tal renuncia. Al examinar el primer acto cuestionado Acuerdo de expropiación de la Hacienda San Andrés a la luz de los hechos constatados y los lineamientos fijados por este Tribunal para determinar la existencia de una nulidad de pleno derecho —antes detallados en el apartado e) de estos considerandos jurídicos—, se evidencia que no se cumple con el primero de los presupuestos relacionados, entiéndase que el *«acto transgrede la normativa secundaria (de carácter administrativo), ya que no se ha dictado en exceso o fuera de las potestades conferidas a la Administración Pública»*.

Esta Sala llega a dicha conclusión porque verificó que el ISTA no actuó en exceso de sus potestades, ya que expropió el inmueble y aceptó una renuncia expresa en apego a la normativa de la Reforma Agraria (ambas potestades le estaban conferidas). En suma, al no acaecer el primer elemento exigido, resulta innecesario entrar a analizar la ocurrencia de los subsecuentes requisitos para que se configure la nulidad de pleno derecho en el presente caso.

Finalmente, en relación al segundo de los actos cuestionados —la declaración de sin lugar al reconocimiento del derecho de reserva y su correspondiente indemnización— esta Sala tiene el pleno convencimiento que el ISTA actuó conforme al ordenamiento jurídico, en vista que la Administración Pública no puede estimar las pretensiones de los particulares que no se funden y cumplan los supuestos de hecho previstos en las normas aplicables.

La Junta Directiva del ISTA, al denegar en el año dos mil cuatro las pretensiones relacionadas con el aludido derecho de reserva y la indemnización por la falta de fijación y localización del inmueble —de acuerdo a la LBRA—, actuó de conformidad plena a la legislación de la Reforma Agraria. En consecuencia, no procede declarar la ilegalidad de este segundo acto."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 107-D-2004 de fecha 30/11/2009)

PENSIÓN POR VEJEZ

El actor impugna tanto el acto emitido por el Presidente del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, como el del Superintendente de Pensiones, al primero por considerar el demandante que le fue concedida la pensión por un tiempo menor al debido, y al segundo por confirmar la resolución anterior, las cuales no se sujetaron a lo establecido en la Ley de la materia, más bien se aplicó preferentemente la normativa reglamentaria y leyes derogadas contrarias a la normativa vigente.

La doctrina ha señalado que la potestad normativa de la Administración, comporta la atribución a la misma, en un marco determinado por el bloque Ley -Reglamento, del poder de gestión del sector o segmento social de que se trate; poder que incluye la

capacidad de expresarse a través de normas, la cual no es propia, sino siempre derivada de la ley formal.

Esta Sala se ha pronunciado que cuando una ley hace referencia a un reglamento u otro tipo de normas, lo hace con la finalidad de que éste la complemente, bajo ciertas directrices su contenido básico; pero, al mismo tiempo lleva implícita la obligación de que la regulación reglamentaria respete los principios constitucionales, ya que no resulta razonable que el legislador encomiende el dictar disposiciones contrarias a su contenido, espíritu y a dichos preceptos. Debe existir por lo tanto, una adecuación entre la Constitución, los fines perseguidos por la ley y los medios de la norma creada, para el desarrollo que dicho precepto legal establece para lograrlos.

Para el autor Luciano Parejo Alfonso, el Reglamento lo constituye una norma escrita estatal emanada del poder ejecutivo y subordinado jerárquicamente a las normas, con rango y fuerza de ley formal.

De lo anterior, se deduce que dicha ley formal, es la "proveniente del plus de legitimación que posee la Asamblea Legislativa por sobre el resto de órganos estatales y entes públicos con potestad normativa", en virtud de que recoge y representa la voluntad general.

El citado actor señala, que la clave de la potestad reglamentaria y, por tanto, del Reglamento radica en el reparto del poder de normación social en el seno de la estructura estatal, por ello, su estudio se hace tradicionalmente desde la perspectiva de su diferenciación y de su relación con la ley, lo cual conduce a situar a este jerárquicamente - subordinada a la ley- conceptuándola como norma complementaria y de "ejecución".

La clasificación doctrinalmente más importante de los Reglamentos, es la hecha desde la perspectiva de la relación de éstos con la ley y que ésta condicione la derivada de los efectos de las normas reglamentarias, como son los ejecutivos o *secundum legem*, independientes o *extra legem*, y de necesidad o *contra legem*, siendo el primero de éstos, el que nos interesa para los efectos de esta Sentencia.

Es normal y frecuente que la ley no complete, en todo su detalle, la regulación de la materia que constituye su objeto, concentrándose en aspectos más principales, generales y más perdurables de la regulación, descargando la decisión sobre los aspectos secundarios y particulares en el poder ejecutivo, para que las ordene mediante normas reglamentarias (menos solemnes y más flexibles y, por ello más fácilmente adaptable a la evolución y las exigencias de la realidad), así como, en todo caso, más aptas para resolver las cuestiones técnicas.

A manera de definición diremos, que los reglamentos de ejecución son los que, en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, emite el Poder Ejecutivo para hacer posible, o más conveniente, la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles omitidos en éstas, que aunque subordinados a la ley, la complementan regulando los detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento sino también los fines que se propuso el legislador.

De lo cual, resulta que los reglamentos de ejecución contienen disposiciones que tienden a facilitar la aplicación de la ley, cabe señalar que ejecutar la ley, no es dictarla, es decir un reglamento no puede alterar el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias.

De conformidad con el artículo 168 numeral 14 de la Constitución, le corresponde al Presidente de la República decretar los reglamentos de ejecución que fueren necesarios para facilitar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde. Ello significa que existe una relación jerárquica-normativa entre la ley y el reglamento. Éste constituye norma secundaria que complementa a la ley en su desarrollo, pues la articulación que existe entre ley y reglamento se hace sobre el principio formal de jerarquía normativa, en virtud de la cual la ley le precede, y como tal le impone sus límites.

Retomando, lo antes señalado, podemos decir que la ley puede limitarse a establecer lo básico de la disciplina o materia, remitiendo el resto a otras normas, aunque la ley debe establecer los criterios y directrices de la regulación subordinada, así como una delimitación precisa de su ámbito. Es decir, lo esencial radica en la circunstancia de que la norma remitente, en los casos habilitados, renuncia deliberadamente a agotar toda la regulación y, consciente de ello, llama a otra norma para que la complete, formando entre las dos un solo bloque normativo.

Para el caso de autos, se tiene que la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, dispone que el Superintendente de Pensiones propondrá al Presidente de la República para su aprobación, los reglamentos que sean necesarios para el funcionamiento del Sistema de Ahorro para Pensiones y del Sistema de Pensiones Público artículo 234 de la referida ley, de lo cual se deduce que efectivamente, la ley establece la facultad de reglamentar el funcionamiento del referido Sistema, debiendo éste subordinarse a lo dispuesto en la ley que ejecuta, lo cual se determinará en el análisis del caso que nos ocupa.

Ahora bien, determinada la facultad de la Administración para emitir el reglamento en discusión, es necesario abordar lo relativo a la Seguridad Jurídica en el otorgamiento de la Pensión, en vista que el demandante alega que le ha sido violentado.

SEGURIDAD JURÍDICA EN EL OTORGAMIENTO DE LA PENSIÓN POR VEJEZ.

La Seguridad Jurídica constituye un derecho fundamental que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene el mismo Estado hacia el gobernado, entendido como un deber de naturaleza positiva, traducido no en un mero respeto o abstención, sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico, a fin de que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida, esto quiere decir que los gobernados tengan un goce efectivo y cabal de sus derechos.

La seguridad jurídica implica una actitud de confianza en el derecho vigente y una razonable previsibilidad sobre su futuro, es la que permite prever las consecuencias de las acciones del hombre así como las garantías de orden constitucional de que gozan tales actos. En consonancia con lo anterior, por seguridad jurídica debe entenderse la certeza que posee el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridad competente, ambos establecidos previamente.

Entonces, el tratamiento otorgado al principio de Seguridad Jurídica, en el Derecho a la Previsión Social, en cuanto al otorgamiento de la pensión de vejez, cambió al entrar en vigencia la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones. La cual estipula como una responsabilidad del Estado posibilitar los mecanismos necesarios que brinden la seguridad económica para enfrentar las contingencia de vejez, la cual únicamente es alcanzada con esfuerzos conjuntos entre el Estado, los empleadores y los trabajadores, a través de un sistema de pensiones.

Es así, que el concepto de pensión lleva implícito un arreglo, normalmente financiero, de pagos periódicos que una persona natural o jurídica que se compromete a realizar a otra a partir de que ocurren eventos previamente definidos, la cual presenta, cuando menos, tres elementos que son: 1) la periodicidad de los pagos, 2) el monto de los mismos y 3) la causa o hechos que provocan el pago.

Nos interesa para los efectos de esta Sentencia, el último de tales elementos, como es el caso de las causas o hechos que la provocan, partiendo de ello cualquiera que sea la causa por la que se genere un pago periódico o pago de pensión, no debe olvidarse que con ellos se pretende satisfacer algunas de las necesidades que ante la ocurrencia de los hechos predeterminados se generan.

La Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, ha sostenido que el fundamento de la Seguridad Social en la Constitución Salvadoreña, está constituido por una estructura triádica, cuyos elementos configuradores son: (a) la categoría jurídica protegida, (b) los riesgos, contingencias o necesidades sociales, y (c) las medidas protectoras de carácter social. En cuanto al primer elemento, es claro que la dignidad de la persona humana -cuyo respeto es, según el preámbulo constitucional, elemento integrante de la base sobre la cual se erigen los fundamentos jurídicos de la convivencia nacional- comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo (...). Una sucinta mirada a la realidad social permite advertir que existen ciertos riesgos, contingencias o necesidades sociales de diversa naturaleza que afectan o ponen en peligro la existencia digna, sobre todo de los individuos desprovistos de medios económicos suficientes para enfrentarlas.

Dichas contingencias, señala la citada jurisprudencia "se agrupan en: (patológicas, tales como enfermedad, invalidez, accidente de trabajo y enfermedad profesional; biológicas, entre las cuales se encuentran maternidad, vejez y muerte; y socioeconómicas, como desempleo y cargas familiares excesivas-". Las cuales consecuentemente producen repercusiones negativas en los ámbitos familiar, laboral o social, que requieren medidas protectoras para asegurar a los individuos frente a las mismas.

En ese sentido, la misma capacidad social de previsión permite establecer con anticipación las medidas protectoras que, ante la insuficiencia de recursos personales o familiares, puedan ser asumidas por la sociedad basados en un criterio de solidaridad; medidas que comprenden asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, desempleo, vejez, cargas familiares excesivas, maternidad, invalidez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como prestaciones a sobrevivientes.

La integración de tales elementos permite concluir que la necesidad de cumplir con el postulado constitucional de asegurar a cada individuo una existencia digna, exige y origina la seguridad social, con la cual se permita facilitar a los individuos que puedan hacer frente a las contingencias que ponen en peligro dicha calidad digna de la existencia.

Produciéndose entonces, la obligatoriedad de la seguridad social, la cual puede entender en dos sentidos: obligatoriedad para los sujetos protegidos; y obligatoriedad para los sujetos a quienes se impone la obligación del pago de la seguridad social, por lo que los efectos de la Seguridad Social en la esfera jurídica de éstos, constituye una categoría de naturaleza compleja, pues tanto establecen un derecho como una obligación; es decir, los sujetos protegidos no pueden decidir de manera potestativa si se integran o no al sistema de seguridad social, sino que, para una mejor protección de sus intereses, del texto

constitucional se infiere que deben integrarse, e incluso, el salario puede retenerse por obligaciones de seguridad social, tal como lo prescribe el artículo 38 ordinal tercero de la Constitución de la República.

En cuanto a los otros sujetos obligados al pago de la seguridad social -los patronos y el Estado- de la misma Constitución deriva tal obligación, a la cual no pueden sustraerse, aun cuando la forma y cuantía de tal pago serán las que determine la ley.

En efecto, la concreción más acorde al contenido integral de todo el texto constitucional lleva a entender que, luego de la Constitución, también puede establecerse requisitos para el pleno goce de la previsión social - no así impedimentos que restrinjan el pleno goce de ésta - lo cual solo podría ser por una ley en sentido formal: norma emitida por la Asamblea Legislativa; y sólo por ella, pues su órgano de creación se encuentra regido por un estatuto que comprende ciertos principios orientadores e informadores, los cuales legitiman la creación normativa por la Asamblea Legislativa (sentencia del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y ocho, Inconstitucionalidad, referencia 4-97, Considerando III 1).

Como producto de lo anterior, existe por tanto la posibilidad de que las leyes contengan remisiones o habilitaciones a normas reglamentarias por ejemplo, a efecto de que las mismas -siguiendo la línea referencia) indicada por la ley-terminen de concretar el sentido de los elementos precisados en su texto. En consecuencia, debe reputarse contraria a la mencionada exigencia constitucional no sólo la regulación reglamentaria de requisitos carentes de toda base legal, sino también aquella ausencia de precisión en la regulación reglamentaria de acciones tendientes a impedir el goce a la referida seguridad social, a pesar de existir base legal, y sólo el carácter previo y taxativo de las normas, en los términos antes descritos, proporciona certeza a los gobernados, para la protección de sus derechos.

De tal manera que un reglamento no podría regular más allá de lo establecido en la ley de la materia como es el caso de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, y lo que esta haya previsto sea aplicable de manera armónica con la ley anterior como es el caso de la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos.

REGLAMENTO DE BENEFICIOS Y OTRAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE PENSIONES PÚBLICO.

Tanto la parte demandante como las autoridades demandadas coinciden en manifestar, que para la determinación de la pensión por vejez, se aplicó el artículo 32 del Reglamento de Beneficios y Otras Prestaciones del Sistema de Pensiones Público.

Dicho Reglamento, fue creado mediante Decreto Ejecutivo N° 38 del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho, y publicado en el Diario Oficial N° 65 tomo 339 del tres de abril del mismo año.

La discutida disposición prescribe en esencia que el devengue de una pensión por vejez para los afiliados al Sistema de Pensiones Público, se establece si el afiliado con derecho a ella no se encuentra desempeñando un trabajo remunerado, y comenzará a gozar la misma desde la fecha en que presente la solicitud.

Entonces, resulta oportuno conocer que aspectos motivan a éste para ser de aplicación en el presente caso, o de no serlo, cuál sería el cuerpo normativa a aplicar en el caso de autos.

De conformidad con el artículo 1 del referido reglamento, el cual establece que el objeto de éste es el desarrollar la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, aplicables al Sistema de Pensiones Público, con el fin de establecer de manera uniforme, la normativa que regule los regímenes de pensiones de invalidez común, vejez y muerte, administrados por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos.

Por su parte, el artículo 4 del referido cuerpo normativo dispone que partir de la entrada en operaciones del referido Sistema, los afiliados al Sistema de Pensiones Público, en los regímenes relacionados en el párrafo anterior, y administrados por dichos Institutos, quedaban a partir de tal momento, sometidos a lo dispuesto por dicho reglamento.

Ante tal disposición, debemos entender por afiliado o asegurado; el trabajador inscrito en uno de los regímenes en referencia y administrados por tales institutos, mediante su participación mediante cotizaciones (artículo 3 del Reglamento).

De lo anterior, cabe aclarar que con la creación de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, mediante Decreto Legislativo número 927 del veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial número 243, tomo 333 del veintitrés de diciembre del mismo año, se otorgó a la Superintendencia de Pensiones, -organismo habilitado mediante dicha ley para la vigilancia y el control del nuevo Sistema de Ahorro para Pensiones-, la facultad de proponer al Presidente de la República los reglamentos necesarios para el funcionamiento del Sistema en referencia. Siendo

entonces el Reglamento de Beneficios y Otras Prestaciones del Sistema de Pensiones Público, uno de ellos.

De tales disposiciones, cabe aclarar que de conformidad con la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, para el goce de la pensión de vejez, se atendía con base al cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 54 de la misma, situación que cambió al entrar en vigencia la nueva legislación en referencia, la cual determina, en primer lugar que para los afiliados al sistema en mención, es cuando éstos cumplan cualquiera de los requisitos señalados en el art. 104, o en su caso los señalados en el art. 200 ambos de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, lo cual es aplicado según sea la situación en que se encuentre el afiliado.

Con la nueva ley, se estipuló en el Título III, un Régimen Transitorio del Sistema de Ahorro para Pensiones, el cual surtiría efectos al iniciar operaciones el Sistema creado con la misma, fecha que de conformidad con la ley sería comunicada por la Superintendencia de Pensiones (art. 233 inc. 2°), que para los efectos de esta sentencia, es a partir del quince de abril de mil novecientos noventa y ocho, de acuerdo a lo informado por las autoridades demandadas, no así la ley la cual entró en vigencia ocho días después de su publicación, es decir el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

Dentro de las disposiciones que contiene el Régimen Transitorio, el Capítulo I, hace referencia a los afiliados al Sistema de Pensiones Público, que comprende del artículo 183 al 189, en los que se observa, lo siguiente:

- a) Es aplicable a los regímenes de invalidez, vejez y muerte administrados por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos.
- b) Los afiliados en uno de dichos programas y administrados por dichos institutos, quedarían sometidos a las disposiciones de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones y, a las contenidas en las leyes de dichos institutos, en lo que estas últimas no se opongan a la primera.
- c) A partir de la fecha en que entrara en operaciones el Sistema de Ahorro para Pensiones, el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, administraría de forma unificada los regímenes antes señalados, de conformidad a lo dispuesto en la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.
- d) El referido sistema sería fiscalizado por la Superintendencia de Pensiones.

e) El traspaso de afiliados al mencionado sistema, sería efectuado bajo los parámetros de edad siguientes: 1) Los que tuvieran treinta y seis años de edad cumplidos y menos de cincuenta y cinco, para el caso, los hombres, podrían optar por mantenerse afiliados en dichos Institutos, o por afiliarse al nuevo sistema, 2) Los menores de treinta y seis años de edad, deberían afiliarse obligatoriamente al nuevo Sistema de Ahorro para Pensiones, 3) Los afiliados con cincuenta y cinco años cumplidos o más, permanecerían asegurados al Sistema de Pensiones Públicos en el mismo Instituto, quienes obtendrían los beneficios en las condiciones señaladas en el inciso sexto del artículo 184 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (art. 186), y 4) Transitoriamente, los asegurados a los Institutos en referencia, que tuvieran cincuenta años de edad cumplidos o más, y que no estuvieren jubilados podrían afiliarse al nuevo Sistema, en un plazo de sesenta días a partir de la vigencia de dicha Ley.

f) Las personas que antes de la fecha de entrada en operaciones del Sistema de Ahorro para Pensiones, hubieran reunido los requisitos para obtener una pensión de vejez, para el caso, dentro del Sistema de Pensiones Público, obtendrían sus derechos según las Leyes del Instituto Salvadoreño del Seguro Social o del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, según correspondiera (artículo 187).

Asimismo la nueva ley, deja en claro en el Capítulo IV, que para gozar de los beneficios por vejez en el Sistema de Pensiones Público, a los asegurados se les aplicaría un régimen transitorio para el cumplimiento de los requisitos en cuanto al tiempo de servicio mínimo, para el goce de la prestación.

Debiendo, entonces, para ello, reunir cualquiera de los requisitos señalados en el art. 200 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, del cual a la fecha ha sido derogado la letra b) del mismo, quedando únicamente el requisito de haber cumplido sesenta años de edad los hombres y contar un tiempo de cotizaciones de veinticinco años o más.

De la lectura de las referidas disposiciones se observa: (1) que el legislador formal, habilita implícitamente al Superintendente de Pensiones para que éste vía reglamento continúe con el desarrollo de la aplicación de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, y (2) que las disposiciones del Reglamento de Beneficios y otras Prestaciones del Sistema de Pensiones Público, en lugar de continuar con dicha aplicación de la referida Ley, se contradice con la ley misma.

De lo anterior se desprende: que quien crea los requisitos para el goce de la prestación, es la ley, por lo tanto será en base a la ley que se atenderán los requisitos y no en base a un reglamento que en este caso sería de ejecución de aquella, de conformidad a lo dispuesto

en el artículo 234 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, se determina que se podrán dictar los Reglamentos que sean necesarios para el funcionamiento del Sistema de Ahorro para Pensiones, y será a ésta a la cual los afiliados están sometidos, para lo cual se atenderán a los lineamientos e instrucciones en el Reglamento dictados, que para el presente caso es el de Beneficios y Otras Prestaciones del Sistema de Pensiones Público, pero este no puede ir más allá de lo exigido por la ley en referencia.

En el caso en estudio, la Ley del Sistema de Pensiones Público otorga suficiente cobertura en cuanto al señalamiento de los requisitos, es clara y no queda duda en cuanto a los parámetros de edad que esta señala, para el goce en este caso de la pensión por vejez, como es el caso del artículo 200 de la misma, que señala claramente los mismos, como son el haber cumplido sesenta años de edad para el caso de los hombres y contar con un tiempo de cotización debidamente registrado de veinticinco años o más.

Resultando, entonces que la disposición que contenía los requisitos en la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, fue parcialmente derogada, decimos parcialmente, puesto que la nueva Ley estableció que sería aplicable lo que no estuviera en contradicción a esta, es decir se derogó lo relativo al tiempo de servicio, pues era de quince años y en la nueva ley es de veinticinco, el requisito de la edad que eran sesenta años, continua igual con la nueva Ley, y los restantes requisitos como es el haber cesado en el cargo y presentar la solicitud de pensión, siguen teniendo vigencia, pues no contrarían a la nueva Ley y es procedente su aplicación.

Consta en el expediente administrativo que el demandante al momento en que entró en operaciones el Sistema de Ahorro para Pensiones, contaba aproximadamente con sesenta y tres años de edad, por lo que de conformidad con la nueva normativa (art. 186, su condición de asegurado continuaría perteneciendo al Sistema de Pensiones Público, y administrada por el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos), y para el goce de las prestaciones, sería de conformidad con lo dispuesto en el referido régimen de transición, específicamente lo regulado por los arts. 184 inciso sexto y 200 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

Por lo que se concluye que los requisitos que el demandante debía cumplir eran los señalados en el artículo 200, los cuales guardan relación con el art. 104 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, y consecuentemente lo dispuesto en el art. 54 de la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, que no contraria la ley y que por lo tanto continua vigente, como es el cese en el empleo antes de los setenta años de edad, y la presentación de la solicitud, esta última en las condiciones que dicha

disposición lo establece, es decir con los datos y documentos necesarios que se le soliciten para establecer su derecho de pensión.

Consta en el expediente administrativo que cuando el asegurado solicitó su pensión, declaró que contaba con setenta años, y un total de casi treinta años de servicios cotizados, es así que el demandante cumple con lo establecido en las disposiciones en comento.

Ahora bien, para la determinación del momento en que se debe dar inicio al goce de la pensión, se atenderá a lo establecido por el art. 55 de la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos y, no lo establecido en el art. 32 del Reglamento de Beneficios y Otras Prestaciones del Sistema de Pensiones Públicos, en vista que este crea requisitos no establecidos en las disposiciones en comento, como es el caso, de que se "tendrá el derecho a la prestación desde la fecha en que presente la solicitud", pues de lo contrario, se violenta la seguridad jurídica, la cual debe ser garante del goce de la seguridad social en este caso económica de los asegurados.

En vista de lo anterior los actos administrativos que se impugnan resultan ilegales y así será declarado.

Como medida para restablecer el derecho violentado, se declara que la autoridad demandada deberá cancelar las pensiones dejadas de percibir por parte del demandante, las cuales deberán ser canceladas en forma total por el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, en vista que ya no podría operar sobre dichas pensiones la periodicidad del pago, por constituir pensiones vencidas.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 187-2005 de fecha 10/03/2009)

El objeto del litigio es la pretensión de ilegalidad del acto administrativo pronunciado por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, de fecha tres de abril del año dos mil seis, mediante la cual se confirma la resolución número 01-004-01-2006 del cuatro de enero del mismo año, emitida por la Presidencia del INPEP, por la cual se denegó al demandante la pensión por vejez solicitada, así como también resolvió que no le era aplicable el art. 202 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

SISTEMA DE AHORRO PARA PENSIONES Y PERMANENCIA DE LOS ASEGURADOS EN EL SISTEMA DE PENSIONES PÚBLICO: GENERALIDADES

Mediante Decreto Legislativo número novecientos veintisiete, de fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventa y seis, se emite la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, publicada en el Diario Oficial número doscientos cuarenta y tres, tomo trescientos treinta y tres, de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

En aquel momento dicha normativa se convierte en la herramienta creadora de un nuevo sistema de pensiones, el cual comprende una serie de instituciones, normas y procedimientos, mediante los cuales se administrarán los recursos destinados a pagar las prestaciones que deben reconocerse a todos los afiliados al mismo, a efecto de cubrir los riesgos de invalidez común, vejez y muerte, de todos los trabajadores públicos, privados y municipales.

Sin embargo, la referida norma legal no incluyó dentro del nuevo Sistema de Pensiones a toda la población de trabajadores cotizantes. Pues en su art. 186 apartó del mismo, de manera categórica, a los afiliados del Instituto Salvadoreño del Seguro Social y del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, que en la fecha en que entró en operaciones el Sistema de Ahorro para Pensiones, tuvieran cincuenta y cinco años de edad cumplidos o más, si eran hombres, o cincuenta años o más, si eran mujeres. Este grupo de personas se vieron constreñidos a seguir aseguradas al Sistema de Pensiones Público.

Asimismo, el art. 184 de dicha Ley, estipuló la posibilidad que algunas personas que se encontraban aseguradas en el Sistema de Pensiones Público, pudieran optar por mantenerse afiliados a éste, o bien se afiliaran al nuevo Sistema de Ahorro para Pensiones.

El requisito para hacer uso de tal prerrogativa fue, que los asegurados tuvieran treinta y seis años de edad cumplidos o fueren menores de cincuenta y cinco años de edad, los hombres y de cincuenta años de edad, las mujeres, dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha en que dicho sistema comenzara a operar.

REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN POR VEJEZ PARA AQUELLOS QUE OPTARON CONTINUAR ASEGURADOS POR EL SISTEMA DE PENSIONES PÚBLICO

La Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones en su art. 200, impone a aquellas personas que optaron por continuar aseguradas al Sistema de Pensiones Público, el cumplimiento de dos requisitos para poder comenzar a gozar del derecho de pensión por vejez. El primero, haber cumplido sesenta años de edad los hombres y cincuenta y cinco las mujeres; y el segundo, contar con un tiempo de cotizaciones registrado de veinticinco años o más.

La normativa en referencia, implanta además en su art. 202, un régimen transitorio (en relación al tiempo de servicio mínimo a prestar para ser acreedor del goce de la pensión por vejez), para todos aquellos asegurados que permanezcan en el Sistema de Pensiones Público. El cual, será determinado según la edad cumplida por el asegurado a la fecha en que entró en operaciones el Sistema de Ahorro para Pensiones.

Sentadas que han sido las anteriores premisas, procede verificar si la situación jurídica del actor, encaja en los presupuestos de Ley. Y así lograr determinar si la Administración actuó de manera ilegal al denegarle sus pretensiones.

La Junta Directiva del INPEP, sostiene que tanto el art. 200 LSAP, como el art. 27 del Reglamento de Beneficios y Otras Prestaciones del Sistema de Pensiones Público, son claros y taxativos en cuanto a su cumplimiento para poder otorgar el beneficio de pensión de vejez y que, la parte actora ha sostenido una interpretación errónea del art. 202 LSAP, pues dicha disposición establece los años de cotización mínimos que el asegurado debe tener acreditados para pensionarse.

Por su parte, el demandante sostiene que al momento de entrar en vigencia la Ley del SAP, tenía cuarenta y cinco años de edad y en su registro laboral consta que tenía veintiséis años, nueve meses y veintinueve días de prestar sus servicios, cumpliendo así los requisitos de la edad y del tiempo cotizado, según lo regulado en el art. 202 de la Ley en referencia, en consecuencia, señala que tiene derecho a reclamar la pensión que le corresponde.

Manifiesta además, que él es una de las personas que dejó de prestar voluntariamente sus servicios al Estado a partir del año mil novecientos noventa y seis, amparándose en el

Decreto Legislativo 471 que contiene la Ley Temporal de Compensación Económica por Servicios Prestados en el Sector Público, mediante el cual dice todos los empleados públicos que se acogieran a él a través del INPEP, al momento de entrar en vigencia la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, se les aplicaría el art. 202 de la misma.

Consecuentemente, esta Sala procederá a determinar si el art. 202 es aplicable al caso que nos ocupa.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY: GENERALIDADES

Interpretar, en sentido gramatical, es explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad. En sentido jurídico es la perspectiva principal que se adopta a la hora de interpretar un enunciado normativo, tanto en el inicio de esa tarea como en su resultado.

En primer lugar, pues, debe tenerse en cuenta que interpretar una norma es una operación cognoscitiva a través de la cual se busca desentrañar su espíritu y significado. Esto no puede realizarse de forma abstracta o aislada, sino integrada en el contexto del cuerpo normativo a que pertenece, de manera sistemática.

Al aplicar la ley al caso específico, ésta debe ser integrada armónicamente y atender, entre otros criterios, el de la coherencia y al criterio teleológico, evitando las contradicciones en la aplicación de unas y otras e infiriendo, de la finalidad de ellas, el espíritu de su enunciado. Debe, además, examinar sus antecedentes y el contexto en el cual se pronunció, para que las resoluciones así proveídas contengan, en armonía, los valores de justicia y seguridad.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY: FINALIDAD DE LAS NORMAS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL

En primer lugar, la normativa de protección a la persona humana debe integrarse desde los preceptos constitucionales. El art. 50 establece que la seguridad social constituye un servicio público de carácter obligatorio. La Ley fundamental afirma también la obligación

del Estado de asegurar a los habitantes de la República el goce del bienestar económico (Art. 1).

Al respecto, la Sala de lo Constitucional de esta Corte ha sostenido que "el fundamento de la seguridad social, en la Constitución Salvadoreña, está constituido por una estructura triádica, cuyos elementos configuradores son: (a) la categoría jurídica protegida, (b) los riesgos, contingencias o necesidades sociales, y (c) las medidas protectoras de carácter social. En cuanto al primer elemento, es claro que la dignidad de la persona humana -cuyo respeto es, según el preámbulo constitucional, elemento integrante de la base sobre la cual se erigen los fundamentos jurídicos de la convivencia nacional- comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo (...)". (Inconstitucionalidad 4-97).

Se añade que con dicha finalidad, la misma capacidad social de previsión permite establecer con anticipación las medidas protectoras que, ante la insuficiencia de recursos personales o familiares, puedan ser asumidas por la sociedad basados en un criterio de solidaridad; medidas que comprenden asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, desempleo, vejez, cargas familiares excesivas, maternidad, invalidez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como prestaciones a sobrevivientes. La integración de tales elementos permite concluir que la necesidad de cumplir con el postulado constitucional de asegurar a cada individuo una existencia digna, exige y origina la seguridad social, con la cual se permita facilitar a los individuos que hagan frente a las contingencias que ponen en peligro dicha calidad digna de la existencia.

Siguiendo este mismo orden de ideas, en la normativa secundaria, la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones establece que es responsabilidad del Estado posibilitar a los salvadoreños los mecanismos necesarios que brinden la seguridad económica para enfrentar las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

La Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones expone en sus considerandos que el Sistema de Ahorro para Pensiones, como parte de la seguridad social, constituye un servicio público; que la exclusividad en el giro de dichas instituciones Administradoras, aunado a la obligatoriedad del ahorro para cubrirse de las contingencias de vejez, invalidez, y muerte, demanda un proceso de control y vigilancia especializado; y que es indispensable la existencia de una entidad especializada con las suficientes facultades para fiscalizar los sistemas de pensiones, protegiendo los intereses de los cotizantes y pensionados.

El actual Sistema de Ahorro para Pensiones, comenzó a operar en nuestro país, el día quince de abril de mil novecientos noventa y ocho.

Analizado que ha sido el expediente administrativo del demandante, se observa:

Que conforme a la certificación de partida de nacimiento que corre agregada en el expediente administrativo el demandante tenía cumplidos a la fecha antes relacionada, cuarenta y cuatro años diez meses de edad; y,

Que según consta en el acuerdo por medio del cual se acepta la renuncia del demandante, pronunciado por el Ministro del Interior (hoy Ministro de Gobernación) el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, el demandante, prestó sus servicios personales en la Administración Pública por veintisiete años comprendidos desde el tres de marzo de mil novecientos sesenta y nueve hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

Situación misma que ha sido aceptada tanto por el demandante como por la Junta Directiva del INPEP.

El análisis del presente caso, parte del art. 8 de la Ley Temporal de Compensación Económica por Servicios Prestados en el Sector Público, el cuál establece: "El servidor público que fuere compensado de acuerdo a lo dispuesto en la presente Ley, conservará su antigüedad sólo para los efectos de gozar la pensión que conforme a la respectiva Ley le corresponda. Asimismo, podrá continuar cotizando voluntariamente en la forma que prescribe la Ley de la materia".

Del tenor literal del artículo transcrito, se observa que en ningún momento en dicho Decreto se estableció lo sostenido por la parte demandante: que a todos los empleados públicos que se acogieron a él a través del INPEP, al momento de entrar en vigencia la LSAP se les aplicaría el art. 202 de la misma.

Por otro lado, el capítulo VI de la LSAP se denomina "de los beneficios por vejez en el sistema de pensiones público", dentro de dicho capítulo se encuentra el artículo 200, el cual reza de la siguiente manera: "Los asegurados al Sistema de Pensiones Público, tendrán derecho a pensión de vejez cuando reúnan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Haber cumplido 60 años de edad los hombres y 55 las mujeres, y contar con un tiempo de cotizaciones registrado de veinticinco años o más".

El literal b) de dicho artículo, fue derogado mediante Decreto Legislativo N° 347 del quince de junio de dos mil cuatro, cuyo texto señalaba: "Registrar un período de 30 años de

cotización continuas o discontinuas en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social o en el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos independientemente de la edad. No obstante lo dispuesto en el literal anterior las personas que a la fecha de entrada en operaciones el Sistema de Ahorro para Pensiones registraren 31 años de cotizaciones o más independientemente de su edad podrán acceder a pensión por vejez".

Por consiguiente, lo contenido en la letra a) del artículo en mención, son los dos requisitos que se deben cumplir para que los asegurados al Sistema de Pensiones Público, tengan derecho a pensión de vejez: (i) haber cumplido 60 años de edad los hombres; y, (ii) contar con un tiempo de cotizaciones registrado de veinticinco años o más. Lo anterior constituye la regla general.

Por su parte, el art. 202 establece un régimen excepcional y transitorio, el cual no se puede ver de forma aislada, sino que su interpretación se debe a un todo indivisible, ya que, el artículo referido establece: "A los asegurados que permanezcan en el Sistema de Pensiones Público se les aplicará un régimen transitorio para el cumplimiento de los requisitos tiempo de servicio mínimo establecidos para el goce de pensión de vejez, el cual se determinará según la edad cumplida a la fecha en que entre en operaciones el Sistema de Ahorro para Pensiones (...) Estas disposiciones transitorias también serán aplicables, a las personas que se trasladen para el Sistema de Ahorro para Pensiones".

Este Tribunal advierte, que la anterior disposición constituye un régimen de excepción al requisito de "tiempo por servicio mínimo" requerido por el art. 200 LSAP: que son 25 años de cotizaciones registradas. Así, las tablas que se detallan en el artículo 202 LSAP, se aplican a todas aquellas personas que al momento de entrada en vigencia del Sistema de Ahorro para Pensiones (15 de abril de 1998) tenían ya sus años de cotización que van desde 15 a 25 años correspondientes a los años de edad ahí detallados.

Es decir, que la excepción radica únicamente en el tiempo de servicio, siendo indispensable cumplir con el requisito de la edad: 60 años, pues el art. 202 es un régimen transitorio de adaptación del Sistema Público al Sistema Privado de Pensiones, para aquellas personas que ya tenían determinados años de cotización.

Es así, que la Ley le permite a aquellas personas que han cumplido 60 años de edad, acceder a su pensión de vejez sin cumplir con el requisito mínimo de cotizaciones registradas, siempre y cuando, al momento de la transición del sistema, ya contaran con ciertos años de cotización en relación a su edad, de conformidad a lo detallado en las tablas del art. 202 tantas veces citado.

En consecuencia, este Tribunal comparte la postura sostenida en la resolución pronunciada por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos, a los siete días del mes de abril del año dos mil seis, ya que para ejercer el derecho a pensión de vejez, es necesario cumplir con el requisito de edad anteriormente señalado.

En razón de lo cual se concluye que no existe violación al art. 202 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, tal como lo ha sostenido la parte demandante, y, por consiguiente, no se ha violentado el derecho a la seguridad social invocado, así como tampoco los art. 1 y 50 de la Constitución de la República.

Por otro lado, la parte actora hace recaer la ilegalidad del acto administrativo impugnado en la falta de motivación del mismo.

Al respecto, este Tribunal considera oportuno acotar, que la motivación del acto administrativo exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y de Derecho que le determinaron adoptar su decisión.

Un punto trascendental de la motivación es que permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y, si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable.

La doctrina coincide en otorgar a la motivación como principales finalidades:

- a) Desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; y,
- b) Desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado que podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que se funda.

Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del criterio de decisión que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido.

En este orden de ideas, la falta de motivación o la motivación defectuosa no determina indefectiblemente la declaración de invalidez del acto administrativo que adolezca de tal vicio, ya que ésta consecuencia queda condicionada a valorar si la falta de fundamentación quebró el orden interno de formación de voluntad de la Administración, produjo una quiebra o ruptura en los derechos de contradicción y defensa del interesado, e incidió en la posibilidad de control judicial.

Lo anterior implica que no basta la falta de motivación per se, o la motivación defectuosa, para dictar como regla general la ilegalidad de una decisión de la Administración. Es necesario establecer en cada caso si una motivación distinta hubiese generado un cambio en la decisión de la Administración y en la esfera jurídica del administrado.

En el caso sub júdice, la resolución de la Administración Pública, no ha quebrantado la garantía del administrado, pues éste ha impugnado en esta sede judicial el acto controvertido, y ha mostrado ha este Tribunal los fundamentos por los cuales considera que la Administración ha actuado de forma ilegal, atacando las bases en que se funda dicha actuación.

Por consiguiente, no es atendible la alegada falta de motivación del acto administrativo impugnado como causal de ilegalidad. En consecuencia, por las razones anteriormente apuntadas, procede declarar la legalidad de dicho acto.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 148-2006 de fecha 20/05/2009)

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR INFRACCIÓN A LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

EJERCICIO EXIGE EL RESPETO AL DEBIDO PROCESO Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

"2. Sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública y sobre los principios del Derecho Administrativo Sancionador.

Según importantes corrientes doctrinarias, el ius puniendi del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento. Dicha función administrativa desarrollada en aplicación del ius puniendi, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración.

Como otras potestades de autoridad, ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de la Constitución de la República. En tal sentido, los artículos 7, 22, 32 de la Ley de Protección al Consumidor, y 40 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogados), sujetaban inicialmente la potestad sancionadora administrativa al cumplimiento del debido proceso: "...la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas...". Pero sobre todo, en congruencia con la Constitución de la República y los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, la potestad sancionadora encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del artículo 86 de la Constitución de la República. Así pues, en virtud de la sujeción a la Ley, la Administración sólo podrá funcionar cuando aquella la faculte, ya que las actuaciones administrativas aparecen antes como un poder atribuido por la Ley, y por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudablemente extensible a la materia sancionatoria, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad.

Corolario de la identidad de la potestad penal de la judicatura y la sancionadora de la Administración, es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Nuestra normativa constitucional recoge principios y limitaciones aplicables a la potestad sancionatoria, destacándose entre otros el debido proceso.

La expresión "debido proceso" es una categoría genérica, identificada con un proceso constitucionalmente configurado, tal como se ha establecido jurisprudencialmente por la Sala de lo Constitucional, el cual incluye una serie de derechos conectados entre sí - audiencia, defensa, presunción de inocencia, juez natural, irretroactividad de las leyes, entre otros- (Sentencia de Amparo ref. 332-2006 del diecinueve de julio de dos mil siete).

Así el debido proceso y la presunción de inocencia, aparecen establecidos respectivamente en el artículo 11, según el cual "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa", y en el artículo 12, conforme al cual "Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su

culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa".

En relación al debido proceso la referida Sala en la Sentencia de Amparo ref. 708-99, dictada el veinte de Septiembre de dos mil uno, expresó: "Para considerar que existe un debido proceso, es necesario que aquél sea sustanciado conforme a la Constitución, y además, que se respete íntegramente el derecho de audiencia, ya que dicho derecho es un elemento esencial y configurativo para la protección de los derechos constitucionales de los impetrantes".

Con respecto al derecho de audiencia, dicha Sala ha manifestado: "Refiriéndonos al contenido del derecho de audiencia, el artículo 11 de la Constitución señala en esencia que la privación de derechos -para ser válida normativamente- necesariamente debe ser precedida de proceso o procedimiento seguido conforme a ley. Al respecto, tal referencia supone y exige que se respete el contenido esencial del derecho de audiencia, conformado, de modo genérico y sin carácter taxativo, por los siguientes aspectos esenciales: a) que la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso o procedimiento -que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas-; b) que dicho proceso se ventile ante autoridades previamente establecidas; c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales y las normas constitucionales procesales y procedimentales; y, d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado, de conformidad a la Constitución". (Sentencia de Amparo ref. 167-97, dictada el veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve).

Sobre el debido proceso, esta Sala ha expresado en diversas ocasiones, que en sede administrativa éste se enfoca en el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo.

El debido proceso encuentra concreción cuando los administrados plantean sus alegatos, y tienen una real oportunidad de probarlos, y consecuentemente son tomados en cuenta por la Administración Pública al momento de resolver. Ello se verifica cuando las pruebas son valoradas, aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que, convezan o no, permiten conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio lógico que la fundamenta.

En relación al principio garante de la presunción de inocencia, se ha sostenido en jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, que: "Toda persona sometida a un proceso o procedimiento es inocente y se mantendrá como tal dentro de los mismos, mientras no se

determine su culpabilidad por sentencia definitiva condenatoria, y con el respeto a los principios constitucionales procesales, por lo tanto no puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de presunciones de culpabilidad, sean legales o judiciales, ya que las mismas son inconstitucionales si no se acompañan de otros medios de prueba" (Sentencia de Amparo ref. 332-2006 del diecinueve de julio de dos mil siete).

Con respecto al principio de presunción de inocencia, esta Sala ha dicho que con ciertos matices resulta aplicable al procedimiento administrativo sancionador, constituye un derecho del que son titulares los sujetos a quienes la Administración imputa una infracción, y además confiere a éstos el derecho de que se les considere inocentes mientras no quede demostrada su culpabilidad, e impone a la administración sancionadora la carga de acreditar los hechos constitutivos de la infracción y la responsabilidad del presunto infractor por medio de la realización de una actividad probatoria de cargo.

Lo anterior se resume en que no puede imponerse sanción alguna en razón de la culpabilidad del imputado si no existe una actividad probatoria de cargo que destruya la presunción de inocencia. De ahí que se atenta contra este principio, cuando la Administración fundamenta la resolución en la cual se impone una sanción basada en una presunción de culpabilidad carente de elemento probatorio.

Y es que la culpabilidad del infractor, y con ello la posibilidad de desvirtuar su presunción de inocencia, ha de establecerse con la prueba recabada en el procedimiento sancionador, en el que deberá garantizarse al infractor el derecho a defenderse de las imputaciones que se le atribuyen.

Según se ha visto, constituye una obligación impuesta por el principio de presunción de inocencia el que todas las pruebas encaminadas a establecer la culpabilidad del sujeto a quien se imputa una infracción se practiquen cumpliendo con las reglas del principio de contradicción.

3. Análisis jurídico.

i) Normativa aplicable.

La Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), de conformidad a lo expresado en sus considerandos, surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de cumplir con la obligación de propiciar el desarrollo económico y social, motivación que guarda coherencia propia con el artículo 101 de la Constitución de la República.

Como parte de ello se deben crear condiciones óptimas tanto para el incremento de la producción de bienes como para la defensa de los intereses de los consumidores. Debe el Estado, en este contexto, además de fomentar la libre competencia, conferir a los consumidores de los derechos necesarios para su legítima defensa.

En ese sentido la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), establecía:

Art. 4.- El Órgano Ejecutivo en el Ramo de Economía será el encargado de aplicar las disposiciones de esta Ley, a través de la Dirección General de Protección al Consumidor.

Art. 5.- Con el objeto de que el Ministerio pueda ejercer acciones tendientes a proteger en forma efectiva el interés de los consumidores, propiciando a la vez la sana competencia en el mercado, tendrá las siguientes facultades: (...) e) Sancionar de conformidad a esta Ley y su reglamento, las infracciones a la misma; (...) h) Procurar la solución de controversias entre proveedores y consumidores por inedia de la conciliación y arbitraje.

Art. 30.- Cualquier persona natural o jurídica podrá denunciar verbalmente o por escrito ante el Ministerio, hechos que constituyan infracción a esta Ley.

Art. 32.- Las sanciones serán impuestas por el Ministerio a través de la Dirección, mediante la comprobación del hecho denunciado, previa audiencia al interesado dentro del tercer día hábil siguiente al de la notificación respectiva.

El interesado podrá dentro del término señalado para la audiencia, solicitar la apertura a pruebas por ocho días hábiles, fatales e improrrogables, dentro de los cuales deberán vertirse las pertinentes al caso.

Vencido el término probatorio, la Dirección dentro de los tres días subsiguientes, pronunciará la sentencia respectiva.

ii) Análisis del caso.

La parte actora aduce que si bien el artículo catorce de la Constitución de la República reconoce la facultad sancionatoria de la autoridad administrativa, la Dirección General de Protección al Consumidor faltó a las reglas y garantías del debido proceso.

Como se ha dicho para considerar que existe un debido proceso, es necesario que sea sustanciado conforme a la Constitución de la República, y además que se respete íntegramente el derecho de audiencia que está contemplado en el artículo 11 de la referida norma primaria, y éste se caracteriza, en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como un pilar fundamental para la protección efectiva de

los demás derechos de los gobernados; tal categoría consiste en que la privación de derechos debe ser necesariamente precedida de un proceso o procedimiento prescrito y ante entidades previamente establecidas, observándose las formalidades esenciales o procedimentales y las normas constitucionales procesales o procedimentales y que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado.

De manera que la exigencia del procedimiento previo supone por un lado, hacer saber al administrado, la infracción o el ilícito que se le reprocha; y por otro lado, dar a todos los intervinientes la posibilidad de exponer sus razonamientos y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa.

Ligado al derecho de audiencia, el de defensa asegura a las partes la posibilidad de alegar y sostener sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas.

Ahora bien, es claro que en el proceso concreto debe existir identidad de armas entre los contendientes, esto es, que el juzgador o ente administrativo está obligado a aplicar de manera igualitaria la ley procesal, garantizando a las partes, dentro de sus respectivas posiciones, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder un trato favorable a ninguna de ellas.

El principio de contradicción ha de "verse complementado pues con el principio de igualdad en la actuación procesal, porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que para que ésta sea efectiva, se hace necesario también que ambas partes procesales, cuenten con los mismos medios ante el tribunal o ente administrativo correspondiente, de exponer sus argumentaciones.

Corresponde entonces analizar si la actuación de la autoridad demandada se sujetó a la normativa señalada respetando los derechos de la demandante.

Según consta en el expediente administrativo el señor [...], se presentó el once de julio de dos mil cinco a la Dirección General de Protección al Consumidor, a interponer denuncia en contra del Hotel Bahía del Sol, por incumplimiento al servicio referente a lo ofrecido según el contrato, ya que al llegar por primera vez a las instalaciones se dio cuenta que el lugar distaba mucho de lo ofrecido en la publicidad e incluso se enfermó de manera grave por la ingesta de alimentos dentro del hotel, que en las siguientes ocasiones en que hizo uso del servicio le fue muy difícil acceder a las reservaciones sin que se le hiciera ninguna consideración a su calidad de socio, razón por la cual decidió no continuar pagando las cuotas e incluso hizo saber por escrito su decisión al hotel solicitando la finalización del

contrato, y que a esa fecha no había recibido respuesta favorable. Por lo que solicitó la intervención de la referida Dirección General a efecto que cesaran los cobros que le realizaban en virtud del contrato [...].

Lo anterior fundamenta la denuncia ante la Dirección General de Protección al Consumidor, la cual se admite y se pasa el caso al Área de Conciliaciones Personales de la División de Solución de Conflictos de esa Dirección General. El veinte de julio de dos mil cinco se cita a ambas partes para que comparecieran a una audiencia conciliatoria, y se le requirió a la sociedad denunciada que a más tardar dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación respectiva, hiciera uso de su derecho de audiencia por escrito [...]. La audiencia se celebró a las trece horas treinta minutos del nueve de agosto de dos mil cinco, el consumidor ratificó su denuncia y el apoderado de la sociedad denunciada manifestó no llevar medidas conciliatorias por haber pasado el caso al ámbito judicial. En vista de lo anterior, se le requirió a ambas partes presentar las pruebas, solicitando en ese acto la sociedad denunciada que el caso pasara a la etapa de resoluciones [...].

Fue hasta el tres de octubre de dos mil cinco que la Dirección General de Protección al Consumidor tuvo por recibidas las diligencias provenientes del Área de Conciliaciones Personales de la División de Conflictos de esa Dirección General [...], por lo que considerando que estaban suficientemente depuradas, a las once horas del tres de octubre de dos mil cinco, la Dirección General expresada pronunció resolución declarando infringida la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), por parte de la sociedad [demandante], e imponiéndole la multa por la cantidad de dos mil dólares de los Estados Unidos de América equivalentes a diecisiete mil quinientos colones.

De lo expuesto se advierte entonces que, previo a imponer la multa, la autoridad demandada efectivamente dio trámite al procedimiento reglado previsto en el artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor (ahora derogada), del cual era competente para conocer y sustanciar. En cumplimiento a dicha disposición legal, el veinte de julio de dos mil cinco cita a ambas partes para que comparecieran a una audiencia conciliatoria, y se le requirió a la sociedad actora que a más tardar dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación respectiva, hiciera uso de su derecho de audiencia por escrito.

A pesar que a la demandante se le dio la oportunidad de defenderse en el procedimiento administrativo sancionador, se le convocó a la celebración de la audiencia conciliatoria ya dicha a fin de que se llegara a un arreglo, no quiso realizar alegaciones fácticas y jurídicas convenientes y proponer los medios de prueba pertinentes para desvirtuar la pretensión de su contraparte, razón por la cual sus alegatos que también debió probar no pudieron

ser tomados debidamente en cuenta por la Dirección General de Protección al Consumidor, al momento de resolver.

Es claro que habiéndose observado por parte de la autoridad demandada las formalidades procedimentales, se le dio cumplimiento a la obligación prescrita en el artículo 11 de la Constitución de la República de otorgar a la actora la real y legítima oportunidad de defensa y fue más bien por su libre voluntad que el caso pasó a la etapa de resoluciones, sin haber solicitado la apertura a pruebas correspondiente.

En conclusión, ha quedado demostrado que en el presente proceso no ha existido la vulneración al debido proceso alegado por la sociedad [demandante].

También alega la parte actora que se ha violentado el principio de presunción de inocencia, en virtud que las apreciaciones hechas por la autoridad demandada se fundamentan en una presunción de culpabilidad y no en hechos y pruebas concretas.

En relación a tal argumento, esta Sala procedió a examinar detenidamente el expediente administrativo tramitado en contra de la sociedad demandante, y ha podido constatar que, no obstante las oportunidades de defensa otorgadas en la prosecución de dicho procedimiento, la sociedad actora no negó ni trató de desvirtuar los hechos atribuidos. Es decir, en ninguna parte del procedimiento aparecen argumentos referidos a tratar de evidenciar defensa, desvirtuando los hechos que dieron lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador. Ello implica que dicha Sociedad no hizo uso de sus derechos de audiencia y de defensa, en el sentido antes mencionado.

Si bien la presunción de inocencia es un estado en el cual se encuentra todo aquel sujeto a quien se le impute una infracción o delito, la misma no implica absoluta inacción en la prosecución del procedimiento. Dicho de otra forma, la presunción de inocencia es un principio constitucional íntimamente vinculado al derecho de audiencia y de defensa, los cuales en su conjunto forman parte del complejo grupo de garantías constitucionales que deben ser observadas de forma efectiva en todo proceso o procedimiento. De modo que cuando a una persona se le atribuye un ilícito administrativo o penal, el mismo es considerado inocente en carácter presuncional, de cara a la acción u omisión que en ese momento se le atribuye, quien por esa misma calidad tiene todo el derecho a defenderse, demostrando que lo atribuido no es cierto, en los momentos del procedimiento diseñados para tal efecto.

Por tanto, no se puede estimar que hubo irrespeto a la presunción de inocencia, ya que la demandante tuvo conocimiento de los hechos que se le imputaban y la oportunidad real y legítima de defensa en el procedimiento.

Por otra parte, al examinar la resolución impugnada se constata, que la autoridad demandada tomó en cuenta en sus considerandos prueba presentada por el consumidor y con esa resolución finalizó el procedimiento sancionatorio; en consecuencia tal autoridad no ha aplicado presunciones de culpabilidad contra la sociedad demandante.

En este sentido, puede advertirse que no ha habido vulneración a la presunción de inocencia, reconocida en el artículo 12 de la Constitución de la República.

4. Conclusión.

De lo anterior, se concluye que la actuación de la Dirección General de Protección al Consumidor estaba apegada a lo que la misma ley le facultaba, y no habiéndose violentado el debido proceso ni la presunción de inocencia, es procedente declarar la legalidad de la resolución impugnada."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 114-2006 de fecha 04/12/2009)

PRESENTACIÓN EXTEMPORÁNEA DEL RECURSO DE APELACIÓN

NOTIFICACIÓN DETERMINA PLAZO PARA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS

"La Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas en los artículos 1 y 2 otorga la competencia al referido órgano para conocer de los recursos de apelación que interpongan los contribuyentes contra las resoluciones definitivas, en materia de liquidación de oficio de impuestos e imposición de multas, que emita la Dirección General de Impuestos Internos.

El artículo 2 de la referida ley regula el término de la interposición del recurso de apelación en los siguientes términos "Si el contribuyente no estuviera de acuerdo con la resolución mediante la cual liquida de oficio el impuesto o se le impone una multa (...), podrá interponer recurso de apelación ante el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas dentro del término perentorio de quince días contados a partir del día siguiente al de la notificación respectiva...".

De la lectura de los preceptos legales que anteceden, resulta claro que el plazo para la interposición del recurso de apelación es de quince días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación respectiva, es decir que la sociedad actora tenía hasta el día siete de mayo de dos mil dos para impugnar dicho acto, siendo que el termino es perentorio.

DEL ACTO DE LA NOTIFICACIÓN.

En términos concisos la notificación puede definirse como el acto procesal mediante el cual se da a conocer al administrado una resolución que le atañe, ya sea con efectos negativos o positivos en su esfera jurídica. Es una especie del género "actos de comunicación", cuya finalidad radica en hacer del conocimiento a las personas involucradas en un proceso o procedimiento los actos de decisión que le atañen, para que si lo considera conveniente ejerza las acciones que crea pertinentes.

Es el conocimiento real del acto el que incide totalmente en la decisión que pueda tomar el sujeto interesado respecto de la actuación comunicada. De ahí que la notificación va más allá de procurar el simple conocimiento de un acto, pues lo que en definitiva deja expedito, es la oportunidad de defensa de sus derechos o intereses legítimos que pudiesen estar en juego en la controversia de que se trate.

La defensa que el administrado pueda intentar ante la Administración contra actuaciones que le afecten se encuentra sujeta al cumplimiento de varios requisitos, entre los que se destaca el plazo para presentarla, el cual comienza a correr a partir de la fecha de la respectiva notificación o según lo regule la ley respectiva. Como es sabido, si el particular no hace uso del derecho de reclamación dentro de ese plazo, la resolución adquiere estado de firmeza, situación que puede imposibilitar su cuestionamiento tanto en sede administrativa como en sede judicial.

En el caso de autos, consta en el expediente administrativo que la Dirección General de Impuestos Internos notificó a la sociedad, la resolución de las ocho horas cinco minutos del ocho de abril de dos mil dos, a las dieciséis horas del diez de abril de dos mil dos, en [...] y al no encontrar representante legal ni apoderado, se efectuó la notificación al señor [...], persona al servicio de la sociedad [demandante], entregando en el acto de comunicación, informe de auditoría del seis de febrero de dos mil uno e informe técnico emitido por la Unidad de Audiencia y Apertura a Pruebas, del diecisiete de septiembre de dos mil uno.

Al confrontar los precedentes presupuestos legales con la notificación, resulta claro que la notificación de la resolución de tasación objeto de Recurso de Apelación, se efectuó a la contribuyente social por medio de una persona a su servicio.

En otros términos, la contribuyente tuvo conocimiento real de la resolución en cuestión, por lo que el acto de la notificación cumplió con los fines propuestos y por tanto el acto notificado se volvió eficaz.

Con lo antes expuesto queda demostrado, que la contribuyente tuvo conocimiento de la resolución objeto del Recurso de Apelación el día diez de abril de dos mil dos, por lo que el plazo para la interposición de dicho recurso comenzó a correr desde el día siguiente a la fecha de la notificación -once de abril de dos mil dos- y finalizó el día siete de mayo de ese mismo año, como expone el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas. Por haberse presentado dicho recurso según consta a folios 2 vuelto del respectivo incidente de apelación, hasta el día tres de junio de dos mil cinco- aproximadamente tres años después- indiscutiblemente resulta inadmisibile por extemporáneo según lo dispuesto en el Art. 2 inciso 1º de la Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas. En consecuencia, el acto impugnado es legal.

Sin perjuicio de lo anterior debe señalarse que el acceso a la justicia, incluye tanto el derecho al planteamiento de los recursos en sede administrativa como el acceso a la vía judicial para el control de legalidad de los actos administrativos, por lo que es un derecho que sólo puede ejercerse a través de los cauces que el legislador secundario establece.

Así, conforme a los términos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la posibilidad de desencadenar el control de la legalidad de los actos de la Administración Pública está sujeta a los límites y restricciones derivadas del cumplimiento de los presupuestos requeridos por parte de los administrados.

Para el caso, el artículo 7 letra a) establece como requisito de admisibilidad de la acción contencioso administrativa, que el acto que se pretende impugnar haya agotado la vía administrativa. La misma ley establece que este requisito se tiene por cumplido, cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de los recursos pertinentes y cuando la ley lo disponga expresamente.

Lo anterior implica, que previo a acceder a esta jurisdicción (a quien corresponde el control de la legalidad de los actos de la Administración Pública) el administrado debe hacer uso en tiempo y forma de los recursos establecidos en los respectivos ordenamientos jurídicos.

CONCLUSIÓN.

En conclusión, el acto administrativo del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas se enmarca dentro de lo dispuesto en el artículo 2 inciso 1 de su Ley de Organización y Funcionamiento.

Por lo que, el acto pronunciado por el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas, mediante el cual declaró inadmisibile por extemporáneo el recurso interpuesto, es legal."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitiva, 129-2005 de fecha 06/11/2009)

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR INFRACCIONES A LAS NORMAS PARA LA PARCELACIÓN O CONSTRUCCIÓN

"2. Sobre el debido proceso.

La Sala de lo Constitucional en la Sentencia de Amparo ref. 708-99, dictada el veinte de Septiembre de dos mil uno, expresó: *"Para considerar que existe un debido proceso, es necesario que aquél sea sustanciado conforme a la Constitución, y además, que se respete íntegramente el derecho de audiencia, ya que dicho derecho es un elemento esencial y configurativo para la protección de los derechos constitucionales de los impetrantes"*.

Con respecto al derecho de audiencia, la referida Sala ha manifestado: *"Refiriéndonos al contenido del derecho de audiencia, el artículo 11 de la Constitución señala en esencia que la privación de derechos -para ser válida normativamente- necesariamente debe ser precedida de proceso o procedimiento seguido conforme a ley. Al respecto, tal referencia supone y exige que se respete el contenido esencial del derecho de audiencia, conformado, de modo genérico y sin carácter taxativo, por los siguientes aspectos esenciales: a) que la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso o procedimiento -que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas-; b) que dicho proceso se ventile ante autoridades previamente establecidas; c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales y las normas constitucionales procesales y procedimentales; y, d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes*

con anterioridad al hecho que la hubiere motivado, de conformidad a la Constitución". (Sentencia de Amparo, dictada el veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve. Ref. 167-97).

En relación al debido proceso, esta Sala ha expresado en diversas ocasiones, que en sede administrativa éste se enfoca en el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo.

El debido proceso encuentra concreción cuando los administrados plantean sus alegatos, y tienen una real oportunidad de probarlos, y consecuentemente son tomados en cuenta por la Administración Pública al momento de resolver. Ello se verifica cuando las pruebas son valoradas, aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que, convezan o no, permiten conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio lógico que la fundamenta. (Sentencia dictada a las ocho horas del día trece de julio de dos mil uno, en el juicio de referencia 46-F-2000).

José Garberí Llobregat, en su obra "El Procedimiento Administrativo Sancionador", señala que: *"el derecho de defensa, en su acepción más rigurosa, constituye el derecho público constitucional que asiste a toda persona a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible (...) mediante cuyo ejercicio se le garantiza la capacidad de postulación necesaria para que, (...) pueda oponerse eficazmente al ejercicio del "ius puniendi" de los Poderes públicos, y hacer valer dentro de cada instancia sancionadora los derechos afectados por la imputación".* (José Garberí Llobregat: "El Procedimiento Administrativo Sancionador" Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, Edición 2001, pág. 225). [...]

iii) De la violación al principio de contradicción de la prueba.

La demandante argumenta entre otras causas de ilegalidad la transgresión al principio de contradicción, implícito en el debido proceso. Sostiene que toda la supuesta prueba incorporada al procedimiento administrativo sancionador no fue recibida por la autoridad instructora ni con citación de parte contraria, lo que viola el artículo 242 del Código de Procedimientos Civiles, y se ha vulnerado el artículo 88 inciso 2º de la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños, por no rendirse la prueba dentro del mencionado procedimiento sino fuera de éste.

Para identificar cuándo nos encontramos ante una verdadera prueba, Jesús González Pérez afirma: "Como las actividades que realizan los sujetos en el proceso son distintas, para diferenciar la actividad probatoria de las demás, es necesario precisar su tendencia o sentido. La actividad probatoria tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a la decisión del proceso." (Jesús

González Pérez: Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano. Editorial Temis, S.A., Bogotá Colombia. Pág. 278).

La prueba puede concebirse desde diversos ángulos. Puede considerarse como una actividad lógica y material de averiguar, esto es, como operación y esfuerzo amparados en una verdad: *es la prueba fin*. Pero también puede valorarse como el conjunto particular de recursos que pueden utilizarse para obtener aquella demostración: *es la prueba medio*.

La prueba es aquella actividad que desarrollan las partes o el Tribunal para adquirir el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso.

Desde otro punto de vista, puede hablarse de prueba para referirse a los distintos medios probatorios, a los medios concretos de determinar o fijar la certeza positiva o negativa de un hecho. Así se habla de prueba de testigos, de prueba de peritos, de prueba documental, etc.

La prueba es el medio procesal más relevante para determinar los hechos, a efecto del proceso. Pues el enjuiciamiento final de la sentencia de fondo exige como labor previa a la del juicio de Derecho: primero, deben fijarse los hechos relativos al proceso y, después, éstos se subsumirán bajo las correspondientes normas jurídicas.

Interesa arribar al punto que, los diversos medios de prueba, no obstante varíen en la forma de acreditar o establecer hechos, *son instrumentos que coinciden en su naturaleza, la cual es, como se señaló, fijar la veracidad de un hecho que coadyuve a establecer lo debatido*.

La actividad que se despliega durante el procedimiento por las partes o el órgano que juzga, *tiende genéricamente al logro de la certeza psicológica sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados*.

Así, nuestro Código de Procedimientos Civiles establece en el artículo 235: "Prueba es el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido".

En el caso en estudio, los alcances y el real significado de las actas de las inspecciones realizadas con fechas[...], en el inmueble ubicado en [...], propiedad de la señora [demandante], son indudablemente el punto controvertido a cuya verdad debía arribarse en el procedimiento para emitir la resolución final. Dichos puntos, eran evidentemente de carácter técnico.

Entre los diversos hechos o verdades a establecer en el proceso, se encuentran aquellas de carácter eminentemente técnico. La doctrina sostiene que *cuando la determinación de un hecho, causas o efectos, requiere de conocimientos especializados sobre determinada técnica, ciencia, arte o profesión que el juez no tiene, se torna necesario acudir a quienes los posean, con el fin de auxiliar u aquél para obtener la clarificación del debate y la verdad sobre el suceso de que se trata.* (Casimiro A. Varela: Valoración de la Prueba. Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1998. Pág. 294).

La prueba por peritos o prueba pericial, es el medio de prueba consistente en la actividad procesal en virtud de la cual una o varias personas expertas en materias no jurídicas elaboran y transmiten al Tribunal un dictamen o exposición ordenada de información especial dirigida a permitir a éste el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas y relevantes en el proceso.

Los peritos, al igual que los testigos y las partes de la confesión, informan y dictaminan sobre cuestiones de hecho, pero a diferencia de éstas y aquéllos, su aportación específica consiste, no en hechos históricos concretos, *sino en reglas generales o máximas (máximas de la experiencia) relativas a la esfera de su ciencia, arte o práctica (de cualquier clase, excepto la jurídica que el juez deba conocer y aplicar ex officio), ya que se suministren al Juez directamente esas máximas, ya que se plasmen en el dictamen subsumiendo en ellas hechos o circunstancias concretas,*

Nuestro Código de Procedimientos Civiles establece precisamente el medio de prueba pericial en puntos de hechos facultativos o profesionales.

Con ello, la aportación de los elementos y datos técnicos que la persona versada hace al proceso para dilucidar la controversia, constituye un medio de prueba que tiene por objeto permitir que el Juez u órgano decisor, en su caso, conozca los datos técnicos a valorar para alcanzar la resolución que de mejor modo satisfaga los intereses en conflicto.

Se traen a colación todas estas aseveraciones, partiendo del hecho que en el procedimiento administrativo son plenamente aplicables los principios generales de la prueba como institución jurídica.

Como es sabido, el procedimiento administrativo en tanto modo de producción del acto, constituye un elemento del mismo, y por ende condiciona su validez. En reiteradas ocasiones ha sostenido esta Sala que el procedimiento no es una mera exigencia formalista para la configuración del acto, sino que *desempeña una función de plena garantía para el administrado, ya que le proporciona la oportunidad de intervenir en su*

emisión. En otros términos, el procedimiento posibilita la participación de los administrados en la toma de decisiones del poder público administrativo.

En concordancia con la doctrina expuesta en acápites anteriores, en todo procedimiento tienen aplicación reglas básicas y generales, que garantizan por un lado la protección a los derechos e intereses del administrado, y por otro la transparencia en el actuar de la Administración.

Roberto Dromi sostiene al respecto que: "los principios jurídicos fundamentales del procedimiento administrativo son pautas directrices que definen su esencia y justifican su existencia, permitiendo explicar, más allá de las regulaciones procesales dogmáticas, el por qué y el para qué del mismo". (Roberto Dromi: El Procedimiento Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996. Pág. 59).

Es plenamente aceptado que entre los principios elementales que rigen el procedimiento administrativo se encuentra el de *contradicción y defensa*.

Naturalmente, la actividad probatoria en el procedimiento ha de realizarse de conformidad a estos principios, entre otros.

El autor antes citado sostiene que la garantía de defensa en el procedimiento administrativo, ha de entenderse como la efectiva posibilidad de participación útil en el mismo, y que en relación a la prueba comprende:

- "-Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida;
 - Que la producción de la prueba sea efectuada antes que se adopte la decisión;
 - Derecho de controlar la producción de la prueba sustanciada por la Administración".
- (Roberto Dromi: Op. Cit. Pág. 70).

Como es sabido, la *contradicción de la prueba* es uno de los principios elementales que rigen el ámbito probatorio, con dos grandes implicaciones: en primer lugar, el hecho que la parte que pueda verse afectada por una prueba la conozca, a fin de gozar de la oportunidad de discutirla; y por otra parte, que la prueba no pueda ser apreciada por el órgano decisor si no se ha celebrado con audiencia, con conocimiento de parte.

Es claro que la actividad oficiosa de la Administración para recabar pruebas no puede estar exenta de estas garantías.

El principio de contradicción de las pruebas lo tiene consagrado nuestro legislador, entre otras disposiciones, en los artículos 242, 243 y 244 del Código de Procedimientos Civiles y,

especialmente, en el Art. 356 del mismo Código, que refiriéndose a la prueba por peritos, dice: "El Juez de la causa o aquel a quien se cometiere la diligencia, después de juramentados los peritos, les indicará por un decreto el lugar, el día y la hora de la operación con citación de las partes para que concurran, si quisieren, pena de nulidad (...)". Y por último, se encuentra consagrado de una manera más general todavía, en el artículo 4 ordinal 6º de la Ley de Casación, que recoge como una causal de casación, la "(...) falta de citación para alguna diligencia de prueba, cuya infracción ha causado perjuicio al derecho o defensa de la persona en cuyo favor se estableciere". De manera que así se advierte la consagración de manera clara y expresa en nuestra legislación, del principio de contradicción de la prueba.

Lo propio ha hecho la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños, al establecer en los incisos segundo y tercero del artículo 88: "Cuando el Alcalde o funcionario delegado tuviere conocimiento por notificación de la OPAMSS, que una persona, natural o jurídica, ha cometido infracción a la presente ley, dentro de su ámbito municipal, iniciará el procedimiento, y solicitará a la OPAMSS las pruebas que se consideren necesarias.

De la prueba obtenida notificará en legal forma al infractor para que comparezca dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación. Si compareciere, o en su rebeldía abrirá a pruebas por ocho días y pasado el término resolverá dentro de los dos días siguientes".

iv) Análisis del caso.

La Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños, (artículo 1) tiene por objeto regular el ordenamiento territorial y el desarrollo urbano y rural del Área Metropolitana de San Salvador y Municipios Aledaños. Por otra parte, para los efectos de dicha ley (artículo 2) se entiende por "Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños", los territorios de los municipios siguientes: Antiguo Cuscatlán, Apopa, Ayutuxtepeque, Cuscatancingo, Delgado, Ilopango, Mejicanos, Nejapa, Nueva San Salvador (Santa Tecla), San Marcos, San Martín, San Salvador, Soyapango y Tonacatepeque.

El artículo 45 de la mencionada ley otorga las facultades relacionadas con la vigilancia, control y aprobación de todas las actividades relativas al desarrollo urbano y a la construcción en dicha área a la OPAMSS, conforme lo establecido por los Concejos Municipales del área, en sus respectivas ordenanzas del control del desarrollo urbano y de la construcción de su localidad. Por otra parte, tanto el artículo 75 de dicho cuerpo

normativo como el artículo IX número 3 de su Reglamento regulan que toda transgresión a la mencionada Ley y su Reglamento, así como el incumplimiento de las normas técnicas determinadas en los planos y documentos, códigos y reglamentos relativos a la urbanización y construcción, resoluciones y permisos de parcelación o construcción, estarán sujetos a sanción conforme lo establecido en dicha Ley y Reglamento.

En concordancia con lo anterior, el artículo VIII número 26 del Reglamento a la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños prescribe que la OPAMSS en colaboración con las Alcaldías del área tiene el derecho y la obligación de inspeccionar toda clase de obras de parcelación y/o construcción con personal idóneo debidamente autorizado para hacer cumplir este Reglamento.

Además, tanto en el artículo 88 de la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños como en el artículo 1X número 15 de su Reglamento, se define a la autoridad competente para sancionar los incumplimientos o infracciones cometidas a tal normativa, así como también se establecen dos formas que pueden dar apertura al procedimiento para sancionar tales incumplimientos o infracciones, que son: (1) sustanciado por el Alcalde Municipal o Funcionario Delegado de la localidad, debiendo seguirse previamente el juicio administrativo regulado en el artículo 131 del Código Municipal; y, (2) seguido por la misma autoridad anteriormente descrita, pero iniciado por notificación de la OPAMSS, para lo cual dichas disposiciones describen todo el procedimiento que debe llevarse a cabo.

En el caso bajo análisis, el procedimiento administrativo no fue iniciado por notificación de la OPAMSS, en virtud de lo cual el procedimiento que debía llevarse a cabo era el descrito en el numeral (1), es decir el establecido en el Código Municipal y no el establecido en la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños.

Llama la atención de esta Sala, que en la primera inspección realizada -en la cual se descubre una presunta infracción a la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños- se le solicitó a la actora mediante el encargado de la obra, que ésta se presentara a la Municipalidad en un término máximo de dos días hábiles al de la referida inspección, con el objeto que proporcionara los permisos pertinentes a dicha Municipalidad y además en la segunda inspección realizada hasta se le ordenó la inmediata suspensión de la construcción de la obra.

Respecto de la anterior actuación, debe considerarse, que si la ausencia de los permisos respectivos en el lugar de realización de la obra configuraba una infracción a la citada normativa que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, debió haberse dado cumplimiento al artículo 88 inciso primero de la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños, que ordena la realización del procedimiento señalado en el artículo 131 del Código Municipal, según el cual al tener conocimiento por cualquier medio -en este caso la inspección- de la infracción cometida, debe iniciarse el procedimiento, recabar la prueba pertinente y de ella notificar en legal forma al infractor para que comparezca a ejercer su defensa dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la respectiva notificación. En el caso bajo análisis, de lo recabado en las inspecciones se citó a la actora para que compareciera al Municipio en un término máximo de dos días al de la mencionada inspección, en claro incumplimiento con el procedimiento anteriormente señalado.

También llama la atención para esta Sala que durante la tramitación del procedimiento bajo análisis se haya realizado un llamamiento a la señora [demandante], a través del Diario de Hoy, por parte del Departamento de Ingeniería de la Alcaldía Municipal de Santa Tecla, previniéndoles que en el plazo de tres días se presenten a legalizar la situación; y que se haya enviado en dos ocasiones notas a la señora [demandante] o su apoderado, "convocando a una reunión de carácter urgente para tratar asuntos relacionados a la construcción que se realizara en el inmueble de su propiedad", lo cual no está previsto en el procedimiento.

Por otra parte no hay constancia en el expediente administrativo que el Alcalde Municipal de Santa Tecla haya recabado la prueba pertinente y de ella notificado a la presunta infractora para que compareciera a ejercer su derecho de defensa.

Todo lo expuesto tiene gran trascendencia, pero para determinar la licitud o la ilicitud del procedimiento debatido, se pasará al análisis de la causa de ilegalidad argumentada por la parte actora.

En el presente caso, es claro que todas las inspecciones realizadas sirvieron de *base para adoptar la resolución final*, y así queda evidenciado con la resolución del Alcalde Municipal de Santa Tecla, de las ocho horas del uno de marzo de dos mil cinco, que constituye el primer acto impugnado en esta sede.

Como antes se ha dicho, esta Sala ha sostenido en diferentes oportunidades, que el procedimiento administrativo no es una mera exigencia formalista para la configuración del acto, sino que constituye por sí mismo una plena garantía para el administrado,

debiendo existir para ello una plena aplicación de reglas básicas y generales. Para el caso concreto, es importante señalar el principio de contradicción de prueba, el cual da la oportunidad de confrontar los criterios manejados por los interesados con los esgrimidos por la Administración.

Con todas las consideraciones expuestas, podemos afirmar que las diligencias realizadas por los ingenieros Delegados del Departamento de Ingeniería y Desarrollo Urbano de la Alcaldía Municipal de Santa Tecla y de la OPAMSS, *sí constituyeron en esencia diligencias probatorias*, -excepto la realizada por el ingeniero [...] que no podía ser tomada en cuenta por la razón ya dicha-, no obstante, no se tramitaron formalmente como prueba, para que así fueran incorporadas al procedimiento, y sobre todo fueron practicadas *sin previo conocimiento de la administrada*.

En el procedimiento administrativo, es de particular importancia reparar en el hecho que, la Administración como gestora del interés público, está facultada a desplegar por sí misma, *ex officio*, toda la actividad que sea necesaria para dar adecuada satisfacción a ese interés. Así, en el ámbito probatorio rige el principio de oficialidad, en base al cual el órgano administrativo puede desarrollar todos los actos que considere adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución.

Es así totalmente lícito que la Administración, para emitir su resolución en el procedimiento administrativo, realice la actividad probatoria que se considere necesaria. Sin embargo, es claro que dicha actividad debe respetar los principios del Derecho.

Si las diligencias dichas se hubieran incorporado al expediente, comunicándoselas así a la parte interesada, ésta hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse sobre ellas, planteando sus alegaciones a fin que fueran consideradas por la Administración a la hora de resolver, esto es, valorarlas para aceptarlas o rechazarlas; y al no haber el Alcalde Municipal de Santa Tecla dado tal oportunidad, esto incidió directamente en la defensa de la demandante.

Con las premisas expuestas podemos afirmar que el Alcalde Municipal de Santa Tecla, *tomo en cuenta diligencias probatorias, que no se tramitaron formalmente como prueba y no se incorporaron al procedimiento como debe ser, violentando de esta forma los principios de defensa y contradicción*.

Como es sabido, una de las causas más relevantes que genera la declaración de invalidez jurídica de un acto administrativo por circunstancias formales -sin relación con el fondo de

la cuestión objetiva planteada en el procedimiento- es la de vicios de esta índole en el procedimiento administrativo.

v) Conclusión.

Por todo lo expuesto, esta Sala concluye que el Alcalde Municipal de Santa Tecla tramitó en forma totalmente anómala el procedimiento, por lo cual la resolución final emitida a raíz de ese procedimiento y todo lo que fue su consecuencia es ilegal y así debe declararse, y el procedimiento deberá reponerse.

Establecida la ilegalidad de la resolución primeramente impugnada, es improcedente el análisis del resto de alegaciones planteadas."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 169-2005 de fecha 28/09/2009)

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO POR INFRACIÓN A LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

"a) Sobre el Principio de Legalidad.

El principio de legalidad es un principio fundamental del Derecho Público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley, de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas. Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica.

Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho Público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él, el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

En íntima conexión con este principio, la institución de la reserva de Ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo. Por lo tanto, son materias vedadas al reglamento y a la normativa emanada por

el Poder Ejecutivo. La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder legislativo, refleja la doctrina liberal de la separación de poderes. Recibe un tratamiento dogmático especial en el Derecho Administrativo, el Derecho Tributario y el Derecho Penal.

b) Debido Proceso.

El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

c) Derecho de Defensa y Garantía de Audiencia.

Los derechos de audiencia y legítima defensa se encuentran íntimamente vinculados. El primero de ellos plasmado en el artículo 11 de la Constitución de la República, es un concepto abstracto que exige, que antes de proceder a limitar la esfera jurídica de una persona o privársele de un derecho, debe ser oída y vencida previamente con arreglo a las leyes.

Mientras que el derecho de defensa es un derecho de contenido procesal que implica, que para solucionar cualquier controversia, es indispensable que los individuos contra quienes se instruye un determinado proceso, tengan pleno conocimiento del hecho o actuación que se les reprocha, brindándoseles además una oportunidad procedimental de exponer sus razonamientos y de defender posiciones jurídicas a efecto de desvirtuarlos -principio del contradictorio-; y sólo podrá privárseles de algún derecho después de haber sido vencidos con arreglo a las leyes, las cuales deben estar diseñadas de forma que posibiliten la intervención efectiva de los gobernados.

Entonces, la finalidad de la garantía de audiencia que se le concede a los gobernados mediante un determinado procedimiento, con todas las garantías como condición a la imposición de una pena, es doble. De una parte, supone dar al acusado la plena posibilidad de defenderse, al hacérsele saber el ilícito que se le reprocha, y al facilitarle el ejercicio de los medios de defensa que estime oportunos. La segunda finalidad es que la autoridad decisoria disponga de todos los elementos de juicio necesarios para emitir su resolución; y es que el conjunto de actuaciones en que se plasma el proceso, constituye el fundamento de la convicción de la autoridad que decide la situación que se haya conocido.[...]

NULIDADES PROCESALES COMO GARANTÍAS DEL DERECHO DE DEFENSA

Antes de entrar a determinar la procedencia o no de la irregularidad procesal planteada (sobre la fecha del auto), es necesario aclarar que las ilegalidades de índole procesal al igual que las nulidades de este tipo se inspiran bajo el principio de relevancia o trascendencia de la misma, y en su oportuno planteamiento en la vía procesal.

El proceso al igual que el procedimiento administrativo, es una herramienta que tiende a la protección de derechos y satisfacción de pretensiones, procura mantener su existencia hasta lograr su finalidad. Lo expresado conlleva la creación de medios de filtración legales que eviten u obstaculicen el cumplimiento de este propósito, y es aquí en donde las nulidades procesales cumplen esa función: las mismas aseguran al administrado una posibilidad de defensa ante los vicios que se puedan manifestar a lo largo del procedimiento administrativo, claro, aún estos vicios deben ser analizados detenidamente bajo el principio de relevancia o trascendencia de las nulidades.

Lo anterior implica que las ilegalidades de índole procesal al igual que las nulidades de este tipo, tal es el caso que nos ocupa, deben de alguna manera provocar un efecto tal que genere una desprotección ostensible en la esfera jurídica del administrado, desprotección entendida como una indefensión indiscutible que cause un daño irreparable al desarrollo de todo el procedimiento y genere una conculcación clara de los principios constitucionales que lo inspiran.

ERRORES MATERIALES DE HECHO O ARITMÉTICOS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO

b. De la reseña de lo acontecido en sede administrativa este Tribunal advierte, que la autoridad demandada a solicitud de la señora [...] inició el procedimiento administrativo sancionador, que establecía la Ley de Protección al Consumidor y su Reglamento (vigentes al momento de dictarse el acto), se siguieron las etapas del proceso, las que fueron legalmente notificadas tal como se ha dejado constancia de ello, hasta que después de llevar a cabo las audiencias conciliatorias, la autoridad demandada, a solicitud de la señora [...] emite la resolución que se impugna ahora en este proceso.

Es de vital importancia reparar sobre el punto alegado por la actora sobre el error que existe en la fecha de emisión del acto impugnado, un error material o aritmético de que adolezca el acto administrativo, no constituye *per se* un vicio en el acto, siempre y cuando se observe que el mismo no altere lo sustancial de la decisión de que se trata. La doctrina misma reconoce que los errores materiales, de hecho o aritméticos, para serlos, necesitan ser apreciados con los solos datos que obran en el expediente, presentándose de forma patente y clara sin necesidad de interpretaciones legales. Inclusive, en algunos casos se afirma que la rectificación de los mismos puede llevarse a cabo por la propia Administración y/o a petición del interesado. Demostrándose en el presente caso que la Dirección pronunció su resolución con apego a los requisitos básicos previstos en las disposiciones que cita la parte actora, dicha resolución es válida y legal, independientemente que la fecha del último auto, pues se reitera que dicho error no altera el aspecto sustancial del acto mismo (sentencia 163-C-2000 de las quince horas diez minutos del cuatro de marzo de dos mil cinco).

Por todo lo anterior podemos concluir que la autoridad demandada, respetó las garantías del debido proceso, audiencia y derecho de defensa alegados por la sociedad actora, ya que como se ha constatado tuvo la oportunidad real de defenderse en la sede administrativa."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 61-2006 de fecha 05/11/2009)

PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL

ESTABLECIMIENTO DE COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN

"Sobre la Teoría del Órgano.

El Estado, para el cumplimiento de sus fines y funciones tiene que valerse de la actividad de una persona física puesta a su servicio, para lo cual el ordenamiento jurídico ha dado a la persona jurídica pública -Estado- una estructura por medio de la cual está en condiciones de querer y actuar directamente, lo cual se obtiene vinculando al individuo,

encargado de querer por el ente mediante un vínculo interno, que hace del particular un elemento de la organización del Estado, parte de una estructura, que tiene por objeto formar una voluntad o realizar un acto que ha de imputarse a la persona jurídica Estado. Por tanto no se puede hablar ni de dos personas ni dos voluntades, sino solamente del Estado y los terceros.

Así, la doctrina distingue entre órgano individuo y órgano institución. Así, el órgano individuo sería la persona física que realiza la actividad que compete al órgano. El órgano institución representa la competencia que tiene el órgano, la cual es permanente mientras el legislador no la modifique, se mantiene a pesar de que cambie el funcionario que desarrolla la actividad, es decir, el órgano se mantiene, es permanente aunque esté vacante, esto es, aunque no exista funcionario que desempeñe la función o aunque cambie el funcionario encargado de desarrollar la actividad del órgano institución.

En ese orden de ideas, es oportuno afirmar que en repetidas ocasiones esta Sala ha dicho que en los procesos contencioso administrativos tiene aplicación la Teoría del Órgano antes mencionada en lo relativo a la legitimación pasiva, así: "En el juicio contencioso no son demandadas las personas individualmente consideradas, sino como órgano institución. En este sentido, Miguel S. Marienhoff hace la distinción entre el órgano persona y el órgano institución, señalando que la persona física forma parte del órgano institución, y es la encargada de actuar y expresar su voluntad por el ente; no es así posible ni debido confundir al órgano con su titular, y que en el proceso contencioso, como se expresó, la legitimación pasiva no corresponde al funcionario de turno, sino al cargo u órgano institución. Es así que los funcionarios no han sido demandados en su carácter personal, sino precisamente como funcionarios de la institución" (Sentencia del treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y siete, referencia 45-V-96; y sentencia del dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y siete, referencia 58-R-95).

Sobre el Recurso de Apelación.

Retomando el anterior orden de ideas, se tiene entonces que el órgano institución representa la competencia que es permanente y que se mantiene a pesar de que cambie el funcionario que desarrolla la actividad.

Sobre la *competencia*, debe señalarse que ésta puede entenderse como el conjunto de atribuciones que la Ley otorga a un específico ente o funcionario, es el espacio material dentro del cual pueden ejercitarse las potestades conferidas a dicha autoridad.

Lo anterior, es de suma importancia en el caso bajo análisis, ya que la autoridad demandada ha alegado que era incompetente para conocer tanto del Recurso de Apelación interpuesto por el actor contra el anterior Tribunal de Apelaciones, como de la solicitud que configura el acto impugnado.

A partir de lo expuesto resulta relevante traer a colación que la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil de El Salvador creada mediante el Decreto Legislativo Número 653, del seis de diciembre de dos mil uno, que fue publicada en el Diario Oficial Número 144, Tomo 316 del diez de agosto de dos mil dos, por medio de la cual se dio nacimiento al Tribunal de Apelaciones demandado y que consecuentemente provocó la extinción del anterior Tribunal de Apelaciones, no contempla expresamente la sustitución procesal que se seguiría en dichos casos, por lo que tampoco se estableció quien tramitaría los procedimientos que aún no estuvieran finalizados al momento de la entrada en vigencia de la misma.

En virtud de dicha omisión legal y ante la desaparición del primer Tribunal de Apelaciones, es que resulta necesario dilucidar quién es la autoridad o funcionario competente para conocer de los Recursos de Apelación dentro de los procedimientos disciplinarios instruidos al interior de la Policía Nacional Civil que aún no habían finalizado al momento en que entra en vigencia la Ley a que se ha hecho alusión en el párrafo anterior.

A efecto de resolver el problema anteriormente planteado, es que resulta necesario relacionar que el artículo 34 inciso 3° de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil vigente antes de la entrada en funciones del Tribunal de Apelaciones demandado en el presente proceso, establecía que de las sanciones impuestas por el Tribunal Disciplinario se admitiría apelación para ante el Tribunal de Apelaciones. Posteriormente, con la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil de El Salvador que dio origen a la integración del Tribunal de Apelaciones que figura como autoridad demandada, en su capítulo VI, específicamente en el artículo 24 -vigente al momento de los hechos-, se prescribía lo siguiente: "Para conocer en los casos que se interponga recurso de apelación por remoción o destitución, crease el Tribunal de Apelaciones que estará integrado por un designado por el Presidente de la República quien lo presidirá y dos vocales designados por el Ministro encargado de la Seguridad Pública, lo cuales no formarán parte de la Corporación Policial. Sus resoluciones deberán ser apegadas a derecho. El Tribunal de Apelaciones podrá confirmar, revocar o modificar la sanción impuesta". Con lo expuesto, se confirma la competencia que tenía dicho Tribunal en materia de apelaciones, dándole continuidad a la misma, por lo que es dable afirmar tal como se expuso en párrafos

anteriores que "la competencia es permanente y se mantiene a pesar de que cambie el funcionario que desarrolla la actividad".

Como es evidente, al tomar en cuenta lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala respecto de la Teoría del Órgano, no es válido el argumento sostenido por la autoridad demandada relativa a que no tiene solución de continuidad con los demás Tribunales de Apelación que hayan sido creados con anterioridad; ya que los funcionarios forman parte de la Institución y si bien son distintos, no pueden desligarse de la obligación de responder por la misma. Debe hacerse énfasis en que lo que existió fue un cambio en la forma en que se haría la conformación de los miembros del *Tribunal de Apelaciones de la corporación policial*, el cual estaba integrado por el Director General de la Institución Policial, que era su Presidente, y por los Subdirectores Generales de la referida corporación policial; pero la competencia atribuida a tal órgano como Institución se mantuvo intacta, en consecuencia la autoridad demandada siempre fue y es competente para conocer de los Recursos de Apelación que se interpongan contra las resoluciones de los Tribunales Disciplinarios mientras el legislador no modifique tal competencia. Es por ello que esta Sala considera que la autoridad demandada debió conocer y diligenciar del Recurso de Apelación interpuesto por la parte actora, si éste aún no estaba finalizado por el anterior Tribunal de Apelaciones.

Por otra parte, debe traerse a colación lo prescrito en el artículo 30 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, el cual establece que: "Los recursos contra las decisiones de los Tribunales Disciplinarios, en los casos permitidos por este Reglamento, serán resueltos por el Tribunal de Apelaciones". A su vez, el artículo 63 de dicho cuerpo normativo establece lo siguiente: "El Tribunal de Apelaciones es el organismo competente para conocer en segunda instancia de las resoluciones emitidas contra el personal de la Policía Nacional Civil por faltas graves, con excepción de las pronunciadas por el Tribunal Especial, que serán tramitadas según se establece en el Art. 60 del presente Reglamento". Además, el artículo 64 del Reglamento en mención regula que "El Tribunal tendrá su sede en la ciudad de San salvador y estará integrado por un Presidente y dos vocales. Todos los miembros deberán ser Abogados y serán nombrados para un período de dos años por el Director General. El cargo de miembro del Tribunal de Apelaciones será incompatible con cualquier otro cargo dentro de la Policía."

En razón de lo anterior esta Sala reitera que el Tribunal de Apelaciones es competente y debió conocer del Recurso de Apelación interpuesto por la parte actora.

OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE DOCUMENTAR TODO EL PROCEDIMIENTO Y GARANTIZAR LA CONSERVACIÓN Y CUIDO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Por otro lado, la autoridad demandada manifestó que no recibieron el expediente disciplinario del [demandante], como tampoco han conocido sobre el Recurso de Apelación que aduce el demandante y por tanto, no se tiene certeza si de dicho recurso existe o no sentencia definitiva o simplemente no fue admitido por el Tribunal de Apelaciones en turno.

A este respecto se aclarara que la Administración Pública está obligada a documentar todo procedimiento mediante el cual forma su voluntad. Esta exigencia adquiere mayor relevancia cuando las actuaciones administrativas afectan derechos o intereses de los particulares. Por otra parte, esta obligación genera la formación de un expediente administrativo, que constituye un legajo el cual reúne, en forma ordenada, todas las actuaciones de la Administración. De ahí que, la Administración -Órgano Institución- es la responsable de la organización y el cuidado de los mismos, así como de los documentos que estuviesen a su cargo.

La razón principal que justifica la conservación y el cuidado del expediente administrativo es que permite al administrado afectado por la actuación de una autoridad, tener acceso a los datos necesarios que le servirán de fundamento para impugnar la actuación de la administración. Es por ello que lo manifestado por el Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil, de no conocer sobre el Recurso de Apelación del demandante no resulta un argumento válido, sino más bien evidencian mal manejo en el cuidado y conservación de los expedientes.

Por otra parte, no pueden aceptarse dichos argumentos ya que consta a folio 26 que la Presidenta del Tribunal Disciplinario Metropolitano de la Policía Nacional Civil Comisionada [...] hizo del conocimiento de esta Sala, que el demandante tenía otra causa disciplinaria registrada bajo el número 166-2000, en la que había sido destituido y que se encontraba "en el Tribunal de Apelaciones por haber sido interpuesto recurso", quedando así establecido que el demandante efectivamente interpuso el Recurso de Apelación aludido. Lo anterior también se confirma, con la copia del memorándum [...] mediante el cual se remite el Recurso de Apelación del expediente N° 166-2000 presentado por el demandante, en la cual se le expresa que en vista que el referido Recurso se ha admitido, se le traslada a fin que dicha autoridad lo resuelva. [...]

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA

b) Sobre la violación por inobservancia del artículo 129 inciso 1° del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil.

En el presente caso el demandante interpuso Recurso de Apelación el veintisiete de abril de dos mil uno, ante el Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil en contra de resolución emitida por el Tribunal Disciplinario Metropolitano de la Policía Nacional Civil; sin embargo, al no haberse realizado ningún procedimiento y estar en inactividad por más de un año, realizó petición escrita dirigida al Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil en funciones consistente en que declararan la caducidad de la acción disciplinaria a su favor, quienes se negaron a resolver la situación jurídica del demandante, alegando no ser ellos el Juez Natural para hacerlo.

El artículo 129 inciso 1° del Reglamento Disciplinario la Policía Nacional Civil, literalmente reza: "En el caso de las faltas leves la acción Disciplinaria caducará si durante un período de seis meses, el procedimiento permaneciere paralizado o no se realizare ningún acto de investigación por causa no imputable al investigado. El término se extenderá a un año para las faltas graves". A su vez, el artículo 63 del mismo cuerpo normativo establece que es el Tribunal de Apelaciones el organismo competente para conocer en segunda instancia de las resoluciones emitidas contra el personal de la Policía Nacional Civil por faltas graves.

En el caso bajo estudio, se ha determinado la competencia del Tribunal de Apelaciones demandado para diligenciar los Recursos de Apelación que aún no hubieran finalizado a la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil de El Salvador; por lo que bajo dicho parámetro, se entiende que el Tribunal de Apelaciones demandado tenía atribuida la competencia para resolver la solicitud del demandante consistente en que se declarara la caducidad de la acción disciplinaria a su favor; por lo que no resultan válidos los argumentos sostenidos para justificar su negativa a resolver sobre lo pedido por el actor, por considerar que no eran el Juez Natural para conocer del mismo.

En consecuencia, se advierte que con el acto impugnado se ha violentado el artículo 129 inciso 1° del Reglamento Disciplinario la Policía Nacional Civil por la inobservancia del mismo, deviniendo en ilegales sus consecuencias."

PROCEDIMIENTO PARA EL REINTEGRO DE CRÉDITOS FISCALES DEL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR OPERACIONES DE EXPORTACIÓN

NECESARIO RESPETO AL DEBIDO PROCESO EN SU TRAMITACIÓN

"Sobre la base del artículo 77 de la Ley del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, el cual literalmente establece: ""En caso de que los créditos fiscales no pudieran deducirse íntegramente de los débitos fiscales durante el período tributario, el exportador que no tuviere deudas tributarias líquidas y exigibles compensables con dicho crédito fiscal, podrá solicitar a la Dirección General de Impuestos Internos el reintegro, en dinero, de dicho saldo remanente. La Dirección General deberá efectuar el reintegro en un plazo no mayor de 30 días contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de reintegro. Para efectuar dicho reintegro, no será necesaria la fiscalización previa. El contribuyente que solicitare reintegros indebidos se sujetará a las acciones penales correspondientes. El reintegro no constituye renta gravable.

El reglamento establecerá los requisitos, documentación, plazos, formas y procedimientos para efectuar los reintegros a que se refiere el inciso primero de este artículo"".

La Sociedad actora presenta solicitudes de reintegro de crédito fiscal a exportadores el [...] a la Dirección General de Impuestos Internos a fin de que sin previa fiscalización le sea reintegrada la cantidad de [...], los cuáles ha acumulado por las operaciones de exportación [...].

La Dirección General de Impuestos Internos mediante resolución de las [...], concluyó que la devolución solicitada no procede debido a que no garantiza el interés fiscal en virtud que existen exportaciones que ha declarado la sociedad y están liquidadas por otros contribuyentes y exportaciones que no cumplen con el procedimiento de liquidación correspondiente, así mismo la documentación que respalda el ingreso de divisas no

permite verificar si el pago proviene del exterior ni relacionarlas con las facturas correspondientes.

3) DE LA VIOLACIÓN A LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL DEBIDO PROCESO:

3.1 Del Debido Proceso:

Con el objeto de dilucidar la inocencia o culpabilidad, es preciso verificar un conjunto secuencial de etapas procesales denominadas juicio o proceso, las que deben contener un mínimo de garantías que aseguren, la posibilidad cierta de ejercer su derecho de defensa.

Entre los principios o garantías del debido proceso tenemos:

a) Que la persona sea juzgada por un juez natural; b) derecho a ser oído; c) duración razonable del proceso; d) publicidad del proceso; y, e) prohibición del doble juzgamiento.

Además de los derechos que la Ley reconoce a las personas en sus relaciones con la Administración, se señalan algunos requisitos que los procedimientos administrativos sancionatorios deben observar para garantía del presunto responsable.

Entre los principios que el Derecho Comparado y la Doctrina señalan, se encuentran:

a) A ser notificado de los hechos que se le atribuyan, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuye tal competencia.

b) A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes.

Se enumera además, como principios procedimentales específicos doctrinariamente aceptados del Derecho Administrativo Sancionador:

1º) La debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, realizándose cada una por órganos distintos.

2º) Que las medidas de carácter provisional adoptadas para asegurar la eficacia de la resolución final, se efectúen mediante acto motivado. La posibilidad efectiva de dicha adopción depende de la previsión de tales medidas en las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos sancionadores.

3º) De resolución de todas las cuestiones planteadas en el expediente sancionador y de interdicción de la declaración, como probados, de hechos distintos de los determinados (debe entenderse que con contradicción) en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica en la resolución final.

4º) De motivación de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador y ejecutividad de ella cuando ponga fin a la vía administrativa.

Asimismo se añade el principio de Transparencia, que incluye los derechos que se pueden ejercer en cualquier momento del procedimiento: de conocimiento del estado de tramitación, de acceso a y obtención de copias de los documentos en él contenidos; los otros derechos, ejercitables durante el procedimiento hasta el trámite de audiencia, de formulación de alegaciones y aportación de documentos; y las reglas de formalización sistemática, secuencial y ordenada, de las actuaciones y diligencias y de su custodia por el órgano competente (instructor primero y resolutor después) hasta el archivo definitivo.

El Código Tributario, normativa vigente cuando sucedieron los hechos, constituye el marco legal específico al que debemos remitirnos para dilucidar si el trámite seguido por la autoridad demandada se realizó conforme a Derecho.

El art. 173 del Código Tributario prescribe las facultades de la Administración Tributaria y artículo 174 del mismo cuerpo normativo, señala el procedimiento que se debe seguir cuando se lleve a cabo una de las facultades de la Administración.

De conformidad al artículo 174 del Código Tributario, se debe realizar:

i. Para ejercer las facultades a que se refiere el artículo anterior (artículo 173), la Administración Tributaria contará con un cuerpo de auditores.

ii. En cada fiscalización podrán tomar parte uno o más auditores que la Administración Tributaria designe.

iii. Los auditores, al concluir su comisión, deberán formular un informe dirigido a la Administración Tributaria. En los casos constitutivos de delitos de defraudación al fisco, se atenderá a lo dispuesto en el Código Penal.

iv. Tales informes podrán ser ampliados por los mismos auditores o por otros diferentes, a juicio de la mencionada Administración, cuando encuentre que dichos informes son diminutos, o podrá ordenar otros nuevos cuando adolezcan de deficiencias y no le instruyan suficientemente para una justa liquidación, o cuando estime que el informe no está ajustado a la realidad de la investigación que se practique. En consecuencia, la

Administración Tributaria cuando ocurra intervención de auditores, deberá basarse en uno o en varios informes que la misma escoja, los que serán transcritos íntegramente para conocimiento del contribuyente.

v. Los auditores tienen las facultades que de conformidad a este Código les asigne la Administración Tributaria, en el acto de su designación. Los auditores, peritos, colaboradores jurídicos y funcionarios de la Dirección General, que lleven por sí o por interpósita persona, contabilidades o auditoria particulares y asesorías de carácter tributario, solicitaren o recibieren dádivas o cualquier otra ventaja indebida, o aceptaren promesa de una retribución para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido y propio de sus funciones, serán destituidos de sus cargos, previa audiencia por tercer día y evaluada las pruebas presentadas, sin perjuicio de la acción penal que corresponda.

Respecto a los procedimientos específicos y a los principios señalados por la doctrina tenemos que en el presente caso existió: a) designación de los auditores para la fiscalización y verificación; y b) no se notificó el informe elaborado por el cuerpo de auditores, cuya finalidad sería garantizar su Derecho de Defensa.

La Dirección General de Impuestos Internos, mediante resolución de las [...], designó a [...] a efecto de que fiscalizaran y verificaran sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias relacionadas con el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y al Código Tributario [...]. Los auditores designados emitieron informe de auditoría [...] que contenía el resultado de la investigación realizada. Dicho informe sirvió de base para declarar sin lugar la solicitud realizada por la parte actora [...].

Previo a emitir el informe [...], que da lugar a la denegatoria, no se concedió audiencia para reconsiderar el criterio del auditor y de la Administración Tributaria validando la información declarada en libros e información cruzada, proveniente de sujetos diferentes a la sociedad actora.

Por lo que este Tribunal advierte ilegalidad en el procedimiento de verificación llevado a cabo por la Dirección General de Impuestos Internos para la devolución solicitada, desde el momento que no se notificó el auto de nombramiento del auditor designado para la verificación y cuáles fueron las facultades que se le concedieron.

3.2 Garantía de Defensa en el Debido Proceso.

NOTIFICACIÓN COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE DEFENSA

Alega la demandante: " No hay detalle transcrito a la Sociedad, ni se exigen documentos originales, ni mucho menos se concede audiencia para reconsiderar el criterio de los auditores en el informe (...) avalado por la Dirección General..." [...].

Sobre las notificaciones, se ha sostenido que: "La notificación constituye piedra angular del sistema de garantías de los derechos del administrado, especialmente en materia tributaria, y se considera que la obligación de notificar deviene el principio de seguridad jurídica y de la necesidad de hacer posible el Derecho de Defensa. Precisamente por su trascendencia, el legislador reviste de solemnidades al acto procesal de la notificación, lo cual constituye una garantía en favor de la parte notificada, a fin que ésta pueda efectivamente hacer uso de los medios impugnatorios que la ley le franquea".

En consecuencia, "el carácter estrictamente formal de las notificaciones comporta una consecuencia capital, y es el hecho que la notificación no realizada en debida forma no produce efectos, de lo cual se sigue que la propia resolución notificada tampoco podrá producirlos contra la interesada, ya que la notificación demora el comienzo de la eficacia del acto, de la misma manera ante una notificación defectuosa, no comienzan a correr los plazos para interponer los recursos pertinentes..." Se concluye así que la invalidez de una notificación conlleva su ineficacia. Se agrega que las notificaciones defectuosas, sólo pueden surtir efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan que ha tenido conocimiento de la misma.

La finalidad que se persigue es el funcionamiento de la garantía general del debido proceso, garantizando un proceso regular y legal ante un juez natural que no altere la defensa de las partes o de los derechos, en última instancia la nulidad procesal solo se dicta cuando el vicio en que se incurre causa indefensión o no puede ser subsanado.

Por lo anterior se puede afirmar que se le causó indefensión a la actora, por el desconocimiento del informe de los auditores elaborado. En este orden de ideas, la irregularidad alegada por la actora causó indefensión, ya que ésta no tuvo la oportunidad de aclarar ciertas afirmaciones de los auditores, y la Dirección estaba en la obligación de notificar el informe a fin de garantizarle su Derecho de Defensa.

Como se expuso anteriormente, la doctrina sostiene que la peculiaridad de las sanciones administrativas reside en el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la

Administración, derivada de actuar en su propio ámbito interno o doméstico, tutelando su propia organización y funcionamiento.

Por lo que ha existido una violación a la Garantía Constitucional del Debido Proceso, y en particular en lo referente al Derecho de Defensa, ya que la Sociedad actora no tuvo conocimiento de los hechos que se le atribuyen en el informe, que fue empleado en su oportunidad, tal como lo indica el Código Tributario.

Al establecerse en el presente juicio, que la resolución de la Dirección General de Impuestos Internos respecto de la solicitud de la parte actora sobre el reintegro de créditos fiscales del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios por operaciones de exportación efectuadas [...], adolece de vicios esenciales consistentes en la Garantía Constitucional del Debido Proceso y específicamente con el Derecho de Defensa que debe prevalecer en todo proceso o procedimiento administrativo, se concluye que el acto es ilegal.

Establecido que la actuación de la autoridad demandada adolece del vicio señalado, cualquier otra argumentación vertida por las partes en nada modificaría la consideración realizada respecto a la adecuación del acto al marco legal, por lo que resulta inoficioso al respecto."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas 197-2005 de fecha 05/10/2009.)

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SUJETO PASIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el proceso contencioso administrativo salvadoreño no será parte demandada la Administración Pública abstractamente considerada, sino un ente u órgano en concreto: aquél del cual proviene el acto que da lugar al proceso.

Según el artículo 10 letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en nuestro sistema legal, está permitido demandar a la entidad como tal, o a los funcionarios o autoridades por medio de quienes las entidades realizan las funciones.

En la organización de la Administración Pública es posible encontrar la subjetivación de entes que materialmente despliegan su accionar por medio de las personas físicas que los integran, o de sus órganos de dirección. En ese sentido, el ente o persona jurídica, tiene un haz de funciones o tareas que son gestionadas por y bajo la responsabilidad de una persona física o grupo de personas que ostentan la dirección o jefatura de la unidad, y en el proceso contencioso podrá demandarse al ente como tal o al órgano por medio del cual despliega su accionar.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 281-C-2002 de fecha 21/10/2009)

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR: CONTRATO DE COMPRAVENTA DE COSA FUTURA

Dentro de los argumentos planteados en este caso este Tribunal advierte que se limitará a analizar la conducta atribuida a la parte demandante y los hechos acaecidos en sede administrativa, a efecto de determinar si la Administración Pública actuó correctamente al adecuar la conducta del demandante al artículo 22 de la Ley de Protección al Consumidor y así determinar si el acto impugnado es o no ilegal.

La facultad sancionatoria de que está dotada la Administración tiene cobertura constitucional en el artículo 14. Su actuar se encuentra sujeto al principio de legalidad que recoge también la Constitución en el artículo 86 al señalar que "los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley". En virtud de la sujeción a la ley, la Administración sólo puede actuar cuando aquella la faculte, ya que toda acción administrativa se aparece como un poder atribuido previamente por ella. En consecuencia, la Administración sólo podrá imponer las sanciones a las que la Ley dé cobertura, y en la forma en que la misma lo regule.

En el presente caso, los artículos 7, 22, 32 y 36 de la Ley de Protección al Consumidor, y 40 del Reglamento de dicha Ley -ambos ya derogados-, sujetaban la potestad sancionadora de la Dirección de Protección al Consumidor, al cumplimiento del debido proceso.

En este orden de ideas, la Administración Pública, al imponer una sanción, se deberá cerciorar que se reúnan los siguientes elementos: 1- La existencia de una acción u omisión, es decir el comportamiento positivo u omisivo del administrado que vulnera un

mandato o una prohibición contenida en la norma administrativa; 2- La existencia de una sanción: para que este comportamiento sea constitutivo de infracción es necesario, que el ordenamiento legal reserve para el mismo una reacción de carácter represivo, una sanción; 3- La tipicidad de la infracción: el comportamiento del infractor, así como la sanción prevista para el mismo, deben aparecer descritos con suficiente precisión en una norma con rango de ley; 4- La culpabilidad: En todo ordenamiento sancionador rige el criterio de que la responsabilidad puede ser exigida sólo si en el comportamiento del agente se aprecia la existencia de dolo o de culpa.

En el presente caso la sociedad demandante, expone que la situación acaecida con el consumidor, y que dio origen al acto que ahora se discute no encaja en los supuestos regulados en el artículo 22 de la Ley de Protección al Consumidor, consecuentemente la cuestión a determinar es si la Administración Pública tipificó correctamente la conducta atribuida a la sociedad demandante.

LA TIPICIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

En términos generales la tipicidad consiste en adecuar el acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley, por lo tanto es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario a lo que la norma regula, es decir, que si la conducta se adecua es indicio de que se cometió una infracción a la ley, pero si la adecuación no es completa no hay infracción.

La tipicidad de la infracción al imponer la sanción, es un requisito que responde a una exigencia de seguridad jurídica que tiene como finalidad que los administrados sepan cuáles son los hechos sancionables y cuáles son sus consecuencias a efecto de evitarlos. De ahí que para el ejercicio de la potestad sancionadora conferida a la Administración, es imprescindible que se configuren inexcusablemente todos y cada uno de los elementos que conforman el supuesto de hecho descrito por el legislador.

En razón a lo anterior es importante revisar la derogada Ley de Protección al Consumidor, normativa legal atinente al caso planteado vigente a la fecha en la que sucedieron los hechos y determinar si la conducta acaecida encaja en el supuesto de ley aplicado por la Administración Pública.

En el artículo 22 de la Ley, de Protección al Consumidor se establecía: "Si los productos o servicios se entregan al consumidor en calidad, cantidad, o en una forma diferente a la ofrecida, este tendrá las siguientes opciones: a) Exigir el cumplimiento de la oferta; b) La reducción del precio; c) Aceptar a cambio un producto o servicio diferente al ofrecido; y d) La devolución de lo que hubiere pagado. (...)".

Quiere decir que este artículo nos determina aquellos casos en los que la entrega del producto o servicio se realiza de una forma o de una calidad diferente a la acordada.

Por la redacción de dicha disposición estamos en presencia del supuesto de hecho en la que el consumidor ha pagado totalmente el producto o el servicio ofrecido y el proveedor al hacerle la entrega efectiva del producto lo hace de una manera diferente a la acordada. Según el Diccionario de la Real Academia Española el término "entregar" significa "dar o poner en poder de una persona una cosa, ó de recibir realmente algo".

En la denuncia que se formuló ante la Dirección de Protección al Consumidor, se observa que el consumidor, tercero beneficiario en el presente caso, expuso que en el mes de mayo del año dos mil cinco, visitó la casa modelo del Proyecto Las Jacarandas y decidió reservar una vivienda en el mismo, el cual era responsabilidad de la demandante. En la denuncia se asienta que la casa estaba en construcción y que iba a ser entregada en el mes de agosto del mismo año. Que el mencionado señor, se presentó a ver como iban los avances de la obra, momento en el cual se percató que la casa ya no tenía las dimensiones que se habían establecido; y que al advertir eso interpuso la referida denuncia.

De lo anterior se puede determinar que por los mismos argumentos que sostuvo en su denuncia el consumidor, el precio total del bien adquirido no había sido cancelado en su totalidad, solo mediaba el pago de quinientos dólares en concepto de reserva del inmueble a adquirir, además el inmueble aún no había sido entregado al consumidor ni al momento de formular la denuncia, ni cuando se emitió el acto que ahora se impugna, pues la casa estaba en fase de construcción, eso nos determina que la entrega material de la cosa -en este caso de la vivienda-, aún estaba pendiente, la entrega formal no se había configurado, estábamos entonces en presencia de una compraventa de cosa futura.

Ahora bien, al examinar el expediente administrativo consta en el Acta de Desacuerdo en la primera audiencia, realizada el diez de agosto de dos mil cinco, en las Oficinas Administrativas de la Dirección General de Protección al Consumidor, en la que se consignó que con el objetivo de llegar a un arreglo con el comprador, la sociedad demandante, le ofreció al consumidor reintegrarle la cantidad reclamada, más el recargo legal correspondiente, por lo que en esa oportunidad le traía el cheque certificado no

negociable del Banco Cuscatlán, por la cantidad de quinientos veinticinco dólares exactos, de acuerdo a lo que estipulaba el artículo 23 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor, sin embargo el señor no aceptó la alternativa propuesta.

La anterior situación se consignó en la resolución final, número 100, pronunciada por el Director General de Protección al Consumidor- acto impugnado en el presente caso-, la cual fue agregada al Expediente Administrativo, en el romano III. En el romano IV, de la misma el Director General de Protección al Consumidor reconoció que el proveedor ofreció una opción para solucionar el conflicto, la cual es prevista por la ley cuando hay incumplimiento imputable a él.

De las anteriores consideraciones, se determina que el actor propuso la aplicación del artículo 23 literal b), por lo que es procedente examinar dicho artículo.

Ello, sin antes olvidar que este Tribunal puede con ese acercamiento a la realidad fáctica, aplicar en el ejercicio de su labor el principio *iura novit curia*, principio regulado en el artículo 203 del Código de Procedimientos Civiles, que establece que el juez conoce el derecho aplicable y, por tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas, es decir, el juez debe someterse a lo probado en cuanto a los hechos, pero puede ampararse en este principio para aplicar un derecho distinto del invocado por las partes a la hora de argumentar la causa.

El artículo 23 de la citada ley regulaba: "Cuando se contrate la adquisición de un bien o la prestación de un servicio y el consumidor entregare prima, cuota o adelanto y el bien no fuera entregado o el servicio no fuere prestado por las siguientes razones; a) Causa de fuerza mayor o caso fortuito. En tales casos, el proveedor deberá entregar la totalidad de lo pagado; b) Causa imputable al proveedor, por la cual este deberá reintegrar la totalidad de lo pagado, más un recargo del cinco por ciento; c) Causas imputables al consumidor como el desistimiento. En estos casos, el proveedor deberá reintegrar lo pagado, pudiendo retener en concepto de gastos administrativos un cinco por ciento de su valor. Las partes contratantes podrán pactar un porcentaje mayor al establecido en las letras b) y c) de este artículo. En ningún caso el precio pactado al momento de la firma del contrato podrá ser modificado unilateralmente por cualquiera de las partes, salvo que acordaren éstas lo contrario".

De la lectura del artículo 23, se observa que para que tenga aplicabilidad este artículo a un caso en concreto tienen que darse las circunstancias siguientes:

a) Que haya existido contratación con la finalidad de adquirir un bien o la prestación de un servicio.

b) Que el consumidor haya entregado al proveedor una cantidad de dinero ya sea la prima, cuota o adelanto para poder adquirir el bien o el servicio.

c) Que dicho bien o servicio que ofrece el proveedor no se entregue.

En términos generales un contrato es definido como un acuerdo privado, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y cuyo cumplimiento pueden ser exigidas.

De esto se colige la existencia de contratos celebrados en una forma escrita y otros en forma verbal. Es por ello que en la doctrina se habla de la existencia de contratos no formalizados por escrito, se trata de aquellos contratos habitualmente celebrados de forma oral en los que no existe documentación alguna para que este tenga fuerza de obligatoriedad entre las partes sino que se limita a un presupuesto, o a un recibo justificativo y debido a la naturaleza del negocio no es aconsejable ni realista la exigencia de excesivas formalidades, teniendo como fin no entorpecer la rapidez del negocio debido a la tipología que estos contratos requieren.

En los Contratos no formalizados por escrito el fin perseguido es que el cliente tenga la posibilidad efectiva de conocer no solo la existencia sino también el contenido de las condiciones generales por las que se va a regir el contrato al momento de su celebración.

En el presente caso desde el momento en que el consumidor realizó el pago de reservación de una vivienda de la sociedad demandante, y éste extendió un recibo por la cantidad de quinientos dólares, en la que se especificaba el número de la casa, el tipo de vivienda y la dirección, y un formulario que consigna datos generales de la vivienda que reservó, como el tipo de vivienda, el área de construcción, la reservación que efectuó, precio de la venta, la prima y otros datos de importancia, hubo un acuerdo privado verbal de adquirir un bien, una intención de formalizar un negocio, existió consentimiento entre las partes, un acuerdo de voluntades, un compromiso entre el consumidor y el proveedor, para una de las partes entregar la casa y el otro de recibirla.

En razón de lo anterior se puede considerar que se configuró un contrato preparatorio que tiene por objeto la celebración posterior de un contrato de compraventa comprometiéndose ambas partes a perfeccionarlo y hacerlo definitivo en un momento posterior, por lo que ya contiene todos los elementos esenciales, posponiendo solo el comienzo de sus efectos, en este caso se termine de construir la vivienda.

Cuando las Agencias Mobiliarias, se obligan a entregar una vivienda en proyecto o en construcción, una vez terminada ésta a cambio de un precio constituye una modalidad

especial de la compraventa de cosa futura, este tipo de compraventa tan frecuente hoy en día ofrece especiales características en los supuestos en los que el comprador anticipa pagos parciales del precio para poder adquirir algún tipo de vivienda.

Del contenido del expediente administrativo se deduce que el consumidor, entregó a la demandante, la cantidad de quinientos dólares en concepto de reservación de una vivienda, por lo que si existió una entrega de dinero, para poder adquirir el bien.

Al revisar el expediente administrativo se constata que efectivamente la sociedad demandante, aun no había entregado la casa, la sociedad demandante expuso sus razones al no entregar el inmueble manifestando que no podía realizar la casa con las condiciones que menciona el consumidor, porque esto le ocasionaría un perjuicio grande, debido a que esto afectaría normas constructivas y ocasionaría un costo excesivo.

Es importante aclarar que la entrega de un producto, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio constituye una obligación, cuando ha existido un acuerdo entre las partes. Sin embargo, al analizar el sentido de la norma se ve que ésta menciona situaciones en las cuales no podrá cumplirse con la obligación adquirida y menciona tres causas, por fuerza mayor o caso fortuito, por causas imputables al proveedor así como también por causas imputables al consumidor.

Al aplicar la ley en el caso en concreto la sociedad demandante, y en base al principio *iura novit curia*, se constata que los hechos acaecidos, encajan en el supuesto previsto por el legislador en el artículo 23 literal b) de la Ley de Protección al Consumidor, y por lo tanto como consecuencia de lo sucedido la autoridad demandada debió resolver que el proveedor devolviera la cantidad de dinero recibida en concepto de derecho de reserva más el recargo del cinco por ciento.

Si bien es cierto el objetivo de la Ley de Protección al Consumidor era proteger los derechos de los consumidores, la Administración Pública tuvo que haber ajustado su actuación a los parámetros establecidos en la ley.

Al estudiar los hechos que acaecieron en sede administrativa se determina que no tenía aplicabilidad el artículo 22, pues los hechos acaecidos no se acoplan a los presupuestos exigidos en la referida disposición.

En razón a lo anterior este Tribunal concluye que el acto emitido el dieciocho de agosto de dos mil cinco, por el Ministerio de Economía a través de la Dirección General de Protección al Consumidor es ilegal, por haber sancionado al administrado en

incumplimiento del principio de tipicidad que rige en materia administrativa sancionadora.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 155-2006 de fecha 16/07/2009)

Relaciones:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Ref. 55-2007 de fecha 24/07/2009

RECURSO DE REVISIÓN EN EL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA

REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

"3.1. Sobre la inadmisibilidad del recurso de revisión.

[..] La sociedad demandante señala como las causas de ilegalidad de la resolución que declaró inadmisibile el recurso de revisión: (i) la errónea interpretación de la Ley al establecer que supuestamente no se acreditó la calidad requerida para interponer el recurso en mención; (ii) que no es un requisito establecido por la Ley, que para interponer el recurso administrativo relacionado, debe de llevar firma y sello de abogado director; y, (iii) que la administración interpreta de forma errónea la Ley al exigir que se adjunte la documentación de respaldo que sustente el recurso.

Por su parte, la autoridad demandada sostiene que la parte demandante no tenía ninguna razón *"que diera como la pauta para que interpusiere el Recurso de Revisión"*, además de no cumplir con los requisito de formalidad estipulados en la Ley de conformidad al artículo 78 inc. 2° de la LACAP.

El artículo 76 de la LACAP, establece que *"de toda resolución pronunciada en los procedimientos de contratación regulados por esta Ley, que afectaren los derechos de los particulares, procederá el recurso de revisión, interpuesto en tiempo y forma"* (subrayado suplido).

Seguidamente, el artículo 77 del mismo cuerpo normativo, establece los requisitos *liminares* que se deben de cumplir en la interposición del recurso bajo estudio, a saber: (i)

presentarse por escrito; (ii) ante el funcionario que dictó el acto; y, (iii) dentro del término de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación.

Por su parte, el art. 78 de la normativa en comento, nos indica el contenido del recuso de revisión antes referido, cuando establece que "*el recurso se interpondrá con indicación precisa de las razones de hecho y de derecho que lo motivaron y de los extremos que deben resolverse.*

Si el recurso no fuere presentado en tiempo y forma, será inadmisibile mediante resolución razonada, contra la que no habrá recurso". (subrayado suplido).

Este último inciso, es en el que la autoridad demandada basa el acto administrativo por medio del cual rechazó *in limine* el recurso de revisión.

En los artículos siguientes, se detalla el procedimiento a seguir para la tramitación del recurso de revisión, luego de haber sido admitido el mismo. Con lo que, los requisitos señalados con anterioridad, son los únicos que determina la Ley especial de la materia para el examen *liminar* del mismo. [...]

Con lo anterior, esta Sala comprueba que la sociedad actora, al interponer el recurso de revisión, cumplió con todos los requisitos que regula el artículo 76 antes señalado.

Ahora bien, este Tribunal ha revisado de forma exhaustiva el requisito contenido en el art. 77 de la LACAP, es decir, que en el recurso se deberá indicar de forma precisa las *razones de hecho y de derecho que lo motivaron así como los extremos que deben resolverse*; y tanto de los argumentos planteados por la sociedad demandante como del discurso que se desprende del recurso de revisión interpuesto, se pueden comprender claramente las razones de hecho y de derecho que motivaron la interposición del recurso en referencia, proporcionando a la autoridad demandada, los extremos que debía resolver, los cuales atendían al cumplimiento de las formalidades prescritas en el art. 53 de la LACAP.

Por consiguiente, del mismo modo se comprueba que la demandante cumplió con el requisito regulado por el artículo *supra* citado.

ACREDITACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL

La autoridad demandada también argumenta que fundamentó el rechazo del recurso en el hecho que quien lo presentó, no se encontraba acreditado para realizarlo.

Si bien es cierto que la legitimación en sede administrativa no requiere los mismos requisitos que en la sede jurisdiccional, no se puede restar valor a la misma, sobre todo cuando no se encuentre fehacientemente determinada dentro del procedimiento.

La legitimación dentro de un procedimiento, alude a una especial condición o vinculación de uno o varios sujetos con un objeto litigioso determinado, que les habilita para comparecer, individualmente o junto con otros, en un proceso concreto. En definitiva, la legitimación procesal es la regulación que hace la ley respecto de las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del procedimiento.

Siguiendo este mismo orden de ideas, si bien es cierto que lo que conocemos como legítima contradicción, no es necesario demostrarla fehacientemente *in limine litis*, sino que basta con el hecho de la denominada "autoatribución" de la titularidad del derecho violado, finalmente, siempre será imprescindible comprobar la vinculación directa con el objeto litigioso.

En el presente caso, esta Sala constata, que la persona que suscribió el escrito que contiene el recurso tantas veces dicho, lo hizo manifestando que actuaba en su calidad de administrador único y representante legal de la sociedad demandante, razón por la cual, no es sostenible el argumento esgrimido por la autoridad en referencia, como criterio para rechazarlo de inmediato y de forma *liminar*. En todo caso, la Administración Pública debe procurar el acceso a los recursos que tiene el administrado, en motivo de su propia autotutela, actuando de forma diligente, y utilizando los mecanismos legales pertinentes para procurar dicho acceso.

VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CUANDO LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SOLICITA AL ADMINISTRADO MÁS REQUISITOS QUE LOS EXPRESAMENTE SEÑALADOS EN LA LEY

Otra de las razones que motivaron al rechazo del recurso, radica en que la Administración Pública, exigió al administrado que el escrito debía llevar firma y sello de abogado director, además de la documentación de respaldo que sustente al mismo.

En primer lugar, es de importancia establecer que, ni la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública ni su Reglamento, hacen una remisión al Derecho Común, por el contrario, acentúa la especialidad de la misma. En consecuencia, si ya la Ley especial regula de forma clara y específica los requisitos que se deben de cumplir para la interposición del recurso, la Administración Pública no puede, ni debe constituir cargas que perjudiquen al administrado, y, sobre todo, que limiten su derecho a un debido procedimiento en el que puedan ejercer su derecho constitucional de audiencia y defensa. Por consiguiente, si las Leyes especiales aplicables al caso controvertido, no requieren que la interposición del recurso de revisión deba llevar firma y sello de abogado director, la autoridad demandada, de conformidad al principio de legalidad, no puede exigirle al administrado la firma y sello de abogado director.

En el mismo sentido, no puede, dentro de un examen "*liminar*" calificar si un recurso cuenta con la documentación de respaldo pertinente. De cualquier manera, es responsabilidad del administrado la forma que decida fundamentar su recurso, lo que será objeto única y exclusivamente de la correspondiente resolución de fondo que deberá pronunciarse después de seguir el procedimiento legalmente establecido.

De conformidad a lo anteriormente detallado, esta Sala ha comprobado que [la autoridad demandada], al emitir la resolución en la que declaró inadmisibile el recurso de revisión interpuesto por la sociedad demandante, impidió que la misma, tuviera acceso a los informes que contienen los resultados de adjudicación, irrespetando los presupuestos contenidos en la Ley, violentando con ello los principios y las disposiciones señaladas por la parte actora, con lo que, procede declarar la ilegalidad de la misma.

Ante tal situación, es necesario resaltar, que [la autoridad demandada] ha sido negligente al rechazar *in limine* el recurso de revisión interpuesto por la sociedad actora, con lo que, ha incumplido deliberadamente el principio de legalidad, que conforme al artículo 86 de la Constitución, está sometida al mismo. En razón de lo anterior, esta Sala exhorta a la autoridad mencionada, a ser más diligente en los actos administrativos que emita con posterioridad.

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL CONTENCIOSO SUBJETIVO

Ahora bien, con anterioridad, este Tribunal adoptó la Teoría del proceso contencioso objetivo y, con base a la misma, en casos como el presente, correspondía únicamente

declarar la ilegalidad del acto que resolvía el recurso y devolver el asunto al órgano competente para reponer el procedimiento.

Sin embargo, en la actualidad, la Sala acoge la teoría del contencioso subjetivo o de plena jurisdicción, en donde el proceso que se ventila ante este Tribunal es un auténtico proceso entre partes, en donde se pueden alegar y controvertir plenamente los hechos acaecidos en sede administrativa, inclusive incluyendo nuevos argumentos que permitan a ambas partes, bajo el principio de igualdad, ejercer plenamente su derecho de defensa.

Por lo que, tomando en consideración que la Jurisdicción Contencioso Administrativa no es únicamente un mero revisor de lo actuado en sede administrativa, sino que en ella se origina un verdadero proceso, instituido en los postulados del principio de economía procesal y tutela judicial efectiva, y, superando la postura del carácter revisor de esta Sala, en este caso en particular, se procederá a analizar el argumento de ilegalidad esgrimido por la actora ante esta Instancia, en cuanto al acto administrativo originario emitido por [la autoridad demandada], por medio del cual, se adjudicó el proyecto "Electrificación Rural, Caserío La Loma, Cantón Llano El Coyo, El Tránsito, San Miguel", a favor de la sociedad [...] para determinar finalmente si dicho acto adolece de las ilegalidades esgrimidas por la sociedad demandante, con lo que, se pretende reestablecer los derechos violados a dicha sociedad, producto de tal inadmisión.

3.2. Sobre la omisión de leer en voz alta el monto oficial o presupuesto oficial de la obra.

IMPOSIBILIDAD DE CONSIDERAR ILEGAL EL ACTO ADMINISTRATIVO POR OMISIONES QUE NO GENERAN UNA LIMITACIÓN REAL EN LA ESFERA JURÍDICA DEL ADMINISTRADO

La sociedad demandante aduce como único motivo de ilegalidad de la resolución de adjudicación del proyecto relacionado, el hecho que en el acto de apertura de oferta no se hizo pública la oferta económica de cada uno de los participantes, con lo que, se ha violentando con ello el art. 53 de la LACAP, 47 del RLACAP y 23 de la Constitución.

El art. 53 en referencia, regula las reglas a seguir en acto de apertura pública de las ofertas, cuando establece: "*en el acto de apertura pública, el representante de la UACI*

procederá a abrir los sobres en el lugar, día y hora indicados en las bases de licitación o de concurso, en presencia de los ofertantes que deseen asistir y cuyas ofertas hayan llegado a tiempo. Las ofertas recibidas extemporáneamente y las que no presenten la Garantía de Mantenimiento de Oferta, quedarán excluidas de pleno derecho.

Concluida la apertura se levantará un acta en la que se hará constar las ofertas recibidas, las garantías, así como algún aspecto relevante de dicho acto". (Subrayado suplido).

La parte actora sostiene que el representante de la UACI omitió leer en voz alta el monto oficial o presupuesto oficial, ya que según las bases de licitación en lo relativo al apartado "precio", cuando se presente de tres a siete ofertas, se incluye el presupuesto oficial como una oferta más, y ello no se hizo constar en el acta respectiva, pues en el momento de la lectura de precios, es cuando los concursantes verifican si sus propuestas se apegan al monto o propuesta oficial requerida.

Corren agregadas de folios 41 y siguientes del expediente administrativo relacionado con el presente proceso, las bases de licitación relativas al proyecto que se discute, y, efectivamente en el apartado 1.0 "Precio" (Fs. 49 del expediente administrativo, se constata lo sostenido por la parte actora, cuando se establece que con el objeto de obtener un precio justo se tomará el mejor precio: *1. Cuando se presentan de 3 a 7 ofertas: paso 1 se incluye el presupuesto oficial como una oferta más*".

Mientras que a folios 192 del expediente administrativo, consta el acta de apertura de ofertas, en donde se plasman los nombres de los ofertantes, que sí cumplieron con la garantía de mantenimiento de oferta y con la oferta económica.

En este punto, caben destacar dos aspectos importantes: (i) que en las bases de licitación, en el apartado relativo a la presentación de las ofertas (fs. 46) se expresa con claridad que las mismas serán bajo el sistema de oferta económica y "técnica", es decir, que el precio no era el único aspecto determinante para la adjudicación; y, (ii) que en el acta de apertura de oferta, se hicieron constar los aspectos que regula el artículo 53 antes detallado, y, la parte final del mismo, no obliga a la Administración Pública, a "leer en voz alta" el monto oficial presupuestario.

En todo caso, dicha omisión no implica una limitación real y efectiva en la esfera jurídica del administrado, ya que, tal y como él mismo lo indica, el objetivo es únicamente especular sobre cuál es el monto ofertado que más se acerca al monto oficial, y, como ya se dijo, en esta licitación pública en particular se establecía que no solo se tomaría en cuenta el precio, sino también la valoración de aspectos técnicos. Dicha valoración, la

debe realizar la Administración con posterioridad al acto público de apertura de ofertas, tal y como lo establece la Ley.

Con lo que, esta Sala estima que [la autoridad demandada], al no leer "en voz alta" el monto del presupuesto oficial, no ha violentado el art. 53 de la LACAP, 47 del RLACAP y 23 de la Constitución, ni ha quebrantado la igualdad y equidad en la competencia entre los ofertantes."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 228-2006 de fecha 15/12/2009)

RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LA LICITACIÓN PÚBLICA

En razón de lo anterior es pertinente retomar lo que esta Sala ha sostenido en diferentes oportunidades, en cuanto a que los recursos son los instrumentos que la ley provee para la impugnación de las resoluciones, a efecto de subsanar los errores de fondo o de forma en que se haya incurrido al dictarlas. Constituyen entonces, una garantía para los afectados por actuaciones de la Administración, en la medida que les asegura la posibilidad de reaccionar ante ellas, y eventualmente, de eliminar el perjuicio que comportan.

Para hacer efectivo el referido control, la ley crea expresamente la figura del recurso administrativo como un medio de defensa para deducir, ante un órgano administrativo, una pretensión de modificación o revocación de un acto dictado por ese órgano o por un inferior jerárquico.

El doctrinario Daniel Gómez Sanchís, respecto a los recursos administrativos ha sostenido que, *"es el remedio con que cuenta el administrado titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo para impugnar un acto administrativo que lo afecta, a fin de obtener su modificación, sustitución o revocación, ya sea por el mismo órgano que lo dictó o por uno superior"* (Daniel Gómez Sanchís y otros; MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Depalma).

Es decir, que los recursos administrativos se convierten en la vía utilizada por los administrados para solicitar a la Administración Pública la modificación de una resolución administrativa que afecta su esfera jurídica, y que se considera ilegal. En consecuencia, la finalidad de los mismos es que la Administración procure dar una respuesta del fondo de

lo controvertido por el administrado y no enfrascarse en meros formalismos para no resolver la petición. [...]

La Administración Pública [...] se pronunció en el sentido de no admitir el recurso de revisión interpuesto por la [demandante], por considerar que dicho recurso no se presentó en forma según lo establecido en la LACAP y su reglamento, ya que en el escrito contentivo del recurso la descripción del código 707085 difiere de lo licitado en esa gestión de compra, pues el recurrente especificó que consiste en *"Gases arteriales c/jeringa de autollenado c/heparina sólida c/algodón, yodo, c/venda autoadhesiva c/gasa, aguja de 23G. x 1" c/ identificación para jeringa empaque individual esteril"* y de acuerdo a lo licitado por la Administración Pública, dicho código consistía en *"Gases arteriales c/jeringa de autollenado c/heparina sólida c/alcohol, yodo, c/venda auto adhesiva c/gasa, aguja de 23G. x 1 " c/ identificación para jeringa"*.

En razón del anterior error la Administración Pública consideró que no se cumplió con los requisitos de forma que exige la LACAP por lo que declaró inadmisibile el recurso.

De conformidad a lo que regula el artículo 77 de la LACAP, los requisitos de admisión del recurso son: que se interponga por escrito; ante el funcionario que dicto el acto que se recurre; dentro del plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente a la notificación del acto recurrido; que se indiquen las razones de hecho y derecho que lo motivan (es decir señalando los hechos que se consideran irregulares dentro del procedimiento, su base legal y cómo le afecta su esfera jurídica); y que se haga una petición concreta. De no cumplirse con alguno de los señalados requisitos el recurso deviene en inadmisibile.

De la revisión del escrito mediante el cual se planteó el recurso se establece que el administrado cumplió con los requisitos de admisión planteados por la LACAP, el error en la descripción del código 707085, no constituye un error de forma en la presentación del recurso, ya que quedó establecida claramente la pretensión del recurrente, respecto a su inconformidad con la adjudicación del referido código. El argumento dado por la Administración para no entrar al fondo del asunto evidentemente ha vulnerado el derecho de defensa del administrado, en tanto se le imposibilitó de reaccionar ante un acto jurídico - resolución administrativa — que no le era favorable.

En consecuencia de lo anterior, por ser los recursos administrativos una garantía para el particular, desde una interpretación finalista, los requisitos formales no pueden convertirse en obstáculos para la admisión de un recurso, cuando no son valorados acorde

con su razón de ser y finalidad, y además, contraria a la protección de los derechos fundamentales.

Ha de tenerse en cuenta que si el legislador ha instituido un sistema de recursos, la Administración debe potenciar su utilización, y no vedar el acceso a los mismos bajo interpretaciones restrictivas o formalistas.

Es así que en el caso en estudio, se ha constatado que el escrito de interposición cumplía con los requisitos necesarios que guían la existencia de los recursos administrativos, cual es exponer la inconformidad del recurrente con una clara finalidad impugnativa del acto mediante el cual se adjudicó parcialmente el código 707085 a [...], y se declaró desierto el resto de la licitación de dicho código. Los elementos que en el referido recurso se expusieron, cumplían con las exigencias legales, por lo que procedía su admisión, tramitación y la obligación de emitir una resolución del fondo de la inconformidad planteada por el recurrente.

De lo anterior se evidencia que hay un error en el procedimiento realizado por el Consejo Directivo del ISSS, lo que irrespeta los Derechos a un Debido Proceso, Audiencia y de Defensa de la demandante de conformidad a lo regulado en el artículos 11 y 14 de nuestra Carta Magna y la normativa administrativa pertinente. Consecuentemente dicha actuación se encuentra revestida de ilegalidad."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 158-2006, de fecha 21/09/2009)

RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL

SANCIÓN DE DESTITUCIÓN POR LA COMISIÓN DE FALTAS DISCIPLINARIAS GRAVES

La parte actora pretende que se declare la ilegalidad de las resoluciones pronunciadas, en su orden, por los Tribunales Nacional Disciplinario, ahora Disciplinario Nacional, y de Apelaciones de la PNC. La primera que lo sanción con suspensión de su cargo sin goce de

suelo por un período de ciento ochenta días, por la comisión de faltas disciplinarias graves; y la segunda que revocó la anterior decisión y le impuso la sanción de destitución.

El actor alega que se le ha violentado el derecho a la seguridad jurídica porque la sanción que le fue impuesta por el Tribunal Nacional Disciplinario, ahora Disciplinario Nacional, y, con posterioridad, modificada por una más grave por el Tribunal de Apelaciones, tiene su fundamento en el Reglamento Disciplinario de la PNC, que correspondía a la anterior Ley Orgánica de la PNC, sustituida por una nueva Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil, promulgada mediante el decreto legislativo número 653, publicada en el Diario Oficial número 240, tomo 353, del diecinueve de diciembre de dos mil uno.

El artículo 37 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil de El Salvador establece que se deroga la anterior Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil, asimismo, cualquiera otra disposición que contrarie las contenidas en dicha ley. Por ende, afirma el actor, al juzgarlo conforme al Reglamento Disciplinario de la PNC se configuró la transgresión alegada porque quedó derogado por una nueva Ley Orgánica.

La seguridad jurídica, como derecho fundamental, se ha entendido como la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente.

En el caso bajo análisis, en el número 2 de la letra B, considerando I, de esta sentencia, se ha relacionado la normativa aplicable.

No se puede estimar, como expresa el demandante, que se infringió el derecho a la seguridad jurídica ya que la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil de El Salvador estatuye con claridad:

- a) que deroga la anterior Ley Orgánica y cualquier otra disposición contraria a lo que regula (artículo 37); y,
- b) que entre tanto no se emitan los nuevos reglamentos, seguirán vigentes los existentes en esa fecha (artículo 35).

Las disposiciones legales del Reglamento Disciplinario de la PNC, aplicadas al resolver los actos impugnados, no son contrarias al objeto normativo de la Ley Orgánica. Tampoco se ha emitido un nuevo reglamento que sustituya el anterior. De ahí que al pronunciar las resoluciones controvertidas las autoridades demandadas no violentaron el derecho alegado; por tanto, no es procedente estimar las alegaciones del demandante sobre dicha transgresión.

Indica el demandante que el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil - derogado por la Ley Disciplinaria Policial (Decreto Legislativo número 518, del veinte de diciembre de dos mil siete, publicada en el Diario Oficial número 10, tomo 378, del dieciséis de enero de dos mil ocho)- establecía que el Tribunal de Apelaciones fue creado únicamente con la facultad de conocer de los recursos de apelación incoados contra las sanciones de remoción o destitución.

Sobre tales alegaciones es pertinente denotar que el Tribunal de Apelaciones afirmó, al contestar los traslados de ley, considerando I, letra A, número 5, letra b), que el artículo 19 de la Ley Orgánica de la PNC (ya derogado) enlistaba diferentes sanciones disciplinarias y que las que indicaba en los números del 4 al 7 deberían ser conocidas en apelación por el Tribunal de Apelaciones, conforme al artículo 20 (también ya derogado) del mismo cuerpo normativo. Aduce, además, sobre este cuestionamiento, que esa interpretación es restrictiva.

Asimismo, a su juicio, debe entenderse que el antes citado artículo 20 de la Ley Orgánica de la PNC recogía el verdadero espíritu del legislador de que el Tribunal de Apelaciones conozca de las sanciones aludidas, ya que lo contrario generaría una anarquía administrativa en materia disciplinaria. Al hacerse una interpretación integral de ese cuerpo normativo incorporando a la misma el inciso penúltimo del artículo 21 -ya derogado-, que rezaba que la sentencia sólo admitía recurso de apelación para ante el Tribunal de Apelaciones, se clarifica que sí es competente para conocer del recurso.

En relación con lo argumentado por las partes se evidencia que, en efecto, el señalamiento que realiza el actor sobre la incompetencia del Tribunal de Apelaciones para conocer del recurso planteado, además de ser restrictivo, no se encuentra en armonía con la interpretación integral de la Ley Orgánica de la PNC.

Si el demandante estaba seguro de su aserto, no debió interponer el recurso de apelación para ante el Tribunal de Apelaciones, cuyo resultado cuestiona, sino que después de ser sancionado por el Tribunal Nacional Disciplinario, ahora Disciplinario Nacional, debió incoar la demanda respectiva ante esta Sala.

En consecuencia, es procedente desestimar las alegaciones del demandante sobre la falta de competencia del Tribunal de Apelaciones para conocer del recurso presentado.

Expresa el demandante que el Tribunal de Apelaciones demandado transgredió el principio nec reformatio in peius al imponerle una sanción más grave de la que él apeló, ya que conforme ese principio, en vía de recurso, el administrado no puede verse perjudicado con una resolución más gravosa que aquella de la cual recurre.

Al examinar lo afirmado por el Tribunal de Apelaciones en los considerandos del acto controvertido, se denota que luego de detallar toda la prueba (romano III), en el romano IV, señala que hay suficiente prueba documental y testimonial para establecer la falta alegada de conformidad con las reglas de la sana crítica. En el romano V, valora lo aseverado por el demandante sobre el instructor nombrado para tramitar el expediente disciplinario. En el romano VI, evalúa y desestima lo alegado por el defensor del demandante sobre la irregularidad observada en la fecha del recurso presentado por el delegado del Inspector General. Finalmente, en el romano VII, expone las razones por las cuales modifica la sanción de suspensión del cargo sin goce de sueldo e impone la de destitución « (...) por haber detectado circunstancias que motivan a modificar la sanción de suspensión del cargo».

El referido Tribunal afirma, en la letra a) del romano VII, que no se ha violentado el principio *nec reformatio in peius* porque tal principio atañe al fallo relacionado con la apelación verificada por una de las partes, pero si dos partes apelan -en virtud del principio de congruencia- la sentencia debe circunscribirse a lo alegado por ambas partes.

Por otra parte, en nuestro derecho positivo salvadoreño, el artículo 1026 del Código de Procedimientos Civiles establece que las sentencias definitivas se circunscribirán precisamente a los puntos apelados y a aquellos que debieron haber sido decididos y no lo fueron en primera instancia, no obstante haber sido ventilados y propuestos por las partes.

El principio *nec reformatio in peius* contribuye, además, al desarrollo del principio de seguridad jurídica, puesto que al impedir que el Tribunal de alzada modifique -en perjuicio del recurrente- puntos que no han sido alegados, lo protege en su situación jurídica adquirida, brindándole seguridad en relación con la esfera de sus derechos y fomentando, asimismo, el acceso a la segunda instancia, ya que con ello se puede lograr una modificación de la sentencia de primera instancia favorable a su pretensión pero no una más gravosa.

En virtud de lo anterior, el principio *nec reformatio in peius* implica una prohibición al tribunal de alzada de empeorar la condición o situación de quien interpuso la apelación. Por ende, la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del apelante siempre que no apele la otra parte.

En el caso cuestionado, visto que apeló tanto el delegado del Inspector General de la PNC como el demandante, las alegaciones formuladas por el demandante respecto de la transgresión al principio analizado no pueden considerarse legítimas, ya que se denota

que se verificó un análisis de la prueba instrumental y testimonial conforme a los principios de la sana crítica, con base a los cuestionamientos de ambas partes. Por ende, deben desestimarse las alegaciones planteadas sobre este punto.

De acuerdo a las consideraciones expuestas, este Tribunal concluye que los argumentos de ilegalidad invocados por el actor carecen de eficacia y, por lo tanto, las decisiones de la Administración se han dictado conforme a derecho.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 29-2005 de fecha 17/07/2009)

SANCIÓN DE SUSPENSIÓN SIN GOCE DE SUELDO

El demandante impugna las resoluciones emitidas por: a) el Tribunal Disciplinario Metropolitano de la Policía Nacional Civil, en la cual resolvió sancionar al demandante con destitución del cargo como Agente de la Policía Nacional Civil; y b) el Tribunal de Apelaciones -ahora Primero de Apelaciones- de la Policía Nacional Civil, que revoca la anterior resolución y lo sanciona con noventa días de suspensión del cargo sin goce de sueldo.

Los motivos de ilegalidad alegados por el demandante con respecto a los actos administrativos impugnados, son las violaciones al Principio de Legalidad, artículo 12 de la Constitución de la República; al Debido Proceso; al Principio de nullum crimen nullum poena sine previa (sic) lege; y Principio de Imputación.

Previo a entrar a valorar los puntos controvertidos es necesario tener en cuenta que la finalidad del proceso contencioso administrativo, luego de analizar el acto o los actos adversados respecto a la ley aplicable, es que en sentencia definitiva se declare la legalidad o ilegalidad de los mismos, dependiendo de la coincidencia de la actuación administrativa en relación a la norma jurídica que se considera vulnerada; sin embargo, es conveniente señalar que existen en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, requisitos ineludibles que deben cumplirse para que proceda la pretensión contencioso administrativa.

Debe dejarse claro, que en virtud a la atribución de funciones, este Tribunal no constituye una vía para suplantar a la Administración Pública en los casos en que ella no ha resuelto;

sino, un ente contralor de los actos sujetos a su revisión. Es decir, este Tribunal carece de competencia para conocer de los argumentos esgrimidos en su oportunidad a las autoridades demandadas y que ella no resolvió, ya que en caso de hacerlo estaría sustituyendo a la Administración Pública en el procedimiento de formación de actos administrativos, cometiendo con ello una infracción de carácter legal.

En razón a lo anteriormente expuesto se advierte, que el estudio a realizar se ajustará únicamente a examinar la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos impugnados, - objeto del presente juicio contencioso- lo que implica, que para su análisis, excluirá todas aquellas manifestaciones expuestas por el actor que no guarden relación con el mismo.

Corolario de la identidad de la potestad penal de la judicatura y la sancionadora de la Administración, es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Por esa razón, tradicionalmente se habla de la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, obviándose referencia a su identidad matriz.

Resulta pues que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Sabido es que existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho, aunque ello no debe inhibir a la Administración de la aplicación de los principios rectores del ius puniendi al ámbito administrativo sancionador, pues estos tienen origen primordialmente en la norma fundamental. Puede de esta manera afirmarse sin ambages, que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal encauzando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados.

El principio de legalidad es un principio fundamental del Derecho Público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley, de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas. Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica.

Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho Público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él, el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

En íntima conexión con este principio, la institución de la reserva de Ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo. Por lo tanto, son materias vedadas al reglamento y a la normativa emanada por el Poder Ejecutivo. La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder legislativo, refleja la doctrina liberal de la separación de poderes. Recibe un tratamiento dogmático especial en el Derecho Administrativo, el Derecho Tributario y el Derecho Penal.

DEBIDO PROCESO

El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

PRINCIPIO DE NULLUM CRIMEN NULLUM POENA SINE PREVIA LEGE

Este Principio es una frase en latín, que se traduce como "Ningún delito, ninguna pena sin ley previa", utilizada en Derecho Penal para expresar el principio de que, para que una conducta sea calificada como delito debe estar establecido como tal y con anterioridad a la realización de esa conducta.

PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN

Por este Principio entendemos que es la base esencial para el ejercicio del derecho de defensa. Sin una adecuada descripción de los hechos y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, no es posible suponer que existen las condiciones necesarias para que la persona a quien se le somete a un proceso ó procedimiento como presunta responsable, pueda defenderse adecuadamente, con la evidente infracción al debido proceso. De todo lo expuesto se tiene que es claro que los elementos esenciales para atribuir a una persona la comisión de un delito deben estar contemplados en la imputación para legitimar de esta forma el ejercicio del poder represivo del Estado.

Con respecto a la violación al Principio de Legalidad, se ha observado en el expediente que las autoridades demandadas iniciaron siguieron y finalizaron el procedimiento sancionador, respetando lo que la norma vigente al momento de dictarse el acto administrativo les obligaba; es decir, las autoridades administrativas demandadas con las resoluciones emitidas se apegaron al marco regulatorio establecido, el cual era la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil y su Reglamento vigentes al momento de dictarse el acto administrativo, acotamos que el proceso administrativo fue iniciado y llevado ante las dependencias que el Reglamento de la Policía Nacional Civil vigente al momento de dictarse el acto administrativo establecía, así mismo las autoridades dieron cumplimiento al requerimiento y demás etapas procesales establecidas en el mismo Reglamento, hasta las Sentencias definitivas, y por lo anterior se concluye que no existió violación a este Principio tal como ha sido alegado por el demandante.

Con respecto a la Violación al Debido Proceso, las autoridades demandadas al cumplir con el marco regulatorio [como se ha dejado establecido], ofrecieron las garantías mínimas para que el demandante, pudiera ejercer sus derechos, tal como el de defensa, pilar constitucional fundamental de garantías que debe poseer toda persona a quien se le inicia un proceso o procedimiento administrativo, como se ha dejado constancia en los párrafos precedentes, el demandante fue legalmente notificado de cada una de las etapas procesales llevadas en la sede administrativa, teniendo el demandante la oportunidad real y verdadera de defenderse, no existiendo violación a este Principio tal como ha sido alegado por el demandante.

Con el alegato vertido de que existió violación al Principio de nullum crimen nullum poena sine previa (sic) lege, esta Sala comparte lo expuesto por el Tribunal Disciplinario Metropolitano de la Policía Nacional Civil, en el sentido de que la Sala de lo Constitucional de esta Honorable Corte Suprema de Justicia, ya emitió pronunciamiento al respecto del artículo 35 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, vigente al momento de dictarse el acto administrativo, ante esta situación manifiesta: "Esto es así, debido a que

los motivos en los que fundamenta la transgresión a algunas categorías constitucionales, son desvirtuados mediante el mismo texto de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil de El Salvador que establece, en su artículo 35, "(...) un plazo de ciento veinte días para la emisión de los reglamentos de la presente ley (...)", refiriéndose únicamente al Reglamento de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil de El Salvador, el cual fue emitido mediante Decreto Ejecutivo número 82, con fecha veinticinco de septiembre de dos mil dos, y que estipula, en su artículo 40, que "la destitución y la remoción solamente procederá de conformidad a lo establecido en el Reglamento Disciplinario", por lo que es posible advertir que éste, al igual que la Ley de la Carrera Policial y el Reglamento de la Inspectoría General de la Policía Nacional Civil, nunca han sido derogados, como lo alega la parte actora". En consecuencia concluimos que no ha existido la violación alegada por el demandante.

Por último y con respecto al Principio de Imputación, esta Sala advierte que en el requerimiento debidamente notificado al demandante se le hizo una adecuada descripción de los hechos y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, haciéndole ver como presunto responsable de la falta grave establecida en el Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil vigente al momento de dictarse el acto administrativo, dando vida con ello a que el demandante se defendiera adecuadamente de la falta que estaba siendo acusado como presunto responsable, por lo anterior también llegamos a la conclusión de que no hubo violación a este Principio tal como lo alega el demandante.

Por todo lo antes expresado, este Tribunal concluye que en el caso de autos no ha habido por parte de las autoridades demandadas vulneración a los derechos invocados por el actor. Por el contrario, su pretensión se traduce en una mera inconformidad respecto de la resolución dictada por la misma, que lo sanciona con la suspensión de noventa días sin goce de sueldo, del cargo que tenía como agente de la Policía Nacional Civil.

En razón de todo lo anterior, esta Sala considera que el Tribunal Disciplinario Metropolitano y el Tribunal de Apelaciones -ahora Primero de Apelaciones- ambos de la Policía Nacional Civil; actuaron de forma legal respetando los principios y garantías alegados por el demandante, llegando a la sanción de este último con suspensión de noventa días sin goce de sueldo, de su cargo de agente de la Policía Nacional Civil.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 170-2005 de fecha 28/08/2009)

REGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA DESTITUCIÓN DE UN EMPLEADO PÚBLICO MUNICIPAL POR CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

"a) Origen del vínculo laboral, régimen de los funcionarios, empleados v trabajadores públicos.

El Estado para la consecución de sus fines necesita la concurrencia de personas naturales, que se denominan *servidores públicos*, entendidos como toda persona que colabora o contribuye a que se lleven a cabo las distintas funciones estatales.

La relación entre los servidores públicos con el Estado (Gobierno Central, Instituciones Oficiales Autónomas o Municipios) puede tener diversos orígenes, ya sea a partir de la celebración de un contrato individual de trabajo, de un acto administrativo de nombramiento o de un contrato de prestación de servicios profesionales o técnicos.

Independientemente como se haya originado el vínculo entre las partes, derivarán derechos y obligaciones entre éstas, los cuales están sujetos a regímenes distintos en dicho sentido ya se ha pronunciado esta Sala en sentencia de fecha nueve de marzo de dos mil seis (referencia: 160-R-2001).

Así, la Ley de Servicio Civil -la cual tiene como finalidad regular las relaciones del Estado y los Municipios con sus funcionarios y empleados, garantizando la protección de éstos— se aplica cuando el nombramiento en un empleo o plaza tenga su origen en un acto administrativo y aparezca específicamente determinado en la Ley de Salarios con cargo al Fondo General, Fondos Especiales de las Instituciones Oficiales Autónomas o de los Presupuestos Municipales.

Mientras que la Ley de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa, -norma de carácter supletorio, dictada por el legislador ante la imposibilidad de aplicar en algunos casos el Código de Trabajo (artículo 2 inciso 1°) y la Ley del Servicio Civil (artículo 4 letra "s")-, regula las relaciones laborales que derivan de aquellos contratos de prestación de servicios profesionales o técnicos, de conformidad con lo que estipula el artículo 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos.

Finalmente, las relaciones laborales que han tenido su origen en un contrato individual de trabajo se regularán por el Código de Trabajo, acorde a lo que establece dicho cuerpo legal en sus artículos 2, del 17 al 28 y del 58 al 60.

Es importante tener en cuenta que los actos sujetos a la Jurisdicción Laboral, *se dictan al amparo de normas de contenido especial, para las cuales existe también una jurisdicción especial, ante la que pueden ventilarse las cuestiones que surjan en relación a tales actuaciones.* De ahí que por el principio de especialidad, dichas actuaciones no constituyen materia de la jurisdicción contencioso administrativa.

b) Situación del demandante.

A folio diecinueve de la fotocopia certificada por notario del expediente administrativo remitido por la autoridad demandada, se encuentra agregado el documento titulado "contrato individual de trabajo", es decir un acuerdo mútuo entre ambas partes trabajador- municipalidad, redactado de conformidad a lo que establece el artículo 23 del Código de Trabajo. Documento en el cual bajo el acápite "I) CARGO A DESEMPEÑAR", se establece que: "El trabajador se obliga a prestar sus servicios a la municipalidad de Mejicanos, desarrollando las actividades para las que ha sido contratado, las cuales pueden ser modificadas previo acuerdo en común de ambas partes y a los intereses de la municipalidad, en este caso desempeñando el cargo de SUBGERENTE FINANCIERO; VIGENCIA. El presente contrato tendrá una vigencia de DOCE MESES, contados a partir del uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil cinco; (...) V) SALARIO A DEVENGAR. La municipalidad cancelará el valor establecido en este contrato mediante pagos mensuales, fijos, sucesivos y vencidos el día último de cada mes por la cantidad de UN MIL UNO 43/100 DÓLARES (...) VIII) DECLARACIÓN DEL TRABAJADOR: El trabajador manifiesta que no desempeña ningún cargo en el Gobierno Central, institución autónoma, ni en otra municipalidad, y que de terminarse la vigencia del presente contrato, el trabajador quedará cesante automáticamente". Finalmente el relacionado instrumento fue suscrito por el representante del Municipio y el señor [demandante].

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

En el caso en estudio, es oportuno aclarar que si bien es cierto el salario del demandante se carga a una cifra del presupuesto municipal, su relación laboral no tuvo origen en un acto administrativo de nombramiento, ni en un contrato de prestación de servicios profesionales o técnico, sino en un contrato individual de trabajo con una duración definida. En ese sentido, en aplicación coherente de la norma, la Municipalidad puede

aplicar legalmente los artículos 55 y siguientes del Código de Trabajo, en el cual el legislador ha previsto la posibilidad de dar por terminada la relación laboral.

Consecuentemente, en el presente caso el marco jurídico bajo cuya tutela se debe someter la controversia suscitada entre el trabajador y el Municipio, es el Código de Trabajo.

En dicho sentido se aclara que de conformidad con el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, este Tribunal extiende su jurisdicción al conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública, siendo entonces la materia objeto de conocimiento las pretensiones que se deducen en ocasión de las relaciones jurídico administrativas entre la Administración Pública y otros sujetos; es decir, en términos generales, las pretensiones fundadas en normas jurídicas de carácter administrativo, entendiéndose por éstas las que regulan la actividad de la Administración cuando actúa en un régimen de prerrogativas, adoptando una posición exorbitante del Derecho común.

De acuerdo con el artículo 2 del Código de Trabajo, los empleados del Estado, Municipios e Instituciones Oficiales Autónomas que no ocupen plazas contempladas en la Ley de Salarios se encuentran sometidos a las regulaciones del Código de Trabajo y tal como ha quedado indicado, el demandante está supeditado a dicho régimen.

Es importante tener en cuenta que los actos sujetos a la jurisdicción laboral, no son realizados a la luz de normas de Derecho Administrativo, sino de normas de contenidos especiales, para las cuales existe también una jurisdicción especial, ante la que pueden ventilarse las cuestiones que surjan en relación a tales actuaciones, no constituyendo entonces tales actos materia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Con el anterior razonamiento, se llega a la conclusión que el procedimiento judicial que el demandante ha utilizado no es el idóneo para discutir la pretensión, por ausencia del derecho sustantivo alegado. Y por lo tanto lo que procede pronunciar es una sentencia inhibitoria, es decir, que no se entrará a conocer el fondo del asunto que ha sido planteado, por ser inepta la demanda. Dejando al demandante su derecho a salvo para discutir por el trámite conecto, la pretensión que se desestima."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Interlocutorias, 63-2006 de fecha 26/10/2009)

SANCIÓN DE REMOCIÓN DEL CARGO DE JUEZ

El actor perfila su pretensión contra la Corte Suprema de Justicia, impugnando el acto mediante el cual se le removió del cargo de Juez Segundo de Instrucción de San Salvador.

El demandante aduce que la Corte Suprema de Justicia lo sancionó por faltar a una responsabilidad que la ley atribuye al Secretario del Tribunal y no al Juez. Señala que el artículo 128 del Código Procesal Penal establece que al Secretario del Tribunal le corresponde disponer la custodia de los objetos secuestrados.

Por su parte, la autoridad demandada aduce que al demandante no se le removió del cargo «exclusivamente por la perdida (sic) del decomiso de ciento ochenta y nueve mil ochocientos colones, si no por negligencia e ineptitud en el cargo y, que parte de esta negligencia fue el no haber dado el adecuado seguimiento a las actuaciones de los subalternos». La responsabilidad administrativa del adecuado funcionamiento del Tribunal -afirma- corresponde al Magistrado o Juez titular según se regula en la Ley de la Carrera Judicial (artículos 8, 9 y 22) y en la Ley Orgánica Judicial (artículos 30, 31 y 34).

La Ley de la Carrera Judicial tiene como objeto, entre otros, regular las relaciones de servicio de los funcionarios y empleados judiciales con el Órgano Judicial, así como los derechos, deberes, beneficios y sanciones disciplinarias aplicables a los miembros de la Carrera Judicial (artículo 1). Dentro de esa categoría de funcionarios judiciales se encuentran los Jueces de Primera Instancia -cargo del cual se removió al demandante-, por lo que dicha norma les es aplicable (artículo 2).

En particular, interesa resaltar que la responsabilidad de la Administración de la Carrera Judicial corresponde a la Corte Suprema de Justicia, a su Presidente, a las Cámaras y a los Jueces (artículo 6). Por mandato legal, entre las actividades comprendidas en la Administración de la Carrera Judicial, se encuentran las relacionadas con la atención y administración de los tribunales [artículo 5, letra g)]. De conformidad con los artículos 8 y 9 del mismo cuerpo legal, será atribución de los Jueces de Primera Instancia, en lo relacionado con su personal subalterno y tribunal respectivo, dictar las medidas administrativas para el mantenimiento del orden y eficiente servicio del Tribunal. Este marco de atribuciones supone el ejercicio de todas las facultades que la Ley de la Carrera Judicial les reconozca, pero también, por supuesto, todas aquellas otras que se encontrasen reguladas en el resto del ordenamiento jurídico [artículo 8 letra e) y 9].

Adicionalmente, la LCJ impone al Juez y a los demás miembros de la Carrera Judicial, los deberes de atender y administrar el tribunal a su cargo con la debida diligencia y desempeñar el cargo con el debido cuidado, eficiencia y responsabilidad [artículo 22, letras b) y g)].

La Ley Orgánica Judicial (LOJ) establece que los Juzgados de Primera Instancia estarán a cargo de un Juez (artículo 59), quien actuará con un Secretario (artículo 73).

Interesa resaltar que entre las obligaciones de los Secretarios de Juzgados, sin perjuicio de la responsabilidad atribuida al Juez, está la de cuidar de los archivos que estén a su cargo (artículo 78, obligación 3a). La LOJ lo designa como jefe inmediato del personal subalterno y le impone el deber de administrar la oficina y, en consecuencia, cuidar que los demás empleados cumplan sus obligaciones (artículo 82).

Del examen de las normas citadas se concluye que el Juez será responsable de la administración de su respectivo juzgado, con facultades para mantener el orden y asegurar un servicio eficiente. Adicionalmente, el Juez tendrá a su cargo la responsabilidad administrativa sobre el resto de empleados del juzgado, a partir de la preeminencia jerárquica legalmente atribuida.

Ello implica que, sin perjuicio de las particulares competencias y obligaciones que la Ley impone al resto de empleados de un juzgado -como es el caso del Secretario, pero también de los colaboradores jurídicos y otros-, la responsabilidad principal recae en la figura del Juez, quien además de la competencia jurisdiccional, tiene atribuidas competencias administrativas en el juzgado a su cargo. Estas competencias lo hacen responsable no sólo de administrar el juzgado en la forma que ordena la ley, sino también de asegurar el debido cumplimiento de los deberes particulares de sus inferiores jerárquicos.

Esta responsabilidad genérica, derivada de la categoría de superior jerárquico que ocupa en la organización del juzgado, no es óbice para que el ordenamiento atribuya funciones específicas a los demás empleados o funcionarios del juzgado y, por tanto, de responsabilidades particulares y claramente diferenciadas dentro del marco de sus atribuciones legales. Tal es el caso de la disposición procesal penal invocada por el actor (artículo 128 del Código Procesal Penal), la cual atribuye la competencia de disponer de los bienes secuestrados al Secretario del Tribunal. Sin embargo, si bien la norma asigna directamente esa responsabilidad al Secretario del Tribunal, esta designación no aparta al funcionario del esquema organizativo ya descrito, pues el Juez es aún el responsable de vigilar porque esta función del Secretario de Actuaciones del Juzgado se cumpla. Aunado a

este deber de vigilancia y control de sus inferiores jerárquicos, el Juez se encuentra en una posición de prevalencia sobre los últimos que bien podría expresarse en acciones u omisiones que impidan la capacidad del inferior jerárquico de realizar su función.

De ahí que resulta que la posición jerárquica superior en la organización del Juzgado a su cargo, coloca al Juez en una situación jurídica de máxima responsabilidad administrativa en el juzgado a su cargo, la cual comprende un deber objetivo de velar inclusive respecto al trabajo de sus inferiores jerárquicos, sin perjuicio de las particulares acciones u omisiones que pudieran caber a estos últimos que excedan el razonable ejercicio de los deberes del Juez.

En el caso sub júdice, el actor estaba a cargo de la administración del Juzgado Segundo de Instrucción de San Salvador, y al ser responsable en grado superior de esta función también lo era de vigilar que sus inferiores jerárquicos cumplieran sus respectivas atribuciones. Además, en ejercicio de su preeminencia funcional, se encontraba en una posición desde la cual podía, por acción u omisión, impedir o dificultar el cumplimiento de las responsabilidades del Secretario.

A ello se suma la obligación prescrita en el artículo 66 (derogado) de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, según el cual «Cuando el decomiso se trate de dinero, el juez deberá remitirlo a la Dirección General de Tesorería para ser depositado en la cuenta Fondos Ajenos en Custodia, dentro del plazo de tres días contados a partir de la fecha que lo reciba».

En consecuencia, no puede atenderse este motivo de ilegalidad.

ADECUACIÓN DE LA CONDUCTA IMPUTADA AL TIPO SANCIONATORIO: APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD

La parte actora señala que con la sanción impuesta se ha violado el principio de legalidad, previsto en el artículo 86 de la Constitución. Considera errónea la valoración efectuada por la Corte Suprema de Justicia sobre la letra b) del artículo 55 de la Ley de la Carrera Judicial, el cual, como uno de los supuestos que dan lugar a la imposición de una sanción, señala: «La ineptitud o ineficiencia manifiestas en el desempeño del cargo».

Alega que dicha causal se configura cuando se ha establecido una falta de aptitud del sujeto que deriva en ineptitud o ineficiencia, como una condición general del mismo; lo cual considera distinto a que haya ocurrido un sólo hecho en el cual pudiera manifestarse cierto grado de las características que se discuten. Un solo error, dice, sin reconocerlo, no puede llevar a afirmar que el sujeto es inepto o ineficaz. No reconoce haber cometido infracción alguna, pero hace notar que, según su apreciación, las conductas que se le atribuyen podrían encajar en el tipo sancionador previsto en el artículo 51 letra e) o 52 letra d) de la LCJ. En la primera de estas disposiciones se establece, como una de las conductas calificadas como infracción grave, el «Omitir o retardar injustificadamente los asuntos del despacho o incumplir por descuido o negligencia los términos procesales»; y en la segunda, se tipifica como infracción muy grave el «No practicar las diligencias judiciales a que está obligado o negarse a concurrir a los actos que requieren su presencia».

A partir de las alegaciones efectuadas por la parte actora sobre este punto, para determinar si al demandante se le sancionó por unos hechos que no encajan en la causal contenida en la letra b) del artículo 55 de la Ley de la Carrera Judicial, es preciso efectuar algunas acotaciones sobre los siguientes aspectos: en primer lugar, sobre la normativa aplicable, en concreto, sobre la letra b) del artículo 55 de la LCJ que recoge la causal que ha dado lugar a la remoción del cargo del Juez. Con ello se pretende determinar cuáles son los elementos objetivos que caracterizan el tipo sancionador aplicado en el presente caso. En segundo lugar, sobre el principio de legalidad y su función como parámetro de control de la potestad punitiva de la Administración, con lo cual se pretende examinar los postulados a los que, de acuerdo con este principio, se encuentra sometido el poder punitivo del Estado. Luego, se pasará a examinar el requisito de tipicidad como una de las exigencias del principio de legalidad y su relación con la seguridad jurídica.

Si bien estos principios tradicionalmente se han entendido como una norma dirigida al legislador, pues constituyen un límite en la configuración descriptiva de los ilícitos administrativos, estos principios, a la vez, prescriben a la autoridad la obligación de verificar los extremos que determinan y hacen posible la aplicación de los supuestos típicos administrativos.

Por tanto, la actuación de la Corte Suprema de Justicia en el procedimiento sancionador seguido contra el Juez -donde estimó que la conducta mostrada por éste debía ser sancionada con la remoción del cargo- será analizada desde la perspectiva de los límites que tales principios imprimen al ejercicio de la actividad sancionadora de la Administración.

El análisis sobre este punto se cierra con una referencia al deber de motivar sus resoluciones, especialmente las de carácter sancionador, impuesto a la autoridad administrativa.

1- La Ley de la Carrera Judicial recoge dentro de su capítulo X el régimen disciplinario aplicable a los empleados y funcionarios comprendidos dentro de la Carrera Judicial.

Así, el artículo 49 señala que las infracciones se clasifican en: menos graves, graves y muy graves. Por otra parte, prescribe también que las sanciones disciplinarias son: a) amonestación verbal o escrita; b) suspensión en el desempeño del cargo; y, c) remoción del cargo.

A partir de estas reglas generales, del artículo 50 al 52 se hace una relación de los distintos supuestos que constituyen las infracciones.

Por último, el régimen disciplinario se complementa con las disposiciones sobre la aplicación de los diversos tipos de sanciones. En ese sentido, por cuanto al caso bajo análisis interesa, debe destacarse el artículo 55 de la LCJ, que recoge la sanción de «remoción del cargo». Es de resaltar que para aplicar esta sanción, la disposición que se analiza no remite a ninguna de las disposiciones que tipifican los actos u omisiones que constituyen las infracciones, que, según se ha dicho, se clasifican en menos graves, graves o muy graves. Por el contrario, es el mismo artículo 55 el que recoge una serie de supuestos a los que les es aplicable la sanción de remoción del cargo.

Así, según la letra la letra b) de la citada disposición, debe ser removido de su cargo un miembro de la Carrera por: «Ineptitud o ineficiencia manifiestas en el desempeño del cargo».

No se define en el artículo 55, ni en ninguna otra disposición de dicha ley, qué se entenderá por ineptitud o ineficiencia en el desempeño del cargo; tampoco se establecen las características o reglas objetivas que permitan llenar de contenido tales conceptos y que, por consiguiente, hagan posible la aplicación de esta causal de remoción a partir del texto de la ley.

De ahí que se pueda afirmar que en el caso de la letra b) del artículo 55, el legislador eligió utilizar conceptos jurídicos indeterminados. Por ello, establecidas las exigencias que los principios de legalidad y de tipicidad imponen a la configuración y ejercicio del derecho sancionador, es preciso contrastar la conformidad de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados con dichos principios.

2- El principio de legalidad en el ámbito sancionador es un principio inherente al Estado de Derecho que la Constitución anuncia en su título II (artículo 15) y lo recuerda como límite de las funciones de los poderes públicos (artículo 86).

El contenido del principio de legalidad en el ámbito sancionador, que se expresa en las exigencias de ley certa, praevia, scripta et stricta, comporta, en primer lugar, un mandato frente al legislador, pues obliga a que las leyes sancionadoras garanticen la seguridad jurídica, es decir, que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones.

Pero además, en segundo lugar, implica una fuente limitadora de los poderes de quienes practican el poder punitivo del Estado, pues las exigencias de previsión y certeza de la norma privan al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la ley.

Con ello se pretende que la autoridad administrativa sancionadora actúe como mera ejecutora de la ley situada fuera de ella sin que esto deba significar el desconocimiento de un margen de discrecionalidad; además, connatural al ejercicio del derecho punitivo. Especialmente cuando se reconoce que es imposible que la ley pueda agotar todos los detalles del derecho sancionador. Por tanto, en esta línea de interpretación, tampoco se puede desconocer la legitimidad de los conceptos jurídicos indeterminados en la configuración de las acciones u omisiones punibles.

Las exigencias dimanantes del principio de legalidad pueden ser compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesarias de complementación por la Administración, si bien para que pueda entenderse respetado el principio de legalidad, en tales casos, es necesario que la complementación exista realmente. Se advierte, no obstante, que la compatibilidad de los conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas abiertas con las exigencias del principio de legalidad -y tipicidad, según se analiza más adelante- no significa que el legislador deba recurrir indiscriminadamente a estos conceptos de modo que sea la autoridad administrativa la que en la mayoría de los casos complemente el vacío propiciado por la norma en lo relativo a los elementos o características objetivas que legitimen la aplicación de tales preceptos.

En tal sentido, la utilización de estas fórmulas es constitucionalmente aceptable cuando exista una fuerte necesidad de tutela desde la perspectiva constitucional y no sea posible otorgarla adecuadamente en términos más precisos. Para que un concepto jurídico indeterminado pueda ser aplicado hace falta, indefectiblemente, que cuando menos resulten previsibles los cánones objetivos que hagan previsible la aplicación de un

concepto de esta naturaleza. De lo contrario, la aplicación por parte de la Administración de los tipos administrativos en los que se contengan conceptos absolutamente indeterminables, serían contrarios al principio de legalidad.

El principio de tipicidad (*lex certa*), vertiente material del principio de legalidad, impone el mandato de plasmar explícitamente en la norma los actos u omisiones constitutivos de un ilícito administrativo y de sus consecuencias represivas.

La tipificación sólo es suficiente cuando, en definitiva, responde a las exigencias de la seguridad jurídica, ya que no en la certeza absoluta, en la predicación razonable de los elementos o características definidoras del acto u omisión acreedor de una sanción.

Esto debe ser así, puesto que para que el principio de tipicidad sea colmado no basta con que la ley aluda simplemente a la infracción, ya que el tipo ha de resultar suficiente, es decir, que ha de contener una descripción de sus elementos esenciales.

El quebrantamiento al principio de tipicidad puede tener lugar por diversas circunstancias. Puede ocurrir, en primer lugar, que el comportamiento del sujeto pasivo del procedimiento se asemeje en mayor o menor medida a un tipo punitivo preestablecido, mas no se identifique claramente con él, supuesto en el cual la sanción se hace improcedente. En segundo lugar, e igual consecuencia amerita, cuando la norma tipificadora del comportamiento infractor exista, pero como consecuencia de la falta de agotamiento de los plazos de *vacatio legis*, la misma aún no haya entrado en vigor en el momento de consumarse el ilícito. En tercer lugar, la falta de tipificación de una determinada acción u omisión desemboca igualmente en la imposibilidad sancionadora.

Los supuestos mencionados no son los únicos en los que puede resultar afectado el principio de tipicidad. Particular importancia tienen, y también han de reputarse vulneradoras del principio de tipicidad, todas las infracciones administrativas que no reúnan los criterios mínimos exigibles para proporcionar a la autoridad pública actuante la información suficiente de cara a una calificación jurídica del comportamiento infractor; e igual consecuencia han de producir las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con fórmulas abiertas, cláusulas de extensión analógica o conceptos jurídicos indeterminados, siempre que no sea previsible su determinación.

Bajo esa orientación, debe entenderse que el principio de tipicidad al que se suma el de legalidad, presupuestos para el ejercicio del derecho punitivo del Estado, y, en consecuencia, de la actividad sancionadora que ejerce la Administración, requiere no sólo que el acto u omisión castigados se hallen claramente definidos como infracción en el

ordenamiento jurídico, sino también la perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad.

Esta es la doctrina recogida por la Sala de lo Constitucional en su sentencia de las quince horas del uno de abril de dos mil cuatro, en el proceso de inconstitucionalidad referencia 52-2003/56-2003/57-2003, donde se establece que «Es muy importante que en la determinación prescriptiva de conductas punibles, no se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que puedan inducir a la arbitrariedad, pues cada individuo debe entender perfectamente a qué atenerse, lo que reclama al legislador que las leyes penales sean precisas y claras. Por tanto, el principio de legalidad incorpora una garantía de orden material que supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante procesos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Por tanto, no pueden considerarse conformes al art. 15 Cn., los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces y tribunales».

No obstante, como el principio de legalidad, tampoco el principio de tipicidad permite hacer una negación radical a los conceptos jurídicos indeterminados en la regulación sancionadora administrativa. Ni que decirse tiene que lo deseable es que la norma realice su tarea tipificadora de manera precisa, y por tanto segura, de tal suerte que el tipo quede suficientemente descrito en una norma, con apenas espacio para la discrecionalidad de la autoridad; pero no menos claro es lo difícil que se cumpla por completo este requisito.

Pero la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados sólo resulta legítima cuando éstos sean determinables conforme a pautas objetivas, repetibles y técnico-jurídicas, y no en virtud de valoraciones subjetivas del juez o de la autoridad administrativa competente. En cualquier caso, la atenuación de esa rigurosidad no debe inducir a pensar que basta una formulación genérica de la infracción administrativa para satisfacer los requerimientos del principio de tipicidad.

Una vez que se reconoce un espacio en el que la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados es compatible con los principios de legalidad y de tipicidad, debe hacerse hincapié en que, de cara a garantizar la seguridad jurídica del administrado, la responsabilidad de legitimar la aplicación de una norma abierta se traslada a la autoridad administrativa que así conviene en aplicarla. De ello se deduce con facilidad que la violación al principio de tipicidad puede ser cometida no sólo por el legislador al formular los tipos sancionadores, sino también por los operadores jurídicos cuando al aplicar una norma de esta naturaleza lo hace sin cumplir con las garantías exigidas.

El peligro provocado por la amplitud y vaguedad de las normas abiertas, que muchas veces dejan en la más absoluta indefensión e inseguridad a los administrados, debe ser subsanado mediante la labor de complementariedad de la autoridad competente. A ésta le corresponde, basada en criterios objetivos, repetibles o técnico-jurídicos, fijar las características o parámetros que definan en abstracto las acciones u omisiones sancionables. Pues sólo una vez que se ha cumplido con este requisito, por lo demás indispensable, es posible pasar a examinar la conducta mostrada por el agente a quien se le imputa un ilícito administrativo.

No se trata, por otra parte, de un deber que ha de ser cumplido en la máxima intimidad del juzgador, requiere, por el contrario, la exteriorización del cómo y a partir de qué puntos referenciales se ha aplicado un concepto de esa naturaleza. La única forma de dejar constancia de que se ha cumplido con tal requisito es hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad; de modo que para el ciudadano sea previsible cuándo su conducta puede ser considerada infracción y, sobre todo, la entidad de la sanción hipotética.

Quiere decir, entonces, que el principio de tipicidad, y por ende el de legalidad, cánones fundamentales para preservar la seguridad jurídica, pueden resultar violentados por parte del legislador cuando éste decide utilizar conceptos absolutamente indeterminados en la creación del derecho sancionador, esto es, cuando no sean determinables. Pero también pueden ser perturbados cuando son aplicados por la autoridad administrativa, pues a ésta corresponde el deber de concretizar los criterios utilizados para su aplicación. Claro está, que cuando ni siquiera sea previsible determinar las características de un concepto jurídico indeterminado, lo que corresponde sería declarar la inaplicabilidad de la norma con tal contenido.

MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS SANCIONADORAS Y APLICACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Se encuentra plenamente reconocida desde la perspectiva constitucional la obligación que tienen los órganos administrativos con potestad sancionadora de motivar todas sus decisiones. Así, el cumplimiento de tal requisito en las resoluciones administrativas que ponen término a los procedimientos sancionadores, exige la formalización por parte de la autoridad decisoria de un doble juicio: fáctico y jurídico.

Esta exigencia de que las resoluciones administrativas sancionadoras sean motivadas cumple una doble función. Desde una perspectiva social, con la motivación se intenta erradicar la arbitrariedad administrativa, fortaleciendo con ello la confianza de los ciudadanos en la objetividad y sujeción a Derecho de la actividad de la Administración. Desde un punto de vista individual, el deber de motivar permite al interesado conocer las razones o motivos por los cuales se le sanciona, posibilitando así el adecuado ejercicio de los medios de impugnación, así como también el pleno control jurisdiccional de la actividad administrativa sancionadora.

El deber de motivar las resoluciones sancionadoras guarda una estrecha relación con el derecho a la presunción de inocencia, pues la apreciación de la prueba practicada y la consideración acerca del carácter de cargo o inculpativo de la misma, exige consideraciones que, a la postre, son las únicas capaces de fundamentar la legitimidad de la sanción impuesta.

En suma, se pretende que el proceso cognitivo, que requiere la aplicación del Derecho, no permanezca oculto, sino que quede explicitado y suficientemente publicitado, como medio para aminorar al máximo la posible arbitrariedad de los poderes públicos.

Especial función cumple el deber de motivar en la aplicación de normas estructuradas a partir de conceptos jurídicos indeterminados.

Como se ha concluido en el apartado anterior, no se pueden extirpar del derecho sancionador los conceptos jurídicos indeterminados. No obstante, su aplicación exige de la autoridad fijar las características o parámetros objetivos a partir de los cuales se explica el significado de un concepto jurídico indeterminado; todo lo cual debe dejarse explicitado en la motivación del acto.

En ese sentido, fundamentalmente, hace falta que en la resolución sancionadora se dé cuenta: por un lado, de cómo, a partir del sustrato fáctico ofrecido por las partes, se dan por probados determinados hechos. Pero esa es sólo una parte, pues también se requiere dejar constancia de cómo esos hechos que se asumen como probados encajan en los elementos del tipo que determinan la infracción. Esto último supone que, bien por obra de la norma que recoge una infracción, ya por el trabajo de quien la aplica; se encuentren definidos razonablemente los elementos o parámetros objetivos exigidos por el principio de tipicidad, lo cual resulta determinante a efecto de concretizar la infracción. Los hechos probados, que representan la realidad que debe ser juzgada, no pueden ser valorados en abstracto cuando se trata de determinar qué o cuál tipo de infracción se ha cometido,

pues su valoración deberá efectuarse a partir de los parámetros preestablecidos respecto del ilícito.

En otros términos: al igual que se ha dicho al examinar el principio de tipicidad, la falta de un fundamento jurídico concreto y cognoscible priva a la sanción del sustento que exige el artículo 15 de la Constitución y convierte el problema de la motivación en un problema de legitimidad de la sanción, sólo reparable con su anulación definitiva.

Expuestos los anteriores lineamientos sobre las exigencias que desde la perspectiva de los principios de legalidad y de tipicidad debe cumplir, por un lado, la ordenación de las conductas calificadas de ilícitos administrativos y, por el otro, la actividad sancionadora de la Administración, se pasa a analizar si en el caso que se enjuicia se han cumplido tales máximas.

Según se señala en la resolución administrativa que motiva la remoción del actor de su cargo de Juez, la ineptitud o ineficiencia que se le atribuye no se debe exclusivamente a la falta de diligencia en la custodia de la cantidad de ciento ochenta y nueve mil ochocientos colones (¢189,800.00) que se encontraban en calidad de decomiso en el Tribunal a su cargo. Esta falta de diligencia, a juicio de la autoridad demandada, deviene de varias omisiones, descuidos y errores cometidos por el actor en el desempeño de su cargo, como son: irregularidades en la custodia de objetos decomisados; desorden en el cuidado de las causas, ya que algunas no se encontraron y otras estaban mal foliadas, descocidas, escritas a lápiz o borradas en forma indebida; negligencia respecto al cumplimiento de actuaciones ordenadas, pero que nunca se materializaron.

A pesar de que son varias las acciones u omisiones que a juicio de la autoridad demandada motivaron la remoción del actor, en la resolución impugnada se hace énfasis en el hecho de que el Juez no cumplió con la obligación establecida en los artículos 157 y 158 de la Ley Orgánica Judicial y 66 de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas; disposiciones según las cuales el Juez estaba en la obligación de tomar las medidas necesarias para que el dinero que se le remitió desde el mes de junio de mil novecientos noventa y nueve estuviera resguardado en un lugar seguro. A tal efecto, según la autoridad demandada, el dinero debió ser enviado a la Tesorería General de la República, cuenta Fondos Ajenos en Custodia.

Según se añade en dicha resolución, el descuido propiciado por el actor no admite justificación alguna, sobretodo tomando en cuenta las sugerencias y recomendaciones que le hicieron los auditores de la Unidad de Auditoría Interna de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la inconveniencia de mantener esa fuerte suma de dinero dentro de

las instalaciones del Tribunal y, por ende, de la necesidad de remitirla a la cuenta Fondos Ajenos en Custodia.

Todas las anteriores circunstancias fueron suficientes para que la autoridad demandada concluyera que el comportamiento del actor encajaba en la hipótesis prevista en la letra b) del artículo 55 de la Ley de la Carrera Judicial, sancionada con la remoción del cargo.

De lo anterior se extrae que, a criterio de la autoridad demandada, las acciones u omisiones atribuidas al actor constituyen motivo suficiente para declarar la existencia de ineptitud o ineficiencia en el desempeño de su cargo y aplicar la consecuente sanción de remoción del cargo.

Dicho esto, se pasa al examen de los hechos que resultan relevantes para determinar la legalidad o ilegalidad del acto impugnado.

De las alegaciones de las partes, y según consta en el expediente administrativo, quedan acreditados los siguientes extremos: primero, que en la causa penal número 108-4-99, instruida por el Juzgado Segundo de Instrucción de San Salvador a -cargo del actor- contra el imputado, entre los objetos decomisados y depositados en dicho Tribunal se encontraba la cantidad de ciento ochenta y nueve mil ochocientos colones (¢189, 800.00); segundo, que si bien en varias ocasiones se ordenó la remisión del dinero antes mencionado a la Tesorería General de la República, cuenta Fondos Ajenos en Custodia, dicha orden nunca se hizo efectiva; y, tercero, que la referida cantidad de dinero se extravió cuando estaba a disposición del Juzgado Segundo de Instrucción.

Ahora bien, la parte actora sí muestra su inconformidad con la valoración que la autoridad demandada hizo sobre los hechos antes mencionados, pues a su juicio no constituyen elemento suficiente para estimar que existió negligencia o ineptitud en el desempeño de su cargo.

Según se ha concluido [...], la causal de remoción consistente en ineptitud o ineficiencia en el desempeño del cargo, prevista en la letra b) del artículo 55 de la LCJ, y que sirve de fundamento a la orden de remoción que se impugna, constituye un concepto jurídico indeterminado, que no puede ser dotado de contenido a partir del conjunto de normas que integran el régimen sancionador de los miembros de la carrera judicial.

Por tanto, como se ha reiterado, la aplicación de conceptos como ineptitud o ineficiencia, cuando se emplean como elementos de tipos sancionadores, deben precisarse con rigor a partir de las exigencias de los principios de legalidad y de tipicidad.

No cabe duda que los comportamientos prohibidos o la falta de cumplimiento de los deberes en el ejercicio de la función de Juez puede afectar negativamente el correcto funcionamiento de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que a partir de la norma fundamental se encomienda al Órgano Judicial; así como el régimen disciplinario y, en definitiva, el prestigio y buen nombre de la actividad jurisdiccional. Como también es razonable admitir que, ante la imposibilidad de que la ley regule todas las posibles conductas contrarias al régimen disciplinario de los operadores judiciales, resulta razonable que se utilicen los conceptos de ineptitud o ineficiencia como una de las causas que puede dar lugar a la remoción de un funcionario judicial, habida cuenta de que estos pretenden objetivar el grado de cumplimiento de los deberes propios del cargo.

Sin embargo, si se admite la aplicación de esos conceptos jurídicos indeterminados, es porque se prevé que pueden ser "determinables", de modo que el problema de adecuarlos a los principios de legalidad y de tipicidad se traslada del legislador al intérprete y aplicador de la norma, siempre con la limitación de que éste no puede convertirse en legislador por esta vía.

Dicho de otro modo, ante la imposibilidad de que las pautas para la aplicación de un concepto indeterminado puedan extraerse directamente de la norma, el alcance de éstos debe concretarse en las resoluciones administrativas, donde el aplicador debe explicitar con sumo cuidado la utilización de estos conceptos a los casos enjuiciados.

Son los principios de legalidad y de tipicidad los que niegan que los conceptos jurídicos indeterminados puedan ser aplicados al amparo de la más absoluta discrecionalidad, por el contrario, demandan la máxima responsabilidad del ejecutor de la norma.

De ahí que se entiende que la violación a los principios de legalidad y de tipicidad puede tener lugar, cuando en la calificación de una conducta no se observan los elementos que de acuerdo con la norma tipifican la infracción. Pero también puede resultar contraria a tales principios, la resolución que aplicando un concepto jurídico indeterminado, sin utilizar ningún tipo de parámetro objetivo, califica, sin más, que una concreta acción u omisión es constitutiva de un ilícito administrativo. En este caso lo que se reprocha no es una posible interpretación errónea de los hechos o la falta de adecuación con los elementos del tipo, sino la omisión al no fijar las características o parámetros objetivos frente a los cuales esa realidad se ha valorado.

Pues bien, la Corte Suprema de Justicia, al decidir aplicar los conceptos de ineptitud e ineficiencia manifiesta que recoge el artículo 55 letra b) de la LCJ, estaba también obligada a materializar los criterios que determinaran y complementaran dichos preceptos,

siguiendo para ello pautas objetivas, y no arbitrarias, que muestren cómo se ha pasado de la abstracción que suponen los conceptos jurídicos indeterminados a su aplicación a un supuesto determinado. Hace falta, pues, que mediante esas pautas objetivas el concepto indeterminado se convierta en un precepto previsible que garantice la taxatividad de la norma requerida fundamentalmente por el principio de tipicidad.

Aunque en la resolución impugnada se describen las acciones u omisiones que motivan la remoción del Juez, por otro lado suficientes, a juicio de la autoridad demandada, para merecer los calificativos de ineptitud e ineficiencia-, nada contiene sobre los criterios utilizados para determinar cómo, pero sobretodo porqué, el comportamiento del Juez infractor es merecedor de los calificativos de ineptitud o ineficiencia manifiesta.

La resolución de la Corte Suprema de Justicia, por tanto, incumple la obligación de determinar los cánones objetivos a partir de los cuales se ponderó el comportamiento del Juez y su lógica subsunción en la conducta tipificada como ilícito administrativo. Si se admite como lícita la manera en que actuó la Corte Suprema de Justicia en el caso que se analiza, se corre el riesgo de que los conceptos jurídicos indeterminados sirvan para pasar de la discrecionalidad a la arbitrariedad administrativa. No se puede admitir esta manera de separar a un operador judicial, pues vulnera la seguridad jurídica y, a la vez, da pie a la práctica de abusos y pone en peligro pilares básicos de la actividad jurisdiccional, como son la estabilidad e independencia de los Jueces y Magistrados.

En los razonamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia se observa la ausencia de todo el proceso de concreción requerido para la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, que ha de hacerse de modo explícito. Se insiste, por tanto, en que el déficit de la ley sólo es compatible con el principio de legalidad y de tipicidad si el ente administrativo lo colma a partir de ciertos criterios objetivos que sean previsibles. La única manera de entender que esa tarea ha sido cubierta es hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo.

La resolución correspondiente de la Corte Suprema de Justicia, expresa llanamente que la conducta y omisiones del actor ponen de manifiesto falta de diligencia en el ejercicio de la actividad jurisdiccional y son reveladoras de "ineptitud o ineficiencia"; pero nada agrega para demostrar la certeza de tal expresión.

Aplicando los anteriores razonamientos y exigencias que de éstos derivan, debe concluirse que tal resolución de la Corte Suprema de Justicia no supe las exigencias de los principios de legalidad y de tipicidad, pues no menciona cuáles han sido los elementos o parámetros

frente a los cuales valoró las conductas u omisiones atribuidas al Juez, lo cual revela que la calificación de ineptitud o ineficiencia se efectuó al amparo de un tipo de discrecionalidad no permitida.

Es pertinente aclarar que la Sala no proclama la impunidad ante la existencia de una infracción, sino la necesidad de determinar claramente en cada caso quienes son los sujetos a los que es válidamente atribuible la conducta sancionable y que encaje en el tipo establecido por la normativa aplicable al caso concreto.

No hay que olvidar que en el caso bajo análisis la responsabilidad principal recae en la figura del Juez, quien además de la competencia jurisdiccional, tiene atribuidas competencias administrativas en el juzgado a su cargo. Las conductas u omisiones que pudiesen atribuírsele al actor deben estar dentro de los parámetros establecidos en la ley correspondiente para que pueda, en su caso, sancionársele por la supuesta conducta que se le atribuya, y garantizándole su derecho de defensa.

En tal sentido, resulta que la actuación de la Administración no es conforme a Derecho, por lo que procede declarar ilegal el acto impugnado.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO VIOLADO

Una vez que se ha concluido en los acápitos anteriores que la sanción impuesta a la parte actora es ilegal, corresponde ahora examinar si en el caso que se analiza, de acuerdo con las particulares circunstancias que lo acompañan, es necesario dictar medidas para restablecer el derecho violado según lo ordena el inciso 2° del artículo 32 de la LJCA.

De acuerdo con esta disposición, 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. Se instituye de esta manera en el contencioso administrativo un mecanismo para que la Sala pueda restablecer plenamente los derechos del demandante que hubieran sido violados por el acto impugnado.

Sobre lo dispuesto en la citada disposición debe precisarse, especialmente por el significado que ha de atribuirse a la expresión «en su caso», que a pesar de que esta Sala estime que procede declarar la ilegalidad del acto controvertido, no siempre procederá la adopción de medidas para el restablecimiento del derecho violado, pues la presencia de estas medidas será necesaria únicamente, y de ahí que el legislador haya utilizado tal

expresión, en aquellos casos en los que la situación jurídica del demandante efectivamente hubiera sido alterada como consecuencia del acto cuestionado, pues es ahí cuando, para que la sentencia alcance su estado de efectividad, se vuelve imprescindible dictar las medidas oportunas para que la situación del demandante vuelva al estado primitivo en el que se encontraba antes de la emisión del acto impugnado.

Quiere decir, entonces, que habrá supuestos en los que el acto administrativo, no obstante su validez y eficacia, no modifica la situación material del demandante, o bien las posibles modificaciones que haya producido no han sido alegadas y por lo tanto no constan en el proceso, en cuyo caso el Tribunal no adoptará ninguna medida concreta tendente al restablecimiento del derecho violado.

Sobre este tema debe añadirse, que las medidas que se adopten, cuando así sea procedente, han de perseguir que el restablecimiento de todas las condiciones que en la esfera jurídica del demandante hubieran sido alteradas por el acto impugnado sea in natura, es decir, devolviendo las cosas al exacto estado en el que originalmente se encontraban.

Sin embargo, en determinados casos y por diversas circunstancias, el restablecimiento de la situación jurídica del demandante no podrá ser in natura, de modo que no siempre será posible que su situación jurídica vuelva al exacto estado en que se encontraba antes del acto controvertido. En esos supuestos, si bien no podrá alcanzarse la reparación natural de las cosas, corresponderá a esta Sala pronunciarse sobre los daños y perjuicios, de acuerdo a los límites de la pretensión ventilada, con lo cual ha de procurarse que, desde el punto de vista de la equidad y de la justicia, la sentencia estimatoria cumpla su efecto resarcitorio por la vulneración de los derechos del demandante.

En suma, con las anteriores consideraciones se quiere dejar sentado el criterio de que en los casos que el acto impugnado resulte ser ilegal habrá lugar para decretar medidas para restablecer el derecho violado, cuando así proceda, pero en los que no procedan las medidas porque el restablecimiento no puede ser in natura, la Sala puede pronunciarse sobre la condena en daños y perjuicios, conforme al derecho común.

Corresponde ahora trasladar al caso que se analiza el significado y modo de operar de las medidas para el restablecimiento del derecho violado.

En el presente caso, el actor pidió en la demanda que se condene a la autoridad demandada «(...) al pago de salarios no devengados, indemnización por daños y perjuicios, y por daño moral; así como costas procesales ».

Este Tribunal advierte que, conforme al inciso segundo del artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, si en una sentencia se declara la ilegalidad total o parcial del acto cuestionado se dictarán, en su caso, las providencias pertinentes para el pleno restablecimiento del derecho violado.

En tal sentido, la medida restablecedora incluye, en primer lugar, dejar sin efecto la sanción de remoción impuesta consecuentemente, restituir al demandante sus derechos adquiridos en la Carrera Judicial, incorporándolo a la misma, dentro de la categoría en la cual desempeñaba su función judicial, lo que, comprende el pago de los salarios dejados de percibir y otras prestaciones pertinentes a las que se tiene derecho en el Escalafón Judicial.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 281-C-2002 de fecha 21/10/2009)

SANCIÓN POR INFRACCIÓN A LA LEY DE URBANISMO Y CONSTRUCCIÓN

IMPOSIBILIDAD DE FUNDAMENTACIÓN EN LA LEY GENERAL TRIBUTARIA MUNICIPAL

" A) EN CUANTO A LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Manifiesta el actor que la resolución pronunciada por [la autoridad demandada] tiene su fundamento legal en el artículo 118 de la Ley General Tributaria Municipal, el cual no le es aplicable, ya que no guarda relación con la Ley de Urbanismo y Construcción y con su Reglamento. [...]

Este Tribunal en base a los argumentos antes señalados determina procedente reseñar, que efectivamente de la revisión del expediente administrativo se tuvo a la vista la transcripción del Acuerdo número ocho, pudiéndose corroborar que el mismo encuentra su fundamento en los artículos 9 de la Ley de Urbanismo y Construcción y 118 de la Ley General Tributaria Municipal, acordándose imponer sanciones económicas por la infracción cometida a los artículos 14 y 17 del Reglamento de la Ley de Urbanismo y Construcción. [...].

Así también en la parte final de la indicada resolución se concedió un plazo de treinta días contados a partir de la notificación para que se efectuara el pago de la sanción impuesta, bajo la prevención que de no hacerse, se procedería al cobro judicial.

En ese orden de ideas, es necesario advertir lo que regulan los artículos indicados:

Artículo 9 inciso primero de la Ley de Construcción y Urbanismo: *«Las Alcaldías respectivas, al igual que las autoridades del Ministerio de Obras Públicas, estarán obligados a velar por el debido cumplimiento de lo preceptuado por esta Ley; debiendo proceder según el caso, a la suspensión o demolición de obras que se estuvieren realizando en contravención de las leyes y reglamentos de la materia, todo a costa de los infractores, sin perjuicio que la respectiva Alcaldía Municipal les pueda imponer por las violaciones a la presente Ley y Reglamento, multas equivalentes al 10% del valor del terreno en el cual se realiza la obra, objeto de la infracción»*. Por su parte, el artículo 118 de la Ley General Tributaria Municipal, se encuentra ubicado en el Capítulo III — Del Procedimiento Administrativo Tributario Municipal, Sección IV — Procedimiento de Cobro de la Deuda Tributaria Municipal, e indica lo siguiente: *«Cobro Extrajudicial, Art. 118.- La administración (sic) tributaria municipal por medio de persona autorizada al efecto, notificará al deudor de un crédito tributario municipal, por cualquiera de los medio contemplados en esta Ley, de la existencia de dicho crédito, concediéndose un plazo de treinta días contados a partir de la notificación para que efectúe el pago correspondiente bajo la prevención, que de no hacerlo, se procederá al cobro judicial»*.

De la simple lectura de los artículos anteriores se constata que en el primero se le otorga la facultad a la [autoridad demandada] de imponer una sanción económica a todo infractor de la Ley de Construcción y Urbanismo; sin embargo, el artículo 118 no guarda una clara correlación con el anterior, ya que regula el cobro extrajudicial de un "crédito tributario municipal", lo que evidencia una clara confusión sobre el fundamento legal que reviste la potestad de la municipalidad para hacer efectivo el cobro de una sanción económica.

En este orden de ideas, es conveniente indicar que se entiende por un Tributo, tomando como premisa el argumento del actor, en cuanto a que la sanción económica impuesta por [la autoridad demandada] no se puede fundamentar en el artículo 118 de la Ley General Tributaria Municipal, ya que el mismo no es precisamente un tributo.

Por tributo, se entiende toda prestación patrimonial obligatoria —habitualmente pecuniaria— establecida por la ley, a cargo de las personas físicas y jurídicas que se encuentran en los supuestos de hecho que la propia ley determine, y que vaya dirigida a

dar satisfacción a los fines que al Estado y a los restantes entes públicos estén encomendados.

Mediante el tributo, los integrantes del Estado contribuyen al sostenimiento del gobierno en proporción a su respectiva capacidad económica, en este caso en particular, al gobierno local.

Ahora bien, no hay tributo sin ley previa que lo establezca, lo cual significa limitar formalmente la coacción y respetar el principio de legalidad. La potestad tributaria consiste en la facultad de dictar normas jurídicas creadoras de tributos, normas que, como todas las que establecen obligaciones, son reglas hipotéticas cuyo mandato se concreta cuando ocurren las circunstancias previstas en ellas.

La clasificación más aceptada por la doctrina y el derecho positivo es la que divide los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales. Estas categorías no son sino especies de un mismo género, la semejanza se justifica por razones políticas, técnicas y jurídicas.

En el impuesto, la prestación exigida al obligado es independiente de toda actividad estatal relativa a su persona, mientras que en la tasa existe una actividad del Estado materializada en la prestación de un servicio que afecta de alguna manera al obligado. En la contribución especial tenemos también una actividad estatal, con la particularidad de que ella es generadora de un especial beneficio para el llamado a contribuir.

Es decir, que la diferencia entre los impuestos, las tasas y contribuciones especiales es la existencia de una actividad del Municipio referida inmediata y directamente al sujeto pasivo de la obligación tributaria, actividad que se llama "contraprestación".

Partiendo de haber realizado una distinción de los tributos en sí, y considerando que en este caso de mérito se ha impuesto una sanción económica ó multa por una infracción a la Ley de Urbanismo y Construcción, este Tribunal determina que en efecto la fundamentación legal realizada por la [autoridad demandada] en su acuerdo número ocho no es la acertada; siendo conveniente desarrollar en el siguiente apartado la facultad que poseen las municipalidades para imponer las sanciones en coordinación con el Viceministerio de Vivienda y Desarrollo Urbano.

Vale la pena abonar que la motivación de todo acto administrativo, exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y de derecho que le llevaron a adoptar su decisión; un punto trascendental de la motivación es que permite

ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho, y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable.

FACULTAD DE LAS MUNICIPALIDADES DE IMPONER SANCIONES EN COORDINACIÓN CON EL VICEMINISTERIO DE VIVIENDA Y DESARROLLO URBANO

B) DE LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, AUDIENCIA Y DEFENSA.

Otro de los argumentos que el actor indica es que existe violación al principio de legalidad, en el sentido que como consecuencia de éste, se encuentra la exigencia de tipicidad del hecho, según la cual a la imposición de toda sanción debe procederle una previsión normativa en la que se describa en manera clara, precisa e inequívoca la conducta objeto de prohibición con todos sus elementos configurativos. En el presente caso, afirma que la sanción impuesta por el Concejo Municipal "no es típica", ya que no está descrita como tal en la Ley General Tributaria Municipal.

Así también se basa en el hecho que todo administrado debe de tener pleno conocimiento legal y formal de determinada resolución que lo afecte para poder ejercer su derecho de defensa y audiencia, como manifestación de la seguridad jurídica, y en su situación particular se ha vulnerado la normativa Tributaria Municipal en cuanto a las formalidades de la notificación, es decir que la misma se notifique personalmente, por esuelas y por edicto.

Por su parte [la autoridad demandada] señala que la imposición de la multa o sanción, se realizó por resolución del Viceministerio de Vivienda y Desarrollo Urbano, facultades que se encuentran reguladas en los artículos 1, 2 y 9 de la Ley de Urbanismo y Construcción en concordancia a lo establecido en los artículos 14, 17 y 26 del Reglamento de la indicada normativa; así como también lo estipulado en el artículo 63 numeral 2 y 15 del Código Municipal.

Afirma la referida autoridad, que no existe tal vulneración, ya que hay constancia que el Acuerdo número ocho en referencia fue notificado en el lugar donde se encuentran las oficinas de las lotificaciones, así también consta que ellos pidieron prórroga para poder presentar el trámite que se llevaba ante el Viceministerio de Vivienda y Desarrollo Urbano.

Tomando como base los anteriores argumentos de las partes, es conveniente determinar si en efecto es procedente la imposición de una sanción económica por parte de la [autoridad demandada] y la competencia que tiene la misma para sancionar en virtud de las infracciones a la Ley de Urbanismo y Construcción con su respectivo reglamento, para posteriormente verificar el cumplimiento de un debido proceso.

a) De la Competencia de la Municipalidad de Ilobasco.

Dentro del sistema de organización administrativa del Estado, el Municipio aparece como un ente descentralizado por territorio, es decir, se trata de un órgano distinto del Poder Central, al que la Constitución y la ley han confiado una serie de potestades que despliega en una circunscripción territorial determinada.

La autonomía del Municipio es de índole económica, técnica y administrativa, y comprende entre sus potestades la creación, modificación y suspensión de tasas y contribuciones especiales para la realización de obras determinadas; el decretar las ordenanzas y reglamentos locales; y administrar su patrimonio rindiendo cuentas de ello a la Corte de Cuentas de la República.

De conformidad a las competencias que se han otorgado a las mismas en el artículo 4 del Código Municipal, en su número vigésimo séptimo se señala: *«La autorización y fiscalización de parcelaciones, lotificaciones, urbanizaciones y demás obras particulares, cuando en el municipio exista el instrumento de planificación y la capacidad técnica instalada para tal fin.*

De no existir estos instrumentos deberá hacerlo en coordinación con el Viceministerio de Vivienda y Desarrollo Urbano y de conformidad con la ley de la materia» (negritas suplidas).

Tal y como se ha dicho reiteradamente, la competencia es en todo caso una determinación normativa, es decir, debe siempre encontrar su fundamento en una norma jurídica. Es el ordenamiento jurídico el que sustenta las actuaciones de la Administración mediante la atribución de potestades, habilitándola a desplegar sus actos. En síntesis, el acto administrativo requiere de una cobertura legal, es decir, la existencia de una potestad habilitante que otorgue competencia al órgano o funcionario emisor.

La [autoridad demandada] procedió a imponer sanciones económicas a cargo del [demandante], en uso de las facultades que le confiere el artículo 9 de la Ley de Urbanismo y Construcción, sin embargo, es pertinente señalar lo que establece el artículo 1 inciso final de ese cuerpo normativo: **«Art. 1 (...) Cuando los Municipios no cuenten con**

sus propios planes de desarrollo local y Ordenanzas Municipales respectivas, todo particular, entidad oficial o autónoma, deberá solicitar la aprobación correspondiente al Viceministerio de Vivienda y Desarrollo Urbano (...)» (negrillas suplidas).

Por su parte el artículo 9 regula: «***Las Alcaldías respectivas***, al igual que las autoridades del Ministerio de Obras Públicas, estarán obligados a velar por el debido cumplimiento de lo preceptuado por esta Ley; debiendo proceder según el caso, a la suspensión o demolición de obras que se estuvieren realizando en contravención de las leyes y reglamentos de la materia, todo a costa de los infractores, ***sin perjuicio que la respectiva Alcaldía Municipal les pueda imponer por las violaciones a la presente Ley y Reglamento, multas equivalentes al 10% del valor del terreno en el cual se realiza la obra, objeto de la infracción***» (negrillas suplidas).

De lo anterior se determina que en efecto, existe una normativa legal que claramente le confiere la potestad a la Alcaldía Municipal de Ilobasco de imponer sanciones de índole económica ante el incumplimiento de lo preceptuado en el artículo detallado *supra*.

Pero también es acertado lo expresado por el demandante en cuanto a que en la Ley General Tributaria Municipal, no está descrita la sanción económica que le fue impuesta por parte de la [autoridad demandada].

OBLIGACIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES DE INSTAURAR UN PROCESO PREVIO A LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES

b) De lo relativo al debido proceso.

Ahora bien, el *ius puniendi* del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento legal; dicha función administrativa desarrollada en aplicación del *ius puniendi*, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración Pública.

Entre los principios elementales que rigen al Derecho Administrativo Sancionador se encuentran la garantía de audiencia y el debido proceso; la primera garantía en el ejercicio

de la potestad sancionadora es la exigencia de un procedimiento sancionador que responda a estos principios.

El derecho de audiencia se caracteriza, en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como un pilar fundamental para la protección efectiva de los demás derechos de los gobernados, estén o no reconocidos en la Constitución; mientras que el derecho de defensa, en sede administrativa, se concentra en el derecho de ser oído en el procedimiento administrativo y se concretiza en que los interesados planteen sus alegaciones, puedan probarlas y que éstas sean tomadas en cuenta por la administración a la hora de resolver.

Lo anterior se concretiza en el debido proceso, el cual debe ser sustanciado conforme a la Constitución, y además, que se respete íntegramente el derecho de audiencia, ya que dicho derecho es un elemento esencial y configurativo para la protección de los derechos constitucionales de los impetrantes.

Partiendo de los argumentos de ambas partes y de la revisión del expediente administrativo se ha podido verificar que si bien es cierto la [autoridad demandada], estaba facultada por la Ley para imponer sanciones económicas por infracciones a la Ley de Urbanismo y Construcción, la autoridad demandada en el caso de autos se limitó a emitir el Acuerdo número ocho, mediante el cual se procedió a sancionar económicamente al demandante, sin llevar a cabo un debido proceso que revistiera al impetrante de la oportunidad de defenderse y aportar las pruebas pertinentes.

En el caso que nos ocupa, al no contar la [demandada] un cuerpo normativo de planificación e instalación técnica respecto a las parcelaciones, lotificaciones, urbanizaciones y demás obras particulares, se debe de trabajar en coordinación con el Viceministerio de Vivienda y Desarrollo Urbano, y las infracciones a la Ley de Urbanismo y Construcción deben consecuentemente ser sancionadas por la Municipalidad respectiva.

De no existir un procedimiento establecido legalmente para casos como el presente, la [autoridad demandada], por medio de su Concejo Municipal se encontraba en la obligación de instaurar un procedimiento previo que respetara las garantías constitucionales del debido proceso.

La Honorable Sala de lo Constitucional, por medio de sentencia referencia 23-R-96, de las nueve horas con doce minutos, del día ocho de octubre de mil novecientos noventa y ocho, ha indicado que corresponde a las municipalidades: *«aplicar de manera directa y efectiva el ya mencionado artículo once de la Constitución de la República, a efecto de crear un proceso en el cual se facilitara a los demandantes, el ejercicio de los medios*

necesarios para defender sus derechos. En razón, que las disposiciones constitucionales son de aplicación directa, que obligan a todos los aplicadores del derecho y no son simples mandatos dirigidos al legislador».

Por su parte, en la Sentencia 3-92 acumulado 6-92, de las doce horas del día diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos, la Honorable Sala de lo Constitucional ha reiterado que: *«La finalidad de la existencia de un procedimiento con todas las garantías como condición a la imposición de una pena es doble. De una parte, el proceso previo supone dar al acusado o infractor, según sea el rubro jurídico sobre el que se está conociendo, y en general a los participantes de un proceso, la plena posibilidad de exponer sus razonamientos y de defender sus derechos. Para el sujeto frente a quien se pretende en particular -llamársele demandado, acusado, infractor, o cualquier otra denominación- es en el proceso donde se manifiesta especialmente su derecho de defensa, al hacérsele saber el ilícito que se le reprocha, y al facilitarle el ejercicio de los medios de defensa que estime oportunos. La segunda finalidad es que la autoridad decisora disponga de todos los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución; y es que el conjunto de actuaciones en que se plasma el proceso, constituye el fundamento de la convicción de la autoridad que decide la situación que se halla conociendo.*

Ha sido pues, propósito del constituyente, conferir aquellas garantías para la defensa de los derechos de los sujetos, de modo que la diversidad de actos procesales sirva para que la persona frente a quien se pretende pueda disponer lo conveniente para defender su posición respecto de la situación cuestionada en el proceso; y, por ello, la ausencia o insuficiencia de un acto o una etapa, podría imposibilidad a aquel ejercer los medios suficientes para su defensa.

El de indefensión es un concepto de carácter fundamentalmente instrumental, y significa tener la oportunidad de ser oído en un proceso que reúne todas las garantías necesarias, poder hacer valer en él las alegaciones que contribuyan a la defensa de sus derechos, y poder practicar las convenientes pruebas».

Si bien es cierto, la [autoridad demandada] cuenta con la potestad de sancionar cualquier tipo de infracción a la Ley de Urbanismo y Construcción, en cualquier lotificación que se desarrolle en su circunscripción territorial, tiene también la obligación de desarrollar tal potestad en concordancia y respetando las garantías constitucionales de un debido proceso, de conformidad lo establece la Carta Magna y las leyes secundarias.

Al carecer de un debido proceso y no haberse respetado las garantías de audiencia y defensa, este Tribunal concluye que el Acuerdo número ocho, pronunciado por [la

autoridad demandada] el dieciocho de febrero de dos mil cinco, mediante el cual se impone unas sanciones de índole económica al [demandante] deviene en ilegal.

FINALIDAD DE LAS NOTIFICACIONES

En cuanto al argumento de la falta de formalidades establecidas en la notificación, es preciso señalar que el Derecho no ha de propugnar por la protección de las formas en tanto meras formas, sino atendiendo a la finalidad que las sustenta. Es por ello que el carácter formal de las notificaciones no se fundamenta en un mero rigorismo, sino precisamente, en el propósito de asegurar que el administrado tenga efectivo y real conocimiento de la resolución de que se trate y pueda iniciar las acciones que correspondan. Es decir, que la notificación constituye un acto que posibilita la defensa del administrado, por lo que al efectuarla se debe hacer con la finalidad de conferir al administrado la posibilidad de defenderse.

En este caso en particular, el administrado ha tenido conocimiento cierto del acto administrativo emitido por [la autoridad demandada], aunque la notificación no haya seguido todas las formalidades establecidas en la normativa pertinente, se considera que la misma cumplió con su fin específico, el cual es, que el actor pudiese iniciar su defensa respectiva."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 79-2005 de fecha 14/12/2009)

SERVICIOS DE TERMINACIÓN LOCAL DE LLAMADAS GENERADAS EN EL EXTERIOR: TRATAMIENTO TRIBUTARIO

El demandante impugna de ilegal la resolución pronunciada por la Dirección General de Impuestos Internos, mediante la cual resuelve determinar remantes de crédito fiscal originados por los servicios de terminación local de llamadas generadas en el exterior.

Con la finalidad de resolver el presente proceso, es necesario fijar con claridad el objeto de la controversia, concluyéndose que los principales motivos de ilegalidad se ciñen en: a)

Fundamento jurídico para considerar el servicio de enlace de llamadas generadas en el exterior como exportación con tasa del cero por ciento; b) supuesta violación al principio de legalidad y reserva de ley.

La parte actora manifiesta que la terminación de llamadas generadas en el exterior es una exportación de servicios, de conformidad con el artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. Afirma, que no hay duda que el servicio se presta dentro del territorio salvadoreño, utilizando la infraestructura de la Sociedad demandante, para facilitar o proveer la recepción de las llamadas transmitidas desde el exterior por los clientes de la empresa de telefonía no domiciliada. La demandante sostiene además, que el servicio es utilizado exclusivamente fuera del país porque la persona que recibe la llamada no compra ni utiliza el servicio como usuario final.

Además se establece que la sociedad demandante tiene instaladas en el territorio nacional, sus redes de comunicación tanto para las llamadas que entran como para las que salen; en el primer caso, que es el que nos ocupa, la demandante pone sus redes al servicio de un operador extranjero, prestación de servicios que es debidamente documentada; luego el operador extranjero pone a disposición del consumidor en su país, el servicio que la actora le está prestando, entendiéndose por consumidor, todos los usuarios finales o clientes del operador extranjero que desean hacer llamadas a El Salvador. Es de esta forma que el servicio de interconexión de llamadas sale del territorio nacional, hacia un operador, quien se encuentra domiciliado en el exterior y de éste al usuario final o cliente en el extranjero, quien es el que hace uso del mismo para poder completar su llamada en El Salvador.

Agrega que el "servicio de terminación de llamada" es considerado una exportación de servicios, sujeta a una tasa del cero por ciento, de conformidad con los artículos 74 y 75 de la Ley del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. Manifiesta también su desacuerdo con el criterio adoptado por la Dirección General de Impuestos Internos, al no considerar que la utilización de los servicios se realiza de manera exclusiva en el exterior.

Por su parte, la Autoridad Demandada manifiesta que el servicio de terminación de llamada no es un servicio independiente, ya que forma parte del servicio de llamada completa que se causa en segundos, en consecuencia, no es posible calificar dicho servicio como exportación, pues ello daría lugar al reintegro de todos los créditos fiscales originados en sus gastos, lo que no está acorde a la Ley.

PRESUPUESTO DE HECHO EN LAS TERMINACIONES O ENLACES DE LLAMADAS GENERADAS EN EL EXTERIOR

El artículo 74 de la Ley del IVA regula las operaciones de exportación: «Están afectas a estas normas especiales, las exportaciones consistentes en transferencias de dominio definitivas de bienes muebles corporales, destinadas al uso y consumo en el exterior y las prestaciones de servicios realizadas en el país, a usuarios que no tienen domicilio ni residencia en él y los servicios estén destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero».

Para ser considerada como exportación de servicios, de acuerdo a la Ley debe llenar las siguientes características:

- 1º) Debe ser un servicio realizado en el país;
- 2º) Debe ser prestado a usuario que no tienen domicilio ni residencia en el país; y,
- 3º) Los servicios deben estar destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero.

En el caso de autos, las partes convergen en la interpretación de los primeros dos requisitos establecidos por la Ley del IVA para que una determinada actividad constituya una "exportación de servicios"; es decir, que el punto de divergencia se encuentra en la interpretación que cada una de las partes realiza acerca del tercer requisito establecido por el legislador, cual es el relativo a que "los servicios deben estar destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero".

PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD Y ELEMENTO ESPACIAL DEL HECHO GENERADOR

Se establece que la prestación del servicio de terminación de llamadas generadas en el exterior, es prestada dentro del territorio de la República de El Salvador, utilizando la infraestructura de la sociedad demandante con el fin de facilitar o proveer la recepción de llamadas transmitidas desde el exterior por los clientes de la empresa de telefonía no domiciliada.

Principio de territorialidad:

Sobre el principio de territorialidad deben distinguirse dos situaciones, es decir, la eficacia de la norma en el espacio, es analizada desde dos perspectivas:

-Ámbito de soberanía: el cual consiste en determinar el espacio en el que la ley produce sus efectos en cuanto tal. De conformidad con el art. 6 del Código Civil las leyes obligan en todo el territorio de la República, transcurrido el tiempo necesario de la *vacatio legis*.

-Criterios de sujeción: Determinan la extensión de la ley en el espacio; es decir, los hechos que la ley de un Estado puede regular cuando los mismos se realicen total o parcialmente fuera del territorio o por un ciudadano de otro Estado.

En este último caso se trata de problemas de puntos de conexión con el ordenamiento.

Las normas sobre puntos de conexión pueden proceder de dos fuentes: en primer lugar, el ordenamiento interno propiamente dicho, que establece autónomamente sus criterios de sujeción; en segundo lugar, como instrumentos para la solución de conflictos entre diversos ordenamientos, de tratados internacionales, generalmente de carácter bilateral.

La fijación de la extensión de la Ley en el espacio constituye un problema esencial que plantea la determinación del ámbito espacial de la aplicación de las normas tributarias. Más exactamente la determinación de criterios empleados para establecer la sujeción de una determinada situación o de un determinado hecho al mandato de la norma.

En este sentido, pueden utilizarse como criterios de sujeción o conexión el de nacionalidad y el del territorio:

- Nacionalidad: las leyes tributarias se aplican a todos los ciudadanos que ostentan la nacionalidad de cada Estado, fuera del lugar donde se realizará el hecho generador.

- Territorialidad: se aplica en los tributos donde radica el hecho gravado; es decir, en la mayoría de los casos nos referimos a los tributos de carácter real: impuestos sobre transacciones, consumo o prestaciones de servicios. En este caso la extensión de la norma se limita a la riqueza que se genera en nuestro país aunque su titular sea un no residente del mismo. No obstante lo anterior, la doctrina tributaria utiliza además, el criterio de la residencia efectiva.

En este último criterio, lo que sucede es que el legislador ha querido establecer el principio de la vecindad de hecho -que no coincide con la jurídica- ya que se sujetan a tributación las rentas de determinadas personas que, de lo contrario, escaparían con

facilidad al control de la Administración Tributaria. Ésta se entiende como una cualidad de la persona, que lo acompaña siempre, aunque en un momento determinado no se encuentre en el país de residencia y con independencia del acto que realice. Se le llama también criterio de nacionalidad fiscal, pues sin llegar a equipararse a la verdadera nacionalidad, es evidente que en materia tributaria genera casi similares consecuencias. Ejemplo de este supuesto, es el artículo 53 literal "a" del Código Tributario. Ésta es una condición manifiesta del principio de territorialidad.

Sin embargo, también existe la territorialidad en sentido estricto, referida al lugar de realización del hecho generador, sea cual sea el lugar donde se obtenga la renta o en el que se encuentre la materia imponible. Aplicable a los tributos de naturaleza real: lugar donde estén situados los bienes, lugar donde se realizan los actos o en el que se hacen efectivos derechos. En cualquier caso, es la ley propia de cada tributo la que determina las reglas de sujeción.

Elemento espacial del hecho generador:

Otro aspecto que debe distinguirse en esta situación es el elemento espacial del hecho generador, es decir, dónde se entiende realizado el mismo para efectos de la aplicación de la norma tributaria. La Ley indica el lugar de producción del hecho imponible, y, en su caso, el sometimiento o no a la ley salvadoreña.

El artículo 19 de la Ley del IVA, en una clara manifestación del principio de territorialidad en sentido estricto, nos indica el elemento espacial del hecho generador, al establecer que las prestaciones de servicios gravadas serán las que se presten directamente en el país, aunque se haya perfeccionado o pagado fuera de él.

Asimismo, define qué se entiende por servicio prestado en territorio nacional; y por último nos menciona lo que debemos comprender por parcialidad de los servicios y, como consecuencia, la utilización no exclusiva de los mismos.

FUNDAMENTO JURÍDICO PARA CONSIDERAR EL SERVICIO DE ENLACE DE LLAMADAS GENERADAS EN EL EXTERIOR COMO EXPORTACIÓN CON TASA DEL CERO POR CIENTO

Este Tribunal, ha emitido pronunciamiento sobre el tratamiento tributario de las terminaciones de llamadas generadas en el exterior, llegando a la conclusión que se trataba de exportación de servicios, de conformidad a sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, referencia 196-A-2001 de fecha veintidós de mayo de dos mil tres.

Ahora bien, los instrumentos suscritos en el seno de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, como son el Convenio Internacional de Telecomunicaciones y su respectivo Reglamento, reconocen la importancia de evitar que los servicios de telecomunicación internacional se vean afectados por la doble tributación internacional. Proponen que se utilice el domicilio del cliente como criterio para aplicar una tasa fiscal sobre el servicio internacional de telecomunicaciones, y en ningún momento establece como obligatoria la aplicación de exenciones o tratamientos particulares como lo es la tasa del 0%, la cual es técnicamente compleja y específica de cada país.

Tales normas internacionales no resuelven en lo medular el planteamiento de la parte actora, el cual debe enfocarse y ser resuelto necesariamente según la legislación nacional aplicable.

La Ley de Telecomunicaciones de El Salvador al referirse al usuario final, lo define como toda persona natural o jurídica que compra servicios de telecomunicaciones para su uso propio; por su parte el Reglamento de la citada Ley, en su Artículo 3 señala la interpretación que en materia de telecomunicaciones corresponde a los términos usuario, usuario final o abonado, indicando que tales términos designan a toda persona natural o jurídica que compra los servicios de telecomunicaciones para su propio uso.

Consideradas las definiciones que tanto la Ley como el Reglamento de Telecomunicaciones establecen para el término "usuario final", y considerando que en el caso de los servicios de terminación local de llamadas internacionales, el usuario final lo constituye únicamente la empresa de telefonía no domiciliada se concluye que ésta es la única persona que compra dicho servicio para utilizarlo, en su domicilio, ubicado fuera del territorio de El Salvador, en la prestación de servicios a sus respectivos clientes; y las personas que en El Salvador reciben las llamadas provenientes del exterior no son usuarios finales del servicio. Por tanto, dentro del territorio nacional, no existe persona natural o jurídica que utilice el servicio para su uso propio.

Procede entonces reconocer que el servicio es utilizado o consumido exclusivamente en el extranjero por ser éste el domicilio de la única persona que puede tipificarse como usuario final, esto es, la empresa de telefonía no domiciliada que adquiere el servicio

mediante contrato y que tiene la obligación de pagar una contraprestación por el beneficio obtenido.

Con claridad se advierte, que en el caso de servicios de terminación local de llamadas internacionales, el usuario final lo constituye únicamente la empresa de telefonía no domiciliada y que las personas receptoras de las llamadas provenientes del exterior no son usuarios finales del servicio de terminación de llamadas internacionales.

Las anteriores afirmaciones no llevan necesariamente a la conclusión que el simple hecho de que una persona no se encuentre domiciliada en El Salvador y contrate servicios en el territorio nacional con empresas nacionales, automáticamente se convierta en una exportación de servicios, es decir, se deben reconocer y analizar los diversos parámetros establecidos a cada caso en concreto para llevar a cabo tal determinación.

En el caso de autos, el servicio contratado consiste en recibir una llamada procedente del exterior y distribuirla (en cuestión de segundos) en nuestro territorio en la red nacional; sin embargo, el servicio no se agota en tal momento: la llamada es reenviada (también en cuestión de segundos) hacia el exterior, donde se establece la comunicación y punto desde el cual se originó la llamada y donde igualmente culmina. No se trata de remitir llamadas al exterior, por el contrario, llamadas procedentes del exterior están siendo introducidas y transmitidas en territorio salvadoreño, pero no permanecen aquí, ya que la señal es nuevamente reenviada al exterior, lugar en donde la empresa no domiciliada está prestando un servicio de comunicación internacional. En síntesis, el servicio prestado en nuestro territorio consiste en el uso de la red nacional de telecomunicaciones y de los equipos de la demandante para el transporte de las llamadas, las que serán utilizadas en el país donde la llamada se origina.

Resulta ahora necesario, acudir a lo dictado en la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y a las estipulaciones contractuales pactadas expresamente por las partes para la prestación de los servicios de terminación local de llamadas internacionales.

La citada Ley, establece como hecho generador del impuesto la "exportación de servicios" y dispone para ella la aplicación de la tasa del cero por ciento, según lo prescribe el art. 74 y 75 del mismo cuerpo normativo; dicho tratamiento tributario tiene como objetivo el cumplimiento del principio de imposición en el país de destino, según el cual, los productos y servicios que se exporten del país, son descargados del impuesto al valor agregado mediante la aplicación de dicha tasa. Tales operaciones tienen un débito fiscal del cero por ciento que permite la deducción o descargo de los créditos fiscales vinculados

con las mismas. Con el anterior procedimiento, se logra que los bienes y servicios exportados del territorio nacional, no incluyan en sus costos ningún componente en concepto de impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios, para que sean gravados justamente al ingresar al país al cual se destinan. Ello permite que los bienes y servicios nacionales, al menos en lo que se refiere a este tipo de imposición indirecta, se encuentren en iguales condiciones que los bienes y servicios de la misma naturaleza, ofrecidos en el país al cual se dirigen, para permitir a los productos y servicios nacionales competir en igualdad de condiciones en los mercados internacionales.

El Art. 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios dispone: "Están afectas a estas normas especiales, las exportaciones consistentes en transferencias de dominio definitivas de bienes muebles corporales, destinadas al uso y consumo en el exterior y las prestaciones de servicios realizadas en el país, a usuarios que no tienen domicilio ni residencia en él y los servicios estén destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero"; respecto de la tasa aplicable a tales operaciones, el Art. 75 de la misma Ley, dispone que las exportaciones estarán afectas a una tasa del cero por ciento.

Se concluye entonces que la prestación de servicio entre la entidad local y el sujeto no domiciliado es en virtud del contrato de prestación de servicios, donde la entidad local no tiene ninguna relación comercial con el destinatario del servicio (el que recibe la llamada), por otro lado, tampoco tiene ninguna relación comercial con el demandante original del servicio, la relación existe únicamente con quien demanda desde el exterior el servicio de enlace, el cual es el beneficiario del servicio.

Con la anterior descripción queda claro que el sujeto objeto del servicio del contrato, es la empresa extranjera ubicada en el exterior, y no puede entenderse bajo ningún criterio que sea la persona natural quien recibe la llamada en El Salvador (destinatario).

La diferencia para la aplicación de la tasa 0% ó la del 13% consiste en la utilización o aprovechamiento de los servicios objeto de la prestación jurídica, si ésta se da exclusivamente en el exterior se aplica la tasa cero, como en el presente caso, cuya fundamentación jurídica de lo anteriormente expuesto se encuentra en la relación de los artículos 19 y 74 de la Ley del IVA.

Como quedó señalado supra, de los tres requisitos que establece el mencionado art. 74, los dos primeros, sin lugar a dudas, son cumplidos. En consecuencia, resulta determinante en el presente caso establecer si se cumple el tercero de ellos. Para ello, debe

determinarse el lugar en que las empresas de telefonía no domiciliadas utilizan los servicios prestados por la sociedad demandante.

Si bien los destinatarios de las llamadas no demandan ni compran en todo o en parte el servicio de terminación local de llamadas internacionales prestado por la sociedad demandante, las empresas de telefonía no domiciliadas, si bien se encuentran fuera del territorio nacional, reciben internamente el servicio de recepción y transporte de las llamadas originadas en sus respectivos países y su destino final no es precisamente nuestro territorio, ya que cuando los operadores de telefonía no domiciliados contratan a la demandante para completar los servicios de llamadas internacionales originadas en su país con destino al nuestro, consumen el servicio contratado fuera de nuestro territorio. La actora tiene como específica obligación contractual la recepción y transporte de la llamada dentro del territorio nacional, lo que aclara que la utilización del servicio, en el presente caso, tiene lugar exclusivamente en el extranjero (tercer requisito exigido por la ley como indispensable para tener por configurada una exportación de servicios) ya que el servicio que presta a los operadores de telefonía no domiciliados, es la recepción en el territorio nacional y el transporte a través de las redes de telefonía que operan en dicho territorio de las llamadas transmitidas desde el extranjero.

La prestación del servicio se origina en el territorio nacional pero no se consume en él, pues a la empresa no domiciliada no le aprovecha el servicio dentro del territorio sino más bien fuera del mismo, en el lugar donde la llamada se origina, ya que lo utiliza exclusivamente en el extranjero, es decir, su perfeccionamiento se produce en el exterior.

En este sentido y para los efectos del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, en el caso de las exportaciones, el domicilio del sujeto no es determinante por sí solo para establecer el lugar donde el servicio es consumido, ello se vincula con el lugar donde los servicios son efectivamente aprovechados o consumidos.

Dado que el servicio se concentra en recibir y transportar en la red nacional las llamadas originadas en el exterior, la utilización y aprovechamiento del servicio ocurre, exclusivamente en el extranjero, pues se trata de la transmisión de una llamada originada en el extranjero, hacia un receptor ubicado en el territorio nacional, pero que culmina en el exterior.

Considera esta Sala que efectivamente lo que ocurre es que la empresa de telefonía no domiciliada requiere del servicio que le es imprescindible para culminar los servicios que a su vez presta en su territorio, lo que nuevamente indica el lugar donde el mismo se consume.

Son servicios destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero en la medida que el único usuario del servicio es la empresa de telefonía no domiciliada, la cual hace uso de los servicios en el extranjero, toda vez que los utiliza como un medio o recurso para prestar a sus clientes el servicio de transmitir las llamadas que se generan con destino al territorio salvadoreño. Es necesario aclarar que los servicios son demandados en nuestro país pero utilizados fuera del mismo por los operadores de telefonía no domiciliados, quienes los adquieren precisamente para enlazar llamadas en el exterior.

Por otra parte, es claro que los destinatarios de las llamadas no demandan ni compran en todo o en parte el servicio de terminación local de llamadas internacionales prestado por la sociedad demandante y por consiguiente, no pueden calificarse de usuarios de dicho servicios. Los servicios de terminación local de llamadas internacionales prestados por la demandante, son utilizados exclusivamente en el extranjero, por ser precisamente los operadores de telefonía no domiciliados quienes demandan o compran dichos servicios para beneficio propio, en el territorio nacional, con la peculiaridad que serán utilizados en el extranjero.

Como lo expresa el Art. 19 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, dichas prestaciones constituirán hecho generador del impuesto, cuando se presten directamente en el país, aunque los actos o contratos se hayan perfeccionado fuera de él o que el pago o remuneración se reciba en el exterior. Se considerará que el servicio es prestado en el territorio nacional cuando el ámbito territorial de la actividad que genera el servicio es en el país. En consecuencia y en concordancia con lo dispuesto en el Art. 74 del mismo cuerpo normativo, la tasa del trece por ciento es aplicable únicamente a personas que utilizan los servicios dentro del territorio nacional, consecuentemente, esta Sala considera que los servicios de terminación local de llamadas generadas en el exterior, no están afectos a la tasa del trece por ciento, ya que su utilización tiene lugar fuera del territorio nacional.

Su misma denominación no presta lugar a equívocos: se trata de una llamada que se genera en el exterior, pero que no se agota localmente mediante su recepción y transporte por la sociedad demandante en la red de telefonía nacional.

Se concluye entonces, que los servicios de "terminación local de llamadas generadas en el exterior" se califican como una verdadera "exportación de servicios", y no una exención como se encuentra señalado en la resolución de la Dirección General de Impuestos Internos.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 83-T-2003 de fecha 29/09/2009)

Relaciones:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Ref. 73-T-2002 de fecha 28/05/2009

La parte actora dirige su pretensión de ilegalidad contra el acto administrativo pronunciado por la Dirección General de Impuestos Internos, que ordenó devolver a Telecam S.A. de C.V., la cantidad de dos mil setenta y tres dólares sesenta y seis centavos (\$2,073.66), en concepto de reintegro de crédito fiscal IVA a exportadores por las operaciones realizadas con la prestación de servicios a los sujetos pasivos acogidos al régimen de zonas francas industriales y de comercialización, efectuadas bajo los períodos tributarios comprendidos del uno de enero de mil novecientos noventa y nueve al treinta y uno de diciembre de dos mil, y declaró sin lugar por improcedente la devolución que en concepto de reintegro de crédito fiscal que la sociedad Telecam S.A. de C.V. presentó por operaciones relacionadas con la prestación de servicios de terminación de llamadas de tráfico internacional generadas en el exterior, calificadas por la sociedad actora como exportaciones de servicios, respecto de los mismos períodos tributarios.

La parte actora manifiesta que la terminación de llamadas de tráfico generadas en el exterior es una exportación de servicios, de conformidad con el art. 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. No hay duda que el servicio se presta dentro del territorio salvadoreño, utilizando la infraestructura de la Sociedad Telecam, S.A. de C.V., para facilitar o proveer la recepción de las llamadas transmitidas desde el exterior por los clientes de la empresa de telefonía no domiciliada, prestación del servicio acordado por ésta. La demandante sostiene además, que el servicio es utilizado exclusivamente fuera del país por los clientes de la sociedad de telefonía no domiciliada, por lo que, la persona que recibe la llamada no compra ni utiliza el servicio como usuario final. Por consiguiente, las prestaciones de servicios realizadas en el país, a usuarios que no tienen domicilio, ni residencia en el mismo, y que están destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero, están afectos, según el art. 75 de la mencionada Ley del IVA, a una tasa del cero por ciento.

Situación que no comparte la autoridad demandada, negando tal calificación y, en consecuencia, el reintegro del crédito fiscal solicitado.

Manifestando que ha tomando como base el criterio sostenido por el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy Tribunal de Apelaciones de los Impuestos

Internos y de Aduanas, en sus tres fallos de incidentes de apelación respecto al caso y de conformidad al artículo 5 del Código Tributario, los cuales constituyen doctrina legal. Además, la citada disposición determina que dicha doctrina constituye -supletoriamente- fuente del ordenamiento jurídico tributario.

Sostiene que en el caso que nos ocupa, la llamada internacional es una sola actividad que se realiza a favor del usuario residente en el extranjero, siendo así que la llamada se vuelve indivisible y prestada por dos operadores en un solo instante.

EL PRECEDENTE JUDICIAL O LA DENOMINADA "DOCTRINA LEGAL"

El art. 5 del Código Tributario establece: «Constituyen fuentes del ordenamiento tributario: a) las disposiciones constitucionales; b) las leyes, los tratados y las convenciones internacionales que tengan fuerza de ley; c) los reglamentos de aplicación que dicte el órgano ejecutivo; y d) la Jurisprudencia sobre procesos de constitucionalidad de las leyes tributarias.

Supletoriamente constituirán fuentes del ordenamiento jurídico tributario, la doctrina legal emanada de los procesos de amparo de la Sala de lo Constitucional, así como la proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo ambas de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos.

Se entiende por doctrina legal la jurisprudencia establecida por los tribunales antes referidos, en tres sentencia uniformes y no interrumpidas por otra en contrario, siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes».

En este sentido, debe distinguirse el carácter supletorio que le otorga a la doctrina legal el Código Tributario, término que indica que la misma suple o integra la falta de disposiciones en el ordenamiento jurídico. La doctrina legal se regula, entonces, como una fuente más del Derecho Tributario; en este caso, supletoria con respecto a las demás expresadas en el art. 5 de dicho Código. Así la Teoría General del Derecho reconoce ampliamente el valor de la jurisprudencia como fuente del mismo. No obstante, esta Sala considera necesario hacer algunas apreciaciones al respecto.

El principio stare decisis surge como consecuencia de un precedente sentado por los jueces en las decisiones judiciales. Sin embargo, debe diferenciarse el principio del precedente, pues éste consiste en el uso generalizado de las decisiones anteriores como

guía a la hora de adoptar otras decisiones. Por su parte el principio stare decisis añade que los jueces se hallen efectivamente vinculados y no sólo orientados por los principios derivados de ciertos precedentes; es decir, reglas de aplicación para el Derecho.

En este orden de ideas, surge también el concepto del autoprecedente, el cual es la decisión judicial originada por el mismo Tribunal, que lo obliga a someterse a sus propias decisiones. Sin embargo, a pesar de que el principio stare decisis tiende a la consistencia y uniformidad de las decisiones, esto no implica que sea inflexible el mismo tribunal en sus propios fallos, pues tal conducta llevaría a la petrificación de la jurisprudencia. Así la doctrina señala "un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable" (Aragóns Alonso, P.: *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*; Madrid, 1997, pág. 517).

En concordancia con lo anterior, debe señalarse que este Tribunal, en otras ocasiones, ya se ha pronunciado sobre el tratamiento tributario de las terminaciones de llamadas generadas en el exterior, llegando a la conclusión que se trataba de exportación de servicios, al exponer: «Si bien los destinatarios de las llamadas no demandan ni compran en todo o en parte el servicio de terminación local de llamadas internacionales prestado por AMERICATEL EL SALVADOR, S.A. DE C. V., las empresas de telefonía no domiciliadas, si bien se encuentran fuera del territorio nacional, reciben internamente el servicio de recepción y transporte de las llamadas originadas en sus respectivos países y su destino final no es precisamente nuestro territorio, ya que cuando los operadores de telefonía no domiciliados contratan a Americatel El Salvador, S.A. de C. V. para completar los servicios de llamadas internacionales originadas en su país con destino al nuestro, consumen el servicio contratado fuera de nuestro territorio» (196-A-2001, de 22 de mayo de 2003).

En base a las anteriores consideraciones, resulta necesario analizar dicha figura al caso en concreto, respecto a todos los elementos que integran su hecho generador y, destacar cuál es la capacidad económica gravada en el servicio de terminación local de llamadas generadas en el exterior.

El art. 74 de la Ley del IVA regula las operaciones de exportación: «Están afectas a estas normas especiales, las exportaciones consistentes en transferencias de dominio definitivas de bienes muebles corporales, destinadas al uso y consumo en el exterior y las prestaciones de servicios realizadas en el país, a usuarios que no tienen domicilio ni residencia en él y los servicios estén destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero».

Para que una actividad sea considerada como exportación de servicios, de acuerdo a la ley debe llenar las siguientes características:

- 1°) Ser realizado en el país;
- 2°) Debe ser prestado a usuario que no tienen domicilio ni residencia en el país; y
- 3°) Los servicios deben estar destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero.

En el caso de autos, las partes convergen en la interpretación de los primeros dos requisitos establecidos por la Ley del IVA para que una actividad se configure como una "exportación de servicios"; es decir, que el punto de divergencia se encuentra en la interpretación que cada una de las partes realiza acerca del tercer requisito establecido por el legislador, cual es el relativo a que "los servicios deben estar destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero".

Se establece que la prestación del servicio de terminación de llamadas generadas en el exterior, es prestada dentro del territorio de la República de El Salvador, utilizando la infraestructura de Telecam, S.A. de C.V., con el fin de facilitar o proveer la recepción de llamadas transmitidas desde el exterior por los clientes de la empresa de telefonía no domiciliada. Es así, que resalta el elemento de la territorialidad como aspecto determinante en el presente caso.

i) Principio de territorialidad.

Sobre el principio de territorialidad deben distinguirse dos situaciones, es decir, que la eficacia de la norma en el espacio, es susceptible de ser analizado desde dos perspectivas:

-Ámbito de soberanía: el cual consiste en determinar el espacio en el que la ley produce sus efectos en cuanto tal. De conformidad con el art. 6 del Código Civil las leyes obligan en todo el territorio de la República, transcurrido el tiempo necesario de la *vacatio legis*.

Criterios de sujeción: Determinan la extensión de la ley en el espacio; es decir, los hechos que la ley de un Estado puede regular cuando los mismos se realicen total o parcialmente fuera del territorio o por un ciudadano de otro Estado. Se trata de problemas de puntos de conexión con el ordenamiento.

Las normas sobre puntos de conexión pueden proceder de dos fuentes: en primer lugar, el ordenamiento interno propiamente dicho, que establece autónomamente sus criterios de sujeción; en segundo lugar, como instrumentos para la solución de conflictos entre diversos ordenamientos, de tratados internacionales, generalmente de carácter bilateral.

La fijación de la extensión de la ley en el espacio constituye un problema esencial que plantea la determinación del ámbito espacial de la aplicación de las normas tributarias. Más exactamente la determinación de criterios empleados para establecer la sujeción de una determinada situación o de un determinado hecho al mandato de la norma.

En este sentido, pueden utilizarse como criterios de sujeción o conexión el de nacionalidad y el del territorio:

Nacionalidad: las leyes tributarias se aplican a todos los ciudadanos que ostentan la nacionalidad de cada Estado, fuera cual fuera el lugar donde se realizara el hecho generador.

Territorialidad: se aplica en los tributos donde radica el hecho gravado, es decir, en la mayoría de los casos para los tributos de carácter real: impuestos sobre transacciones, consumo o prestaciones de servicios. En este caso la extensión de la norma se limita a la riqueza que se genera en nuestro país aunque su titular sea un no residente. No obstante, la doctrina tributaria utiliza, además, el criterio de la residencia efectiva.

En la residencia efectiva, lo que sucede es que el legislador ha querido establecer el principio de la vecindad de hecho que no coincide con la jurídica ya que se sujetan a tributación las rentas de determinadas personas que, de lo contrario, escaparían con facilidad al control de la Administración Tributaria. Ésta se entiende como una cualidad de la persona, que lo acompaña siempre, aunque en un momento determinado no se encuentre en el país de residencia y con independencia del acto que realice. Se le llama también criterio de nacionalidad fiscal, pues sin llegar a equipararse a la verdadera nacionalidad, es evidente que en materia tributaria genera casi similares consecuencias. Ejemplo de este supuesto, es el art. 53 literal "a" del Código Tributario. Ésta es una condición manifiesta del principio de territorialidad.

Sin embargo, también existe la territorialidad en sentido estricto, referente al lugar de realización del hecho generador, sea cual sea el lugar donde se obtenga la renta o en el que se encuentre la materia imponible. Se aplican a los tributos de naturaleza real: lugar donde estén situados los bienes, lugar donde se realizan los actos o en el que se hacen efectivos derechos. En cualquier caso, es la ley propia de cada tributo la que determina las reglas de sujeción.

ii) El elemento espacial del hecho generador.

Otro aspecto que debe distinguirse en esta situación es el elemento espacial del hecho generador, es decir, dónde se entiende realizado el mismo, para efectos de la aplicación

de la norma tributaria. La ley indica el lugar de producción del hecho imponible, y, en su caso, el sometimiento o no a la ley salvadoreña.

El art. 19 de la Ley del IVA, en una clara manifestación del principio de territorialidad en sentido estricto, nos indica el elemento espacial del hecho generador, al establecer que las prestaciones de servicios gravadas serán las que se presten directamente en el país, aunque se haya perfeccionado o pagado fuera de él.

Asimismo, define qué se entiende por servicio prestado en territorio nacional; y por último nos menciona lo que debemos comprender por parcialidad de los servicios y, como consecuencia, la utilización no exclusiva de los mismos.

TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS EXPORTACIONES DE SERVICIOS

Como quedó determinado supra, este Tribunal, en otras ocasiones, ya se ha pronunciado sobre el tratamiento tributario de las terminaciones de llamadas generadas en el exterior.

La Ley de Telecomunicaciones, al referirse al usuario final, lo define como toda persona natural o jurídica que compra servicios de telecomunicaciones para su uso propio; por su parte el Reglamento de la misma, en su Artículo 3 señala la interpretación que en materia de telecomunicaciones corresponde a los términos usuario, usuario final o abonado, indicando que tales términos designan a toda persona natural o jurídica que compra los servicios de telecomunicaciones para su uso propio.

Se manifiesta además que según el art. 3 del reglamento de la citada ley, se remarca el concepto de usuario final, diciendo que "usuario, final o abonado es toda persona natural o jurídica que compra los servicios de telecomunicaciones del exterior, no es respecto de ésta, un usuario final". Concluye la parte actora que de estas definiciones no queda duda alguna de que la prestación del servicio denominado "terminación de llamadas generadas en el exterior" es utilizado exclusivamente fuera del país, porque la persona que recibe la llamada no compra ni utiliza el servicio como usuario final.

Consideradas las definiciones que tanto la Ley de Telecomunicaciones como su Reglamento, establecen para el término usuario final, manifiesta la actora que en el caso de los servicios de terminación local de llamadas internacionales, la calidad de usuario final la puede tener quien llama fuera del país, utilizando los servicios que le provee la

empresa de telefonía no domiciliada, usando ésta los servicios de terminación local de llamadas internacionales.

La telefonía no domiciliada es la única persona que compra dicho servicio para utilizarlo en su domicilio -ubicado fuera del territorio de El Salvador- y brindarlo a sus respectivos clientes; y las personas que en El Salvador reciben las llamadas provenientes del exterior no son usuarios finales del servicio. Por tanto, dentro del territorio nacional, no existe persona natural o jurídica que utilice el servicio para su uso propio.

Procede entonces reconocer que el servicio es utilizado o consumido exclusivamente en el extranjero por ser éste el domicilio de la única persona que puede tipificarse como usuario final, esto es, la empresa de telefonía no domiciliada que adquiere el servicio mediante contrato y que tiene la obligación de pagar una contraprestación por el beneficio obtenido.

Sobre el anterior planteamiento, este Tribunal considera que las disposiciones invocadas definen con claridad lo que debe entenderse como usuario final y aclaran que en el caso de los servicios de terminación local de llamadas internacionales, el usuario final lo constituye únicamente la empresa de telefonía no domiciliada; y las personas receptoras de las llamadas provenientes del exterior no son usuarios finales del servicio de terminación de llamadas internacionales.

Las anteriores afirmaciones no llevan necesariamente a la conclusión que el simple hecho de que una persona no se encuentre domiciliada en El Salvador y contrate servicios en el territorio nacional con empresas nacionales, automáticamente se convierta en una exportación de servicios, es decir, se deben reconocer y analizar los diversos parámetros establecidos a cada caso en concreto para llevar a cabo tal determinación.

En el presente caso, el servicio contratado consiste en recibir una llamada procedente del exterior y distribuirla (en cuestión de segundos) en nuestro territorio en la red nacional; sin embargo, el servicio no se agota en tal momento: la llamada es reenviada (también en cuestión de segundos) hacia el exterior, donde se establece la comunicación y punto desde el cual se originó la llamada y donde igualmente culmina. No se trata de remitir llamadas al exterior; por el contrario, llamadas procedentes del exterior están siendo introducidas y transmitidas en territorio salvadoreño, pero no permanecen aquí, ya que la señal es nuevamente reenviada al exterior, lugar en donde la empresa no domiciliada está prestando un servicio de comunicación internacional.

En síntesis, el servicio prestado en nuestro territorio consiste en el uso de la red nacional de telecomunicaciones y de los equipos de Telecam, S.A. de C.V., para el transporte de las llamadas, las que serán utilizadas en el país donde la llamada es originada.

Resulta ahora necesario, acudir a lo dictado en la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, tomando en cuenta estipulaciones contractuales, pactadas expresamente por las partes para la prestación de los servicios de terminación local de llamadas internacionales.

La Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, establece como hecho generador del impuesto la exportación de servicios y dispone para ella la aplicación de la tasa del cero por ciento; dicho tratamiento tributario tiene como objetivo el cumplimiento del principio de imposición en el país de destino, según el cual, los productos y servicios que se exporten del país, son descargados del impuesto al valor agregado mediante la aplicación de dicha tasa. Tales operaciones tienen un débito fiscal del cero por ciento que permite la deducción o descargo de los créditos fiscales vinculados con las mismas.

Con el anterior procedimiento, se logra que los bienes y servicios exportados del territorio nacional, no incluyan en sus costos ningún componente en concepto de impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios, para que sean gravados justamente al ingresar al país al cual se destinan. Ello permite que los bienes y servicios nacionales, al menos en lo que se refiere a este tipo de imposición indirecta, se encuentren en iguales condiciones que los bienes y servicios de la misma naturaleza, ofrecidos en el país al cual se dirigen, para permitir a los productos y servicios nacionales competir en igualdad de condiciones en los mercados internacionales.

El artículo 74 de la Ley del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la prestación de servicios, establece los requisitos que deben concurrir la consideración de exportaciones de servicios: a) que la prestación del servicio sea realizada en el país; b) que el servicio se preste a usuarios que no tienen domicilio ni residencia en El Salvador; y c) que los servicios estén destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero. Respecto de la tasa aplicable a tales operaciones, el art. 75 de la misma ley, dispone que las exportaciones de servicios estarán afectas a una tasa del cero por ciento. De lo contrario, la tasa a aplicar es la del trece por ciento, según la regla general establecida en el art. 54 de la misma ley.

El art. 74 ya referido, establece como tercer requisito, que el aprovechamiento o utilización del servicio tenga lugar exclusivamente en el extranjero. Para ello, debe

determinarse el lugar en que las empresas de telefonía no domiciliadas utilizan los servicios prestados por la Sociedad Telecam, S.A. de C.V.

Se establece que los servicios de terminación local de llamadas internacionales son prestados por Telecam S.A. de C.V., dentro del territorio nacional, a empresas de telefonía internacional no domiciliadas (también denominadas operadores de telefonía no domiciliados). Telecam S.A. de C.V. utiliza su infraestructura para hacer posible la recepción de las llamadas transmitidas desde el exterior por los clientes de la empresa de telefonía no domiciliada.

Ante ello, las empresas de telefonía no domiciliadas, adquieren la obligación de pagar una contraprestación a Telecam, S. A. de C.V., con base en los precios que convengan y al cómputo del volumen de minutos que fueron transmitidos y recibidos durante un cierto período de tiempo.

A juicio de este Tribunal, está claro que el vínculo o relación se encuentra establecido entre la Sociedad actora y las empresas de telefonía no domiciliadas y, asimismo, que tales servicios hacen posible la recepción, dentro del territorio nacional, de las llamadas telefónicas transmitidas desde el extranjero por los operadores de telefonía no domiciliados, lo que comprende su recepción y transporte a través de las redes de telefonía que operan en el territorio nacional.

Si bien los destinatarios de las llamadas no demandan ni compran del todo el servicio de terminación local de llamadas internacionales prestado por Telecam, S.A. DE C.V., las empresas de telefonía no domiciliadas, que se encuentran fuera del territorio nacional, reciben internamente el servicio de recepción y transporte de las llamadas originadas en sus respectivos países y su destino final no es precisamente nuestro territorio, ya que cuando los operadores de telefonía no domiciliados contratan a Telecam, S.A. de C.V., para completar los servicios de llamadas internacionales originadas en su país con destino al nuestro, consumen el servicio contratado fuera de nuestro territorio. Consecuentemente, la utilización del servicio, en el presente caso, tiene lugar exclusivamente en el extranjero (tercer requisito exigido por la ley como indispensable para tener por configurada una exportación de servicios) ya que como ha sido mencionado por la parte actora, el servicio que presta a los operadores de telefonía no domiciliados es la recepción en el territorio nacional y el transporte a través de las redes de telefonía que operan en el territorio nacional, de las llamadas transmitidas desde el extranjero.

La prestación del servicio se origina en el territorio nacional pero no se consume en él, pues a la empresa no domiciliada no le aprovecha el servicio dentro del territorio sino fuera, en el lugar donde la llamada se origina, ya que lo utiliza exclusivamente en el extranjero: su perfeccionamiento se produce en el exterior.

Para los efectos del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, en el caso de las exportaciones, el domicilio del sujeto no es determinante por sí solo para establecer el lugar donde el servicio es consumido: ello está vinculado con el lugar donde los servicios son efectivamente aprovechados o consumidos.

Dado que el servicio se concentra en recibir y transportar en la red nacional las llamadas originadas en el exterior, la utilización y aprovechamiento del servicio ocurre, exclusivamente en el extranjero, como afirma la parte actora, pues se trata de la transmisión de una llamada originada en el extranjero, hacia un receptor ubicado en el territorio nacional, pero que culmina en el exterior.

El art. 3 del Reglamento de la citada Ley agrega otras definiciones como "arriendo de facilidades", que es el servicio de proporcionar determinados elementos de red de un operador a otro operador, mediante el pago de los correspondientes cargos al primero. Se define el "Cargo de Interconexión hacia o desde centrales internacionales", y en estas definiciones no queda duda alguna de que la prestación del servicio denominado "terminación de llamadas generadas en el exterior" es consumido totalmente en el exterior. Al respecto, considera esta Sala que efectivamente lo que ocurre es que la empresa de telefonía no domiciliada requiere del servicio que le es imprescindible para culminar los servicios que a su vez presta en su territorio, lo que nuevamente indica el lugar donde el mismo se consume.

Son servicios destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero en la medida en que el único usuario del servicio es la empresa de telefonía no domiciliada, la cual hace uso de los servicios en su domicilio-en el extranjero-, toda vez que los utiliza como un medio o recurso para prestar a sus clientes el servicio de transmitir las llamadas que se generan con destino al territorio salvadoreño.

Este Tribunal no comparte la interpretación sustentada por la Dirección General de Impuestos Internos, en el sentido que el servicio es utilizado parcialmente en El Salvador, pues debe aclararse que los servicios son demandados en nuestro país pero utilizados fuera del territorio nacional por los operadores de telefonía no domiciliados, quienes los adquieren precisamente para enlazar llamadas en el exterior.

Por otra parte, es claro que los destinatarios de las llamadas no demandan ni compran en todo o en parte el servicio de terminación local de llamadas internacionales prestado por la Sociedad demandante, por consiguiente, no pueden calificarse de usuarios de dicho servicios.

Los servicios de terminación local de llamadas internacionales prestados por Telecomunicaciones de América, S.A. de C.V., son utilizados exclusivamente en el extranjero, por ser precisamente los operadores de telefonía no domiciliados quienes demandan o compran dichos servicios para beneficio propio, en el territorio nacional, para ser utilizados en el extranjero.

Como lo expresa el art. 19 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, las prestaciones de servicios, constituirán hecho generador del impuesto, cuando se presten directamente en el país, aunque los actos o contratos se hayan perfeccionado fuera de él o que el pago o remuneración se reciba en el exterior. Se considerará que el servicio es prestado en el territorio nacional cuando el ámbito territorial de la actividad que genera el servicio, es dentro del mismo país.

En consecuencia y en concordancia con lo dispuesto en el art. 74 del referido cuerpo legal, la tasa del trece por ciento es aplicable a personas que utilizan los servicios dentro del territorio nacional: por consiguiente, en opinión de esta Sala, los servicios de terminación local de llamadas generadas en el exterior, no están afectos a la tasa del trece por ciento, ya que su utilización tiene lugar fuera del territorio nacional. Su misma denominación no presta lugar a equívocos: se trata de una llamada que se genera en el exterior, pero que no se agota localmente mediante su recepción y transporte por Telecam, S.A. de C.V. en la red de telefonía nacional.

En este orden de ideas, la parte actora solicitó a la Dirección General de Impuestos Internos, el reintegro del remanente de crédito fiscal (IVA), basado en la calificación de los servicios de terminación local de llamadas generadas en el exterior como exportación de servicios. Por lo que esta Sala señala que: de conformidad al art. 77 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios -aplicable al caso de los exportadores-, en el caso de que los créditos fiscales no pudieran deducirse íntegramente de los débitos fiscales durante el período tributario, el exportador que no tuviere deudas tributarias líquidas y exigibles compensables con dicho crédito fiscal, podrá solicitar a la Dirección General de Impuestos Internos, el reintegro en dinero de dicho saldo remanente en un plazo no mayor de treinta días contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de reintegro, y que para efectuar dicho reintegro, no será necesaria la fiscalización previa.

Y habiéndose concluido, que los servicios de "terminación local de llamadas generadas en el exterior" señalados por Telecam S.A. de C.V., se califican como una verdadera "exportación de servicios", sin tener el carácter de "no sujeción" como lo señala la Dirección General de Impuestos Internos, en el presente proceso, la resolución emitida por la referida Dirección, respecto a la negación de la solicitud de la parte actora sobre la devolución dineraria en concepto de reintegro de créditos fiscales del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, únicamente en lo referente a las llamadas internacionales, no se sujeta a lo regulado en la Ley de la materia, pues el servicio de terminación local del llamada generada en el exterior, cumple con los requisitos establecidos en el art. 74 de la Ley en comento, siendo aplicable el art. 77 antes referido.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 104-T-2004 de fecha 25/05/2009)

SOCIEDADES DE SEGUROS

SANCIONES A AUDITORES INDEPENDIENTES POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS PARA LAS AUDITORIAS EXTERNAS DE BANCOS Y SOCIEDADES DE SEGUROS

"SOBRE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE LA TIPICIDAD.

2.1. Potestad Sancionadora de la Administración

La autoridad demandada ha manifestado tanto en sus informes como en sus alegatos que de acuerdo al art. 3 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, tiene el deber de cumplir y hacer cumplir las disposiciones aplicables a las entidades sujetas a su vigilancia, y que la competencia otorgada al Superintendente en el literal h) del art. 21 de dicha Ley, es el de vigilar la labor de los auditores, la que ha de hacer de acuerdo a las normas dictadas por el Consejo Directivo, y que de conformidad con el art. 2 de la Ley de Sociedades de Seguros, es claro que la firma auditora externa, en el caso de la demandante, es sujeto de control de la Superintendencia y que sus actos de incumplimiento a la Ley, o a las Normas e instrucciones que dicte esta, deben ser sancionadas como lo prescriben los arts. 76 y 77 de la Ley de Sociedades de Seguros, en el

entendido que la demandante es regulada también por la citada Ley, cuando el art. 87 de la misma les establecen que deben cumplir los requerimientos mínimos de auditoría dictados por esa Superintendencia, de tal forma que no necesariamente una entidad debe conformar el Sistema Financiero del país para que sea sujeto de control de esa institución contralora, y consecuentemente afectó a las sanciones.

Para el caso de los auditores externos e independientes han sido emitidas por parte de ese Consejo Directivo las Normas para las Auditorías Externas de Bancos y Sociedades de Seguros, de las cuales la demandante incumplió y así lo acepto los arts. 20, 22, 26 y 27.

De lo anterior cabe recordar que esta Sala, se ha pronunciado en el sentido que la facultad sancionatoria de la Administración tiene cobertura constitucional en el artículo 14. Su actuar se encuentra sujeto al principio de legalidad que recoge también la Constitución en el artículo 86 al señalar que "los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley". En virtud de la sujeción a la ley, la Administración sólo puede actuar cuando aquella la faculte, ya que toda acción administrativa aparece como un poder atribuido previamente por ella. En consecuencia, la Administración sólo podrá imponer las sanciones a las que la Ley dé cobertura, y en la forma en que la misma lo regule.

Así, la conexión entre el derecho y el despliegue de las actuaciones de la Administración Pública, se materializa en la atribución de potestades, cuyo otorgamiento habilita a la Administración a desplegar sus actos.

Según el tratadista Eduardo García de Enterría "sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente..."

A ese respecto, esta Sala se ha pronunciado en el sentido que si la Administración Pública, pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades previamente atribuidas para ello por la legalidad existente, habrá de comenzar por proponer una modificación de esa legalidad, de forma que de la misma resulte la habilitación que hasta ese momento faltaba". (*Sentencia Definitiva, ref 139-S-2002 del veinte de abril de dos mil cinco.*)

Asimismo se ha pronunciado, en el sentido que el origen común de la potestad sancionadora jurisdiccional y administrativa en el denominado *ius puniendi* del Estado justifica el traslado de principios aplicables en materia penal al ámbito administrativo sancionador. (Sentencia definitiva de las nueve horas del día veintiuno de marzo de dos mil tres, referencia 182-A-2001)

Al respecto, el tratadista Pérez Royo sostiene: "actualmente constituye opinión absolutamente mayoritaria que las diferencias entre las sanciones administrativas y las jurídico-penales propiamente dichas no son sustanciales, sino puramente formales. Por ello se solicita unánimemente la aplicación de los principios fundamentales del Derecho Penal -claro está- matizados al derecho administrativo, sobre todo la de aquellos que suponen una limitación del poder punitivo del Estado, a la sanción administrativa".

De tal manera, que la traslación de principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador no es automática, y debe cada uno de ellos ser matizados conforme a los principios que rigen ésta segunda materia, ellos son:

1- Una acción u omisión: el comportamiento positivo u omisivo del administrado *vulnera un mandato o una prohibición contenida en la norma administrativa;*

2-La sanción: para que este comportamiento sea constitutivo de infracción es necesario *que el ordenamiento legal reserve para el mismo una reacción de carácter represivo; y*

3- La tipificación: el comportamiento inequívoco del infractor, así como la sanción prevista para el mismo, *deben aparecer descritos con suficiente precisión en una norma con rango de ley.*

En conclusión la sanción administrativa tal y como lo señala el autor Luciano Parejo Alfonso, es pues "un infligido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o una conducta constitutiva de infracción, es decir tipificado legal y previamente como tal".

2.2 Sobre la tipificación de la infracción y la tipicidad.

La tipificación, como uno de los principios de la potestad y del procedimiento sancionador, en los cuales a parte de la legalidad, lo cual en su sentido amplio se traduce en la exigencia de que la operación de la atribución de la potestad administrativa que abordamos en párrafos anteriores, se cumpla por una Ley en sentido formal, traduce también correctamente la determinación, referida a la legislación vigente.

Así la tipificación como -tipo normativo- de la infracción constituye la descripción literal que hace el legislador de forma genérica sobre la prohibición de determinadas conductas, y su posterior sanción como consecuencia. Dicha descripción, a pesar de no tener un destinatario concreto -de ahí lo genérico-, incorpora elementos específicos perfectamente constatables por el aplicador de la ley. Entre ellos se encuentran la acción u omisión como

conducta específicamente regulada, los sujetos activo y pasivo de la infracción, y el bien jurídico tutelado.

El citado autor sostiene que la tipificación de infracciones administrativas como se dijo anteriormente debe hacerse por Ley formal (sin perjuicio de la legítima colaboración reglamentaria) precisamente calificando formalmente los supuestos correspondientes como infracciones y clasificando éstas en leves, graves y muy graves. Así las expresadas características de la operación de tipificación, y, en especial, el formalismo de la o de los "ilícitos administrativos" y la vinculación entre éstos y las sanciones otorgan un claro perfil institucional al Derecho Sancionador y a sus técnicas básicas dentro del Derecho Administrativo.

Así para el caso bajo análisis las infracciones que se le atribuyen a la sociedad demandante de conformidad a lo manifestado en los informes de las autoridades demandadas y en lo declarado en las resoluciones objeto de impugnación, han sido los arts. 20, 22, 26 y 27 de las Normas para las Auditorías Externas de Bancos y Sociedades de Seguros, contenidas en el Título III referente a la Coordinación con los Auditores Externos, y Capítulo II Relativo a la Ejecución y Coordinación del Trabajo de estos.

Las cuales al no ser ejercidas según lo manifestado por las mismas autoridades, dieron lugar a la imposición de la sanción establecida en los arts. 76, 77 y 87 de la Ley de Sociedades de Seguros, y el procedimiento aplicado fue el establecido en los arts. 42, 47 y siguientes de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, relativas a las infracciones y sanciones respectivamente, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 85 de la Ley de Sociedades de Seguros, que establece lo relativo a la Contabilidad, Estados Financieros y Auditoría, determinando que será la Superintendencia la que establezca la forma en que deberá llevarse la misma. [...]

ANALISIS DEL CASO

En el caso de autos, se impugna tanto el procedimiento administrativo sancionador, por considerar la demandante que no es el adecuado en el caso de las infracciones que se le atribuyen, así como la imposición de las sanciones económicas por considerar que no es sujeto de las mismas, y la falta de facultad de las autoridades demandadas para emitir las normas que supuestamente ha infringido, las cuales no se sujetaron a la publicada que establece el Código Civil.

Antes de analizar las primeras dos alegaciones las cuales son el objeto principal de la pretensión, conviene aclarar lo relativo a la facultad de las autoridades demandas para emitir las Normas, que supuestamente ha infringido la demandante, así como la

publicidad que alega no haberse efectuado, lo cual da lugar a no ser normas de aplicación, pues no han sido de conocimiento de los administrados.

4.1 Sobre Potestad Normativa de la Administración

La doctrina ha señalado que la potestad normativa de la Administración, comporta la atribución a la Administración, en un marco determinado por el bloque Ley - Reglamento, del poder de gestión del sector o segmento social de que se trate; poder que incluye la capacidad de expresarse a través de normas, la cual no es propia, sino siempre derivada de la Ley Formal.

Esta Sala se ha pronunciado que cuando una ley hace referencia a un reglamento u otro tipo de normas, lo hace con la finalidad de que éste la complemente, bajo ciertas directrices su contenido básico; pero, al mismo tiempo lleva implícita la obligación de que la regulación reglamentaria respete los principios constitucionales, ya que no resulta razonable que el legislador encomiende el dictar disposiciones contrarias a su contenido, espíritu y a dichos preceptos. Debe existir por lo tanto, una adecuación entre la Constitución, los fines perseguidos por la ley y los medios que la norma creada para el desarrollo de dicho precepto legal establece para lograrlos".

De lo determinado por los arts. 10 lit. b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, y 87 inciso 3°, se desprende que es facultad del Consejo el dictar las normas que sean necesarias para coordinar las labores de fiscalización de esta con las labores de auditoría que realizan los auditores externos de los integrantes del Sistema Financiero, facultad otorgada por el mismo legislador, lo que implica que este es una reserva de ley. Ello significa que existe una relación jerárquica-normativa entre la ley y la norma que se dicte para complementar a la Ley en su desarrollo. No la suple, en primer lugar porque existen materias reservadas a la ley y que solamente deben ser abordables normativamente por ésta.

RESERVA DE LEY

Por lo que cabe recordar lo sustentado por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en cuanto a la figura de la reserva de ley, en el sentido que constituye una técnica de distribución de potestades a favor del legislativo, determinada constitucionalmente y por tanto, implica que determinadas materias sólo pueden ser reguladas por dicho órgano,

como garantía, en primer lugar, de la institución parlamentaria frente a las restantes potestades normativas y, en segundo lugar, frente a sí misma.

La preferencia hacia la ley en sentido formal para ser el instrumento normativo de ciertas materias, *proviene del plus de legitimación que posee la Asamblea Legislativa por sobre el resto de órganos estatales y entes públicos con potestad normativa*, en virtud de que recoge y representa la voluntad general. Problema fundamental es determinar en los ordenamientos jurídico- constitucionales, como el de El Salvador -en los que existen, varios órganos estatales y entes públicos con potestades normativas-, cuáles materias se entienden incluidas en la zona de reserva de ley, puesto que nuestra Constitución, en lo que a la figura de la reserva de ley se refiere, es muy oscura: ninguno de sus preceptos define cuál es el dominio natural de la potestad normativa de la Asamblea Legislativa.

La reserva de ley, de acuerdo con la doctrina, puede funcionar de dos maneras distintas: como una reserva "absoluta" o como una reserva "relativa".

La reserva en sentido estricto, o absoluta, implica que la ley (en sentido formal) regula por sí misma toda la materia reservada, de tal suerte que queda completamente exenta de la acción del Ejecutivo y de los entes autónomos y, en consecuencia; de sus productos normativos. En estos supuestos, los acuerdos ejecutivos o municipales no podrán entrar a regular las materias reservadas, ni tampoco, desde otra perspectiva, el legislador podrá librarse de regular la materia reservada. De acuerdo con esta doctrina, la reserva absoluta le impone una obligación al legislador de regular él mismo la totalidad de la materia.

La reserva de una materia a la ley no supone siempre, como pudiera pensarse, la prohibición total de acceso a la misma de otras potestades normativas, ya que, en algunos supuestos -de análisis posterior-, la reserva de ley puede relajarse notoriamente admitiendo la colaboración de otros entes con potestades normativas: reserva relativa. En efecto, sin bien pareciera que la presencia de reglamentos o acuerdos en una materia reservada a la ley es inadmisibles, analizando a profundidad la figura se concluye que esto no es así, y no se ha discutido nunca seriamente en doctrina tal posibilidad.

En los supuestos de reserva relativa, la ley puede limitarse a establecer lo básico de la disciplina o materia, remitiendo el resto a otras normas, aunque la ley debe establecer los criterios y directrices de la regulación subordinada, así como una delimitación precisa de su ámbito. Es decir, lo esencial radica en la circunstancia de que la norma remitente, en los casos habilitados, renuncia deliberadamente a agotar toda la regulación y, consciente de ello, llama a otra norma para que la complete, formando entre las dos un solo bloque normativo.

A partir de la anterior, pueden comenzar a perfilarse los requisitos que debe reunir la norma que hace uso de este tipo de reserva y los límites de las normas que coadyuvan.

El contenido de una disposición de remisión debe comprender los siguientes elementos: (1) una regulación sustantiva de la materia, que deliberadamente no pretende ser exhaustiva; (2) la determinación de unas instrucciones, criterios o bases, que sin llegar a suponer una regulación agotada, resulten lo suficientemente expresivos como para que, a partir de ellos, pueda luego desarrollarse la normativa; (3) una habilitación reglamentaria, es decir, una autorización al reglamento o a otra norma inferior a la ley, para que regule la materia penetrando en una zona reservada a la ley que, sin esta habilitación, resultaría ilícita y cuya realización no ha de exceder las instrucciones legales; y (4) una remisión al resultado de la colaboración reglamentaria que, en los términos dichos, se ha posibilitado u ordenado.

En consecuencia, las normas que hacen uso de tal relatividad no pueden dejar en libertad a la norma "habilitada" o "remitida", sino que deben condicionar y circunscribir el llamamiento o ayuda, es decir, que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un "cumplimiento de la regulación legal": cuanto más detallada sea la ley que incorpora la reserva, menos margen habrá para el desarrollo de la norma remitida.

De aquí que el problema sea delimitar hasta qué punto puede llegar la sumariidad de la ley que incorpora la reserva para que la norma remitida, por falta de referencias previas, no se convierta en algo independiente de ella y, por tanto, inconstitucional. La sumariidad, en los casos en que exista, debe contener al menos el "núcleo" de la materia reservada, para poder prever, el alcance o cobertura material de la misma.

Por otra parte, desde el ángulo contrario, la norma remitida debe respetar los límites establecidos o el "quantum" admitido. Si estos límites no se respetan, se produce lo que la doctrina denomina "deslegalización de la materia reservada" lo cual resulta inadmisibles porque una regulación normativa independiente y no claramente subordinada a la ley supondría una degradación de la reserva formulada expresa o tácitamente por la Constitución. Y es que como quedó expuesto si la ley que incorpora la reserva debe contener una cierta regulación de la materia (al menos el "núcleo") la norma remitida no puede ir más allá de un complemento de regulación.

Existen algunos supuestos en los que la *complejidad técnica*, la *prontitud de actuación* y las *precisiones normativas*, exigen que la ley que incorpora la reserva pueda tener la complementariedad y colaboración de otros entes con potestades normativas; es decir, que ciertos ámbitos de la realidad normada encomendados al legislador pueden ser

cubiertos, preferentemente por aquél en su núcleo esencial, pero también por normas emanadas de otras fuentes reconocidas constitucionalmente, para poder -en términos generales *optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución*.

En conclusión la Potestad Normativa en estos supuestos, no es propia, sino siempre derivada de la Ley Formal, con la particularidad de que su ámbito y alcance quedan entregados en su precisión última a la norma reglamentaria propiamente dicha.

Para el caso bajo análisis, las Normas para las Auditorías Externas de Bancos y Sociedades de Seguros, emitidas por el Consejo Directivo, en Sesión del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y nueve, de las cuales se le atribuye a la demandante, haber infringido, son acordes con la potestad normativa, atribuida a este, por lo que la alegación del demandante a este respecto no es procedente, la cual se limita como su objeto lo indica, a establecer los requerimientos mínimos que deben cumplir los auditores externos y el establecer las disposiciones que permitan la coordinación de la función de fiscalización que le corresponde a la Superintendencia.

4.2 Sobre la Publicidad de las Normas

Para el actor Marienhoff, en su Tratado de Derecho Administrativo, señala que la publicidad es esencial, pues constituye la base de la presunción de conocimiento de la ley atribuida a los habitantes del país, la cual es necesaria respecto de estos y no respecto del Estado, pero, aun respecto a los habitantes o administrados, la publicación sería innecesaria cuando se tratare de una ley referente a una determinada persona o a varias personas determinadas, y el o los destinatarios de la norma tuvieran conocimiento de la misma. En este supuesto, aunque la ley no hubiere sido publicada, igualmente surtiría todos sus efectos jurídicos respecto a las personas a quienes ella se vincula.

Cabe recordar la diferencia que existe entre el Ley "formal", la cual se diferencia u opone a la ley "material" .o substancial, es decir, ésta es el acto jurídico que establece una regla de derecho, en cambio, la ley "formal", tienen un contenido específico, es decir materia reservada por la Constitución de la República, a la competencia del Legislador, a lo cual se le llama reserva de ley y que ya nos hemos referido en el aparatado anterior. La segunda es decir la Ley material, abarca o comprende los actos normativos, excluidos los sancionados específicamente por el legislador. En tal orden de ideas, integran la ley "material" los reglamentos, y los otros actos creadores de normas jurídicas que emitiera la Administración, los cuales escapan al contenido de ley formal.

De lo antes expuesto, se considera que las Normas dictadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero, no obstante haber sido o no publicadas, no por

ello pierden su eficacia, pues su remisión forman y complementan el bloque legal al que nos hemos referido, y no puede alegarse su desconocimiento, pues es la Ley misma, la que hace su remisión a éstas y una vez los Sociedades que auditan Sociedades de Seguros, se inscriben en el Registro que lleva la Superintendencia, y cumplen su Ley Orgánica y otras afines, saben que esta deja claro su remisión a las Normas complementarias para el desarrollo de esta función. Por lo que la alegación de la demandante en este sentido no es atendible. "

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 174-2005 de fecha 13/07/2009)

SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES: REVOCATORIA DE AUTORIZACIÓN DE AGENTE DE SERVICIOS PREVISIONALES

El objeto del litigio es la pretensión de ilegalidad de los actos dictados por la Superintendencia de Pensiones de fechas: treinta y uno de julio de dos mil seis, mediante la cual se le revoca a la demandante su autorización como agente de servicios previsionales; y, veintinueve de agosto del mismo año, en la que se declara firme la anterior resolución.

Dentro de los argumentos planteados por la parte demandante y la autoridad demandada, este Tribunal advierte, que la controversia del presente caso se circunscribe a determinar si la resolución mediante la cual se revoca la autorización de la demandante, fue dictada sin una norma legal que ampara su emisión, aplicando un procedimiento administrativo de forma errónea e inobservando los términos de la prescripción.

La demandante argumenta que los actos que impugna son nulos de pleno derecho, ya que el acto por medio del cual se revoca la autorización de agente de servicios previsionales, fue dictado sin una norma legal que amparara tal decisión, ya que la Superintendencia de Pensiones no se encontraba facultada por la ley para emitir tal revocatoria, además de aplicar un procedimiento de forma errónea sin observar los términos de la prescripción.

NULIDAD DE PLENO DERECHO: APLICABILIDAD EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La premisa básica es que la categoría jurídica actos nulos de pleno derecho, aparece en el ordenamiento jurídico salvadoreño en la LJCA, con lo cual la Sala de lo Contencioso Administrativo, encargada de aplicar dicha ley, está facultada -y obligada- a operativizar dicha norma.

a) Regulación en el ordenamiento jurídico salvadoreño

Si bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa recoge expresamente el término nulidad de pleno derecho, no especifica qué tipo de actos encajan en esta categoría, es decir, no hace referencia a los supuestos en que se concretiza dicho vicio.

En el Derecho comparado, los supuestos que dan lugar a la nulidad de pleno derecho suelen recogerse en una norma sustantiva de aplicación general, o ley marco de procedimientos administrativos. No obstante, para abordar el tema de las nulidades de pleno derecho en El Salvador, ha de partirse de un dato esencial: la ausencia de una ley que regule en términos generales qué supuestos dan lugar a las nulidades de los actos administrativos y, en especial, a las llamadas nulidades de pleno derecho, ya que en el resto del sistema jurídico salvadoreño escasamente se ha abordado este concepto.

Al revisar el Derecho comparado, resulta que algunos ordenamientos han trasladado los supuestos de nulidad del Derecho Civil al Derecho Administrativo. Sin embargo, para este Tribunal, el traslado de los supuestos de nulidad en materia civil a la materia administrativa no es una solución idónea atendiendo a la especial naturaleza del Derecho Administrativo. Para el caso, si bien en materia civil se regulan los supuestos de la llamada "nulidad absoluta", ésta se refiere a actos cuya esencia radica en la voluntad de los particulares, mientras que en los actos administrativos, lo esencial y relevante es lo expuesto por la norma jurídica que los respalda o, en la cual debieron fundamentarse.

b) Aplicabilidad del concepto.

Se ha establecido que la nulidad de pleno derecho es una categoría contemplada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que es esta Sala la llamada a aplicarla. Si bien el ordenamiento jurídico administrativo no proporciona elementos suficientes que permitan establecer de manera general los casos que se tipifican como nulidad de pleno derecho, esto no puede eximir a esta Sala de la obligación de operativizar el concepto.

En otros términos, si la ley reconoce a la Sala la facultad y el deber de admitir la impugnación y pronunciarse sobre actos viciados de nulidad de pleno derecho, la falta de un ordenamiento que regule de forma expresa tal categoría, no la exime de analizarla y calificarla.

Naturalmente dicha calificación ha de realizarse de forma rigurosa, con razonamientos objetivos y congruentes propios de la institución de la nulidad, y sustentada en el ordenamiento jurídico interno.

Este Tribunal, encargado del control de legalidad de las actuaciones de la Administración Pública, está obligado -ante la eventual impugnación de actos amparada en una nulidad de pleno derecho- a determinar si el vicio alegado encaja o no en dicha categoría.

En este sentido se ha pronunciado ya la Sala de lo Constitucional de esta Corte en el amparo N° 384-97, de fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve, en el cual sostuvo que "La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa faculta a la respectiva Sala, para revisar la legalidad de los actos de la Administración Pública, con el objeto de garantizar la imparcialidad del órgano que ha de dilucidar la posible ilegalidad de los mismos. En ese sentido, pese a que la referida ley no establece las causas por las cuales un acto administrativo se reputará nulo de pleno derecho, la Sala de lo Contencioso Administrativo no puede inhibirse de conocer y pronunciarse sobre la supuesta nulidad de un acto administrativo que se impugne por tal motivo (...)".

En dicha resolución se concluyó que esta Sala debía llenar de contenido el referido art. 7, para lo cual se debían "atender criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico, asistiéndose del ordenamiento jurídico interno y de la doctrina".

Por tanto, esta Sala debe establecer los parámetros esenciales para determinar si una actuación de la Administración Pública encaja en la categoría de nulidades de pleno derecho.

NULIDAD DE PLENO DERECHO COMO UNA CATEGORÍA ESPECIAL DE INVALIDEZ

a) La invalidez de los actos administrativos y la competencia de esta Sala

La invalidez del acto administrativo, es definida por algunos autores como una "situación patológica" del acto administrativo, originada por vicios en sus elementos o porque éste incumple las reglas normativas, formales y materiales que condicionan el ejercicio de la potestad de que se trata. En otros términos se apunta que la validez depende, además de la existencia de los requisitos constitutivos del acto, de su adecuación a la norma.

Para Roberto Dromi la invalidez es la "consecuencia jurídica del acto viciado, en razón, de los principios de legalidad, justicia, y eficacia administrativa", y la nulidad "es la consecuencia jurídica que se impone ante la transgresión al orden jurídico" (Roberto Dromi: Derecho Administrativo, séptima edición actualizada, ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998).

Conforme al artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, corresponde a esta Sala: "El conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública".

Las pretensiones objeto de esta jurisdicción se encaminan a propiciar el examen de legalidad de actuaciones administrativas -requisito básico de procesabilidad de la acción contenciosa administrativa- bajo el fundamento que se han dictado en transgresión a la normativa secundaria de carácter administrativo.

En este orden de ideas, la competencia de este Tribunal es realizar un examen de legalidad de la actuación que se impugne, a fin de determinar si éste fue emitido conforme a Derecho o por el contrario, se encuentra afectado por un vicio que determina su invalidez.

b) El conocimiento extraordinario de la nulidad de pleno derecho

Debe partirse del hecho que la nulidad de pleno derecho es una categoría de invalidez del acto, pero caracterizada por una especialidad que la distingue del resto de ilegalidades o vicios que invalidan el acto administrativo.

Es generalmente aceptada la cualificación de los vicios o deficiencias que afectan la validez del acto en tres grandes categorías: irregularidades no invalidantes, nulidad relativa o anulabilidad y nulidad absoluta.

Además se distingue la "inexistencia", patología que se predica respecto de aquellos actos que carecen de los elementos esenciales que los doten siquiera de la apariencia de validez.

En algunas legislaciones se introduce el término nulidad de pleno derecho como el grado máximo de invalidez, ocasionado por vicios de tal magnitud, que desnaturalizan al acto como tal. Según la determinación del legislador o la jurisprudencia, algunos de estos vicios coinciden con los de la llamada "nulidad absoluta" y otros con la inexistencia.

La doctrina no es uniforme al abordar el tema de la nulidad de pleno derecho, pero coincide en reconocerle un alto rango y una naturaleza especial que la distinguen de los otros supuestos de invalidez. Se establece precisamente que ésta constituye el "grado máximo de invalidez", que acarrea por tanto consecuencias como la imposibilidad de subsanación, imprescriptibilidad e ineficacia ab initio. En este orden de ideas, se identifica este grado de nulidad por la especial gravedad del vicio.

Roberto Dromi sostiene que la gravedad del acto nulo no debe medirse por la conducta del agente creador del vicio, sino por la lesión que produzca en los intereses de los afectados, en el orden público y jurídico estatal.

Tomás Ramón Fernández considera que esta nulidad alcanza sólo a los supuestos más graves de infracciones del ordenamiento, los cuales pueden determinarse tras una valoración que exige "una consideración de la intensidad del conflicto, del vicio respecto del sistema mismo y del orden general que dicho sistema crea".

Javier García Luengo retoma el "evidente" grado de ilegalidad del vicio que afecta al acto nulo de pleno derecho, en ese sentido sostiene que "la especial gravedad de la infracción que afecta el acto administrativo, en ausencia de un expreso pronunciamiento del legislador, deberá entenderse producida cuando el acto contraviene los principios y valores básicos del Estado de Derecho y que constituyen el pilar material de las constituciones modernas" (Javier García Luengo: La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Editorial Civitas, Madrid, 2002).

Este último tratadista cita como base de esta concepción los orígenes de la jurisprudencia administrativa, la cual: "C..) no ha vacilado en sentar que cuando las leyes y los Reglamentos administrativos no declaran expresamente nulos los actos contrarios a sus preceptos, la apreciación de si el cometido entraña nulidad depende de la importancia que revista, del derecho que le afecte, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlas".

Tales posturas doctrinarias ilustran respecto al carácter excepcional de las nulidades de pleno derecho.

Como se ha expuesto, nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no califica ni define la categoría nulidad de pleno derecho, pero la instituye claramente -en concordancia con la doctrina- como una invalidez especial, al habilitar en forma extraordinaria el conocimiento de actos administrativos afectados por dicho vicio, aún cuando no cumplan con los presupuestos procesales que normalmente se exigen para acceder a esta sede.

Con todos estos antecedentes, es preciso realizar la búsqueda de estos supuestos especiales de invalidez con una visión integrada de nuestro ordenamiento jurídico.

INTEGRACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Se ha establecido que el ordenamiento jurídico-administrativo no contiene elementos suficientes para la construcción de la categoría jurídica en estudio. Tampoco esta Sala encuentra justificaciones para el traslado de las categorías civiles de las nulidades al Derecho Administrativo, en particular a la materia contencioso-administrativa. Por tal razón debe buscarse en el resto del ordenamiento para completar esta categoría, que como se ha expuesto, se convierte en un imperativo para el juzgador.

En ejercicio de dicha labor de integración, el juzgador debe recurrir a las normas de rango jerárquico superior: la Constitución, primera y máxima de las normas del ordenamiento y la que inspira y en la que debe enmarcarse todo el resto del ordenamiento jurídico.

En este sentido, el artículo 235 Cn. establece que "todo funcionario civil o militar, antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendiéndose a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen (...)". Por su parte el artículo 246 Cn., señala claramente que la Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos.

En el examen del ordenamiento constitucional hay una disposición que resulta inevitable valorar debido a su referencia a la categoría de la nulidad: el artículo 164, éste literalmente reza: "Todos los decretos, acuerdos, órdenes y resoluciones que los funcionarios del Órgano Ejecutivo emitan, excediendo las facultades que esta Constitución establece, serán nulos y no deberán ser obedecidos, aunque se den a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa".

A la letra de esta disposición constitucional se regula la nulidad de ciertas actuaciones de uno de los órganos fundamentales del gobierno, por lo que constituye una obligada referencia en la interpretación de la categoría contenida en el art. 7 de la LJCA.

Por otra parte, la Sala de lo Constitucional, en la sentencia ya citada en el apartado 1 c) supra, hizo alusión a este artículo de la Constitución. Si bien no definió el alcance de dicha disposición, su inclusión en la decisión del tribunal constitucional parece sugerir a esta Sala un parámetro que deberá considerar para la concreción jurisprudencial de la categoría de las nulidades de pleno derecho.

Es preciso entonces analizar los alcances de la referida norma.

ANALISIS INTERPRETATIVO DEL ART. 164 DE LA CONSTITUCION.

a) Destinatario de la disposición.

El primer aspecto a dilucidar sobre los alcances de dicha norma, es establecer qué sujetos resultan vinculados con su regulación. La premisa es que la referida norma alude a la nulidad de las actuaciones de los funcionarios del Órgano Ejecutivo.

Tal alusión expresa al Órgano Ejecutivo (y su consecuente inclusión dentro del capítulo relativo al Órgano Ejecutivo) encuentra su razón de ser en la raíz histórica de la disposición constitucional en estudio, la cual ha estado en nuestro ordenamiento -en términos muy parecidos- desde la Constitución de 1886, y con la misma redacción desde la Constitución de 1950. En este contexto, la Administración Pública era esencialmente equiparable al Órgano Ejecutivo.

Una interpretación sistemática de la Constitución exige revisar la finalidad que sustenta esta disposición y la posible extensión a otros entes del poder público. El constituyente ha establecido en ella un mecanismo de defensa de los ciudadanos frente a actos con un vicio excepcional, definiendo a priori la consecuencia aplicable. Este resulta ser un importante instrumento en la defensa de los ciudadanos frente a actos del Órgano Ejecutivo que vulneren el ordenamiento jurídico.

A efecto de esta sentencia, interesa determinar si estas mismas consecuencias pueden ser trasladadas al resto de la Administración Pública, de la cual, tal como ha establecido esta

Sala y la Sala de lo Constitucional en reiteradas sentencias, el Órgano Ejecutivo es sólo una parte.

Debe considerarse que la estructura normativa de la Constitución exige que la concreción de los enunciados genéricos se realice de tal manera que ninguna de sus disposiciones pueda considerarse de forma aislada, es decir, que toda prescripción constitucional debe evaluarse en forma coordinada con el resto del texto.

En este sentido no deben hacerse interpretaciones cerradas, basadas en la estructura formal de la Constitución, en cuanto a que una disposición por estar situada bajo el acápite de un órgano determinado, no podría aplicarse a otro.

Bajo esta perspectiva, la ubicación del art. 164 Cn. en el capítulo relativo al Órgano Ejecutivo, no es impedimento para extender su aplicación hacia actuaciones de otros entes del poder público.

Esta interpretación es acorde a la teleología de la norma, cual es, como se ha indicado, erigir un mecanismo de defensa de los ciudadanos frente a actuaciones del poder público afectadas con un vicio excepcional y un consecuente control del ejercicio del poder en el Estado constitucional de Derecho.

Resulta especialmente ilustrativo referirse al artículo 86 de la Constitución, norma que contiene la más genérica expresión del Principio de Legalidad en el ordenamiento salvadoreño, la cual identifica en su inciso primero a "los órganos fundamentales del Gobierno" señalando al Legislativo, al Judicial y al Ejecutivo, como expresión de la clásica división de poderes.

En su inciso final (concreción expresa del principio de legalidad) señala que "los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo, y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley". Así, en principio, dicha norma parecería referirse exclusivamente a los "funcionarios del gobierno".

Sin embargo, tanto la Sala de lo Constitucional como la Sala de lo Contencioso Administrativo han reconocido que justamente en esta disposición se encuentra el Principio de Legalidad de la Administración Pública, y no únicamente del Órgano Ejecutivo.

En esta misma interpretación integradora de la Constitución, y por las razones arriba señaladas se concluye que la regulación sobre la nulidad contenida en el art. 164 Cn., para los actos de los funcionarios del Órgano Ejecutivo, puede aplicarse de forma extensiva a los actos del resto de la Administración Pública que adolezcan de dicho vicio.

Por otra parte, el art. 164 se refiere a "decretos, acuerdos, órdenes y resoluciones". En dicha enunciación el constituyente pretende ilustrar respecto al tipo de actuaciones que provienen de dicho sujeto y que podrían resultar nulas, y no agotarlas. Puesto que la aplicación de dicha disposición no está limitada al Órgano Ejecutivo, sino a toda la Administración Pública, debe interpretarse que dicha fórmula enunciativa no es restrictiva, sino por el contrario, se refiere, a todas las posibles actuaciones administrativas que excedan las facultades que la Constitución establece, cualesquiera sea la forma que adopten.

FACULTADES CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Hace falta delimitar a cuáles facultades establecidas por la Constitución es aplicable el artículo en examen.

Las facultades para la Administración Pública se conocen como potestades, entendidas como sinónimo de habilitación o títulos de acción administrativa.

En los términos del autor Luciano Parejo "las potestades son, en último término y dicho muy simplificada, títulos de acción administrativa..." (Luciano Parejo Alfonso y otros: Manual de Derecho Administrativo. Editorial Ariel, Barcelona, 1994. Pág. 398).

Esta Sala, en sentencia de las nueve horas del día veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete, en el juicio referencia 17-T-96, sostuvo que "la conexión entre el Derecho y el despliegue de las actuaciones de la Administración, se materializa en la atribución de potestades, cuyo otorgamiento habilita a la Administración a realizar sus actos...", de tal manera que "sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente (...)".

Las facultades de los funcionarios de la Administración Pública encuentran su fundamento último en la propia Constitución, pues de conformidad al art. 86 (que recoge el Principio de Legalidad abordado en párrafos anteriores), no puede haber actuación lícita de ningún funcionario que no esté amparada en el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, el art. 164 de la Cn. puede extenderse a todas las facultades que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración Pública; es decir, a la suma de las atribuciones y competencias en el desarrollo de la función administrativa.

Interesa ahora determinar qué debe entenderse por exceso de facultades que la Constitución establece.

En primer lugar, el exceso a que se refiere el citado artículo es a todo lo que esté fuera del ámbito de facultades o potestades, por estar más allá de éstas o por desviarse de las mismas, lo cual incluye la posibilidad de que -estando obligada- la Administración Pública simplemente no las ejerza. En tal sentido, el exceso debe ser entendido inicialmente en su acepción más amplia, es decir, como cualquier desviación por parte de la Administración Pública del mandato contenido en el ordenamiento jurídico.

El art. 164 Cn. pretende proteger el ordenamiento en su expresión normativa superior: es un mecanismo de defensa de la Constitución ante actos nulos de la Administración. En este orden de ideas, los excesos de las facultades que la Constitución establece, relevantes para la categoría de nulidad del art. 164 Cn., son aquellos que vulneren disposiciones de la misma.

En consecuencia, será nulo el acto dictado por la Administración Pública en ejercicio de una facultad administrativa, cuando dicha transgresión trascienda en una vulneración a la Constitución.

DIFERENCIA ENTRE ACTOS NULOS Y NULOS DE PLENO DERECHO

Como se expuso en párrafos anteriores, la nulidad de pleno derecho, a la luz de la doctrina, constituye el "grado máximo de invalidez", que acarrea por tanto consecuencias como la imposibilidad de subsanación, imprescriptibilidad e ineficacia ab initio.

Como también se ha establecido, el art. 7 de nuestra LJCA recoge esta categoría precisamente como un grado de invalidez especial, en tanto la constituye como un presupuesto al conocimiento extraordinario de supuestos que de otra manera serían inadmisibles.

El artículo 164 de la Constitución señala que los actos nulos "no deberán ser obedecidos", reconociendo con ello que estos actos adolecen de un vicio de tal magnitud, que los invalida totalmente y los dota de ineficacia ab initio. En otras palabras, el que no deban ser obedecidos indica que para nuestra Constitución estos actos adolecen de un vicio tal, que no producen ningún efecto, es decir, son radicalmente inválidos para el Derecho. La especialidad en este caso, vendría asociada al rango de la norma vulnerada.

En conclusión, las nulidades de pleno derecho de la LJA pertenecen a la categoría de actos nulos contenidos en la disposición constitucional. Ello no excluye la posibilidad que existan otros tipos de actos nulos, pero ciertamente a la luz del art. 164 de la Constitución, los actos nulos de pleno derecho del art. 7 de la LJA encajan en esta categoría.

Por supuesto, para determinar si en efecto estos actos adolecen de este vicio de nulidad de pleno derecho, hará falta que un juez así los declare, tanto por ejercicio de sus propias atribuciones constitucionales (art. 172 Cn.) en función de la seguridad jurídica, la igualdad y la propia estabilidad y supervivencia del Estado de Derecho. Sostener que no debe mediar un juez que declare la nulidad y, en consecuencia, el acto no debe ser obedecido, implicaría una amenaza imponderable para el Estado, en la medida en que cada ciudadano podría entender dicho concepto a su conveniencia y simplemente desobedecer aquello que no le agrada o favorezca porque a su juicio es nulo. De ahí que sea necesario que el juez declare que determinado acto administrativo es nulo por ser contrario al ordenamiento constitucional.

Es el Órgano Judicial el ente encargado de la aplicación de la norma, y para este Tribunal, la competencia establecida en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ("el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública") y la inclusión de la categoría de actos nulos de pleno derecho en el art. 7 de la misma ley, justifican el conocimiento de dichos actos en la jurisdicción contencioso administrativa.

LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Y LA COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: SUPUESTOS QUE DAN LUGAR A LA NULIDAD DE PLENO DERECHO

Tal como se ha establecido, los actos nulos de pleno derecho regulados en el art. 7 de la LJA son una expresión de los actos nulos a que se refiere el art. 164 de la Constitución. Sin embargo, esta determinación genérica debe ser valorada frente al ámbito de competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Los actos regulados en este artículo son actos de naturaleza administrativa, los cuales se desvían del ejercicio de una potestad administrativa y, consecuentemente, vulneran la Constitución.

Por otra parte, el art. 2 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, establece que la competencia de esta Sala se refiere al conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública, es decir la competencia de este Tribunal se refiere al control de legalidad de los actos de la Administración Pública.

Dicha competencia no se modifica por la vía de conocimiento excepcional regulada en el art. 7 LJCA, pues tal como se ha establecido, la comprobación de una nulidad de pleno derecho únicamente permite obviar ciertos requisitos de admisibilidad. De ahí que será bajo los presupuestos de esa misma competencia, que esta Sala conocerá de las alegaciones de actos nulos de pleno derecho.

Por tanto, puede afirmarse que para que un acto nulo de pleno derecho pueda ser conocido por la Sala, se requiere que dicho acto vulnere el ordenamiento jurídico-administrativo, es decir, una norma contenida en el bloque de legalidad secundario (el cual constituye el parámetro de control de este Tribunal) y que ello trascienda en una vulneración a la Constitución.

Es necesario advertir que no toda ilegalidad o violación conlleva una nulidad de pleno derecho, es decir, la mera violación al principio de legalidad no conlleva nulidad de pleno derecho, lo cual rompería "el principio de mera anulabilidad"; el carácter excepcional con el que rige la nulidad de pleno derecho se convertiría en regla general.

Con tales antecedentes, se concluye que, para efectos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, la nulidad de pleno derecho en el ordenamiento jurídico-administrativo salvadoreño es una categoría especial de invalidez del acto administrativo, que se configura cuando concurren los siguientes supuestos:

Que el acto administrativo transgreda la normativa secundaria (de carácter administrativo), por haberse emitido en exceso, o fuera de las potestades normativas;

Que esta vulneración trascienda a la violación del ordenamiento constitucional;

3) Que esta transgresión se concrete en la esfera jurídica del sujeto que alega la nulidad. En este orden de ideas, será en cada caso en que este Tribunal determine si se configura o no tal categoría de nulidad.

Lo anterior implica que no ha de realizarse un catálogo cerrado de los supuestos que configuran la nulidad de pleno derecho, sino, compete a esta Sala, a partir de los

parámetros enunciados, determinar (cuando se alegue) si el vicio que se le presenta encaja en esta categoría.

Esta Sala procederá al análisis correspondiente de los argumentos vertidos por las partes para determinar si el acto impugnado adolece de los vicios de nulidad invocados.

Debido a que el acto administrativo controvertido en esta sede judicial, es de naturaleza sancionadora, este Tribunal considera oportuno señalar que según importantes corrientes doctrinarias, el *ius puniendi* del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento. Dicha función administrativa desarrollada en aplicación del *ius puniendi*, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración.

Como otras potestades de autoridad, ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de la Constitución. En tal sentido, el art. 14 de la Constitución de la República sujeta inicialmente la potestad sancionadora administrativa al cumplimiento del debido proceso, cuando en su parte pertinente establece que ".../a autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas..." pero sobre todo, en congruencia con la Constitución y los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, la potestad sancionadora encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del art. 86 de la Constitución. Así pues, en virtud de la sujeción a la Ley, la Administración sólo podrá funcionar cuando aquella la faculte, ya que las actuaciones administrativas aparecen antes como un poder atribuido por la Ley, y por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudablemente extensible a la materia sancionatoria, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad.

PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Una importante consecuencia de la potestad penal de la judicatura y la sancionadora de la Administración, es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien dichos principios tienen también origen común en la

identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Por esa razón, tradicionalmente se habla de la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, obviándose referencia a su identidad matriz.

Esta Sala ha sostenido en reiteradas ocasiones que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Sabido es que existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho, aunque ello no debe inhibir a la Administración de la aplicación de los principios rectores del *ius puniendi* al ámbito administrativo sancionador, pues estos tienen origen primordialmente en la norma fundamental.

Puede de esta manera afirmarse, que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal encauzando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados. Consecuentemente, los destinatarios de sanciones administrativas, estarán siempre amparados por las garantías constitucionales.

Entre los principios fundamentales del Derecho Administrativo Sancionador se encuentran el de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad y el de la prescripción, mismos que según la parte actora, han sido violados por la Superintendencia de Pensiones, por lo que esta Sala, en los apartados correspondientes analizará si efectivamente se efectuó dicha violación.

PRESCRIPCIÓN: INOBSERVANCIA

Como punto de partida, esta Sala determinará si al momento en que el demandante interpuso la denuncia a la Superintendencia de Pensiones, la acción ya se encontraba prescrita tal y como lo afirma la parte demandante.

Para el caso que nos ocupa, la prescripción es entendida como una vía de extinción de la responsabilidad, elimina un estado de incertidumbre en las relaciones jurídico-penales entre el delincuente y el Estado, fortaleciéndose así la necesaria seguridad jurídica. Es por

ello que con el paso del tiempo, la razón de persecución y castigo del hecho delictivo se debilita o, mejor, se extingue.

Tal principio tiene aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador. Se afirma que en el ámbito del Derecho Sancionador -genéricamente considerado- las normas jurídicas refieren el objeto de la prescripción estrictamente a los ilícitos y a las sanciones. Así lo justifica: "Entender de tal modo la prescripción supone también el tener que atribuir al mero transcurso de un período de tiempo previamente determinado en la norma el radical efecto de extinguir o eliminar la posibilidad de que por parte de los poderes públicos se declare o se reprima la responsabilidad penal. La infracción prescrita, al haber quedado extinguida por el transcurso del plazo fijado al efecto, ni puede ser objeto de un procedimiento sancionador evidentemente abocado al fracaso, ni, en consecuencia, puede ser ya sancionada o reprimida. La sanción prescrita, por la misma razón, tampoco puede ser exigida o ejecutada al sujeto a quien se hubiera impuesto. (El Procedimiento Administrativo Sancionador. Garberí Llobregat, José y Buitrón Ramírez, Guadalupe, Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2001. Pág. 144).

La doctrina señala que el fin de la prescripción es tener por extinguido un derecho que por no haberse ejercido se puede presumir que el titular lo ha abandonado. Se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular.

El Reglamento de Gestión Empresarial, en su art. 54 establece que: "Los afiliados o terceros podrán presentar a la Superintendencia denuncias, dentro del plazo de un año de ocurrida la presunta falta (...)"

La solicitud y contrato de traspaso, según consta en la fotocopia certificada tiene fecha del veintisiete de enero de dos mil cinco. Y, la denuncia interpuesta ante la Superintendencia de Pensiones, fue presentada el catorce de febrero de dos mil seis.

De hacer un análisis automático, se podría afirmar, tal y como lo sostiene la demandante, que al momento de la interposición de la denuncia, la acción ya se encontraba prescrita. Pero al analizar el contrato en referencia, se encuentra que al final del mismo, se consignó que entraría en vigencia el uno de noviembre de dos mil cinco. Con ello, se presume razonablemente que durante el tiempo de firmado el contrato y la fecha en que entraría en vigencia el mismo, el afiliado no contaba con un elemento objetivo de conocimiento de la suplantación de su firma y huella dactilar.

En razón de lo anterior, el inicio de la contabilización del plazo para la prescripción, se establece desde el momento en que objetivamente el perjudicado se da cuenta de las

infracciones cometidas. Por consiguiente, el plazo para interponer la denuncia a la Superintendencia de Pensiones, no había prescrito.

APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Una vez determinado que la acción del afiliado no había prescrito, esta Sala procederá a establecer si a la Superintendencia de Pensiones aplicó el procedimiento correspondiente, ya que la parte actora sostiene que la autoridad demandada debió aplicar el procedimiento vigente al momento de cometerse las supuestas infracciones, con lo que, la Administración Pública aplicó de forma retroactiva el procedimiento.

El Reglamento relacionado, es el que regula el procedimiento de investigación de los agentes previsionales, y de forma específica, el procedimiento de investigación en caso de falsificación de firma o suplantación de huella.

Por Decreto Ejecutivo número diecinueve, del ocho de abril del año dos mil cinco, publicado en el Diario Oficial número noventa, tomo trescientos sesenta y siete, del dieciséis de mayo del año dos mil cinco, varias disposiciones del reglamento en mención, fueron reformadas, entre ellas las relativas a los procedimientos relacionados.

Al respecto, se puede afirmar, que la doctrina y la jurisprudencia universales, salvo excepciones, admiten que toda reforma procesal se aplica al proceso en trámite, esto es, a sus actos futuros, se trata entonces de una aplicación inmediata, ya que las partes en el proceso no adquieren derechos que puedan ser violados con la aplicación de una ley procesal nueva que sustituya o modifique algunos puntos a la ley anterior.

En consecuencia, esta Sala reconoce la aplicación inmediata de la Ley Procesal, sin tomar en cuenta la comisión de las faltas. Ya que, las normas de carácter adjetivo, una vez entran en vigencia, son de clara aplicación a las denuncias interpuestas desde ese momento, a excepción que dicha normativa, expresamente señale su aplicación retroactiva para determinados supuestos.

En el presente caso, el Decreto supra relacionado, en ninguna de sus partes hace referencia a tal retroactividad, por lo tanto, se debe entender que el procedimiento con sus reformas, es el que deberá ser aplicado a futuro.

Adicional a lo anterior, al hacer una comparación entre el procedimiento anterior y el reformado, esta Sala ha constatado que la demandante contaba con las mismas oportunidades procesales para ejercer su derecho de audiencia y defensa.

Con lo anteriormente expuesto, esta Sala concluye que no existe el vicio denunciado por la demandante.

Sobre la falta de norma legal que ampare la emisión del acto controvertido, la parte demandante sostiene que dentro del procedimiento, nunca se comprobó que la falsificación de firma y la suplantación de huella fueran realizadas por su persona, que dicha conducta no encajaba en ninguna norma, y, por lo tanto, la Superintendencia de Pensiones no tenía facultades para revocar su autorización para desempeñarse como agente de servicios previsionales, pues además, la Ley del Sistema de Ahorro Para Pensiones, no regula nada al respecto, lo que constituye una violación al principio de reserva de ley.

PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Una consecuencia de carácter formal del principio de legalidad, es la que se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas reguladoras de las sanciones, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado.

La concreción más acorde al contenido integral de todo el texto constitucional lleva a entender que, luego de la Constitución, también puede limitarse derechos fundamentales - establecer impedimentos o restricciones- por una ley en sentido formal: norma emitida por la Asamblea Legislativa; y sólo por ella, pues su órgano de creación se encuentra regido por un estatuto que comprende ciertos principios orientadores e informadores, los cuales legitiman la creación normativa por la Asamblea Legislativa.

En suma, la regulación de derechos fundamentales que implique una limitación expresa o tácita de aquellos es una materia reservada a ley; en cambio, la simple regulación es una materia que forma parte, simultáneamente, de las competencias materiales de todos los entes con potestades normativas. Es decir, que en el artículo 246 de la Constitución, existe una habilitación para que la regulación de elementos que no impliquen necesariamente restricción o limitación de derechos constitucionales sea efectuada por cualquier disposición infraconstitucional; y una reserva para que la limitación o restricción al ejercicio de los derechos constitucionales sea normada únicamente por la ley en sentido formal.

Partiendo de las anteriores premisas, es importante manifestar que, la identificación del principio de legalidad penal al administrativo sancionador exige la aplicación del principio de reserva de ley en sentido formal, con un matiz ciertamente diferenciado. Tal exigencia obedece a la conexión de la infracción o sanción con un derecho fundamental. De manera que, cuando se decide sancionar una conducta u omisión determinada, se entiende que subyace la idea de privación o limitación a un derecho fundamental. En consecuencia, la ley en sentido formal tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los derechos fundamentales, de manera que una sanción entendida como medida privativa del ejercicio de un derecho fundamental, procederá en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas emanadas por la Asamblea Legislativa y únicamente en la cuantía y extensión previstas en las mismas.

La obligación de predeterminar normativamente los supuestos de hecho que desea castigar y sus correspondientes sanciones, persigue la finalidad de erradicar todo abuso o extralimitación en el ejercicio del poder, es por ello, que se atribuye en exclusiva a un órgano representativo de la voluntad general la facultad de decidir qué restricciones de derechos fundamentales son necesarios para lograr una convivencia pacífica.

Como producto de lo anterior, se reconoce entonces que no necesariamente todos los aspectos que forman parte de la configuración de las infracciones y sanciones deban ser totalmente agotados en el texto de la ley, ya que ello iría -hasta cierto punto- en contra de la estructura de poderes dibujado por la Constitución de la República; existe por tanto la posibilidad de que las leyes contengan remisiones o habilitaciones a normas reglamentarias, por ejemplo, a efecto de que las mismas -siguiendo la línea referencial indicada por la ley- terminen de concretar el sentido de los elementos precisados en su texto. Puede decirse entonces que dicha exigencia se traduce en la necesidad de que la actuación de la potestad sancionadora de la administración se encuentra amparada por una ley en sentido formal.

En el caso bajo estudio, la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en su artículo 134, establece que "la Superintendencia de Pensiones propondrá al Presidente de la República para su aprobación, los reglamentos necesarios para el funcionamiento del Sistema de Ahorro para Pensiones v del Sistema de Pensiones Público. Adicionalmente, la Superintendencia de Pensiones emitirá instructivos y resoluciones para la aplicación de la presente Ley, las cuales serán de cumplimiento obligatorio para las instituciones fiscalizadas".

La Ley en sentido formal antes referida, constituye el marco regulatorio en materia de pensiones, y ésta, en el artículo supra relacionado, de forma expresa, hace una remisión a

la creación de los reglamentos necesarios para el funcionamiento del sistema de ahorro para pensiones. Es así, que nacen diversos reglamentos, entre los cuales y para el presente caso se destacan el Reglamento de Afiliación a las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones y el Reglamento de gestión Empresarial de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones. Y es en este último, en el que se encuentran reguladas de forma específica, las facultades inherentes a la Superintendencia de Pensiones.

En consecuencia, de conformidad a lo antes expuesto, esta Sala desestima el argumento expuesto por la parte demandante.

NEXO DE LAS CONDUCTAS CON LA PARTE DEMANDANTE PARA LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN

Una vez determinado que en el presente caso, no existe violación al principio de reserva de ley, esta Sala procede al análisis del argumento alegado por la parte actora, con relación a que nunca se comprobó que la falsificación de firma y la suplantación de huella fueran realizadas por su persona.

Al respecto, corren agregados, los informes periciales del análisis lofoscópico y grafotécnico, practicados en la huella y la firma del afiliado, en donde se concluyó que las tres firmas y la huella que corresponden al solicitante y/o trabajador, plasmadas en la solicitud y contrato de traspaso de AFP Confía S.A., no provienen del puño gráfico y que no fueron impresas por el referido señor.

Si bien es cierto, en ningún momento dichos peritos determinaron que la demandante fue la que físicamente cometió las suplantaciones, no se puede obviar lo que establece el art. 17 del Reglamento de Afiliación a las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones: "Para que el formulario sea considerado válido, se requerirá la participación de un Agente, de conformidad a lo dispuesto en el Reglamento de Gestión Empresarial de AFP y los Instructivos respectivos. El Agente actuará en representación de la AFP y solamente será responsable de la información consignada en el formulario, debiendo para dicho fin, realizar las investigaciones que considere necesarias".

Consecuentemente, la demandante, al haber sido autorizada para el desempeño de agente previsional, está supuesta, de conformidad al ordenamiento jurídico aplicable, a

tener el conocimiento y dominio del régimen que regula a la materia bajo estudio, y, es en virtud del tenor literal de dicha disposición, que la referida señora no puede desligarse de la responsabilidad de la información consignada en todo tipo de documentación relativa a la afiliación.

Es así, que si los especialistas en la materia determinaron que la huella y la firma no corresponden al presunto solicitante, la mandante no puede evadir la responsabilidad consignada en el artículo relacionado, so pretexto de que éstos no determinaron que fue ella quien cometió la suplantación.

Respecto a la falta de norma que ampare la actuación de la autoridad demandada.

Este punto se tratará desde dos vertientes, la primera, determinar si la conducta sancionada se encontraba tipificada en las infracciones detalladas en el art. 48 del Reglamento de Gestión Empresarial, y, la segunda, determinar si la Superintendencia de Pensiones actuó de conformidad a una norma que la respalde.

TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA SANCIONADA

Como punto de partida, vale advertir que el principio de legalidad hace alusión a la garantía de que ninguna persona será sorprendida por la definición de situaciones constitutivas de delitos o infracciones, que en el momento de ser realizadas, no estaban previstas como tales en una ley, ni por la aplicación de la penas y sanciones correspondientes, pues ha sostenido que dicho principio asegura a los destinatarios de la ley que sus conductas no pueden ser sancionadas sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al hecho considerado como una infracción. Y es que, tal principio no sólo constituye una exigencia de seguridad jurídica que requiere el conocimiento previo de los delitos o infracciones y de las penas o sanciones, sino que también constituye una garantía política hacia el ciudadano de que no puede ser sometido a penas o sanciones que no hayan sido aceptadas previamente, evitando así los abusos de poder.

Entonces, el tratamiento otorgado al principio de legalidad, ha permitido garantizar el orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual, y se

traduce precisamente en la imperiosa existencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas, y de las sanciones correspondientes, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora. Por consiguiente, es imprescindible regular todos los elementos que servirán para establecer la relación que originará las posibles sanciones.

En relación al principio de tipicidad, éste no solo implica la predeterminación del hecho enunciado y regulado por la norma, sino además su adecuación a la situación imputada al supuesto infractor. De acuerdo a ello lo procedente es verificar por medio de un análisis de adecuación si la conducta denunciada es correlativa respecto al tipo normativo enunciado.

La tipicidad, vertiente material del principio de legalidad, impone el mandato al legislador de plasmar explícitamente en la norma los actos u omisiones constitutivos de un ilícito administrativo y de su consecuencia. Pero también, exige al aplicador el ejercicio racional de adecuación del acto u omisión al tipo descrito en la norma que es constitutivo de infracción, con la imposición respectiva de la consecuencia prevista en su caso.

Para que la actividad sancionadora de la Administración sea legal, necesita en el caso concreto, primeramente, verificar que el acto u omisión sancionable se halle claramente definido como infracción en el ordenamiento jurídico; sólo acertado esto, debe adecuar las circunstancias objetivas y personales determinantes del ilícito. Este es el ejercicio inherente a la tipicidad.

Para la resolución de este punto controvertido, es necesario detallar los hechos acaecidos en sede administrativa y el contexto de la normativa aplicable.

La solicitud y contrato de traspaso objeto del presente proceso, según consta en la fotocopia certificada de la misma, tiene fecha veintisiete de enero de dos mil cinco. Al final del mismo se consignó que dicho contrato entraría en vigencia el uno de noviembre del mismo año.

El art. 48 del ya mencionado Reglamento de Gestión Empresarial, aplicable al momento de efectuarse la infracción, tipificaba como falta las siguientes: "d) efectuar incorporaciones y/o traspasos ofreciendo beneficios no considerados en la Ley, información errada, incompleta o deficiente (...); f) falsificar la firma del trabajador en el contrato de afiliación o sus copias".

Tal y como se indicó supra, el reglamento en mención en mayo del año dos mil cinco, sufrió reformas, entre las que se encontraba la letra d) y f) antes relacionadas, cuyo texto

reformado y vigente hasta la fecha, reza de la siguiente manera: "d) Efectuar incorporaciones y/o traspasos ofreciendo beneficios no considerados en la ley, proporcionando información errada, incompleta o con alteraciones en los contratos de afiliación y traspasos; f) Falsificar la firma del trabajador y/o suplantar su huella digital en los contratos de afiliación y traspasos o sus copias".

La denuncia interpuesta a la Superintendencia de Pensiones tenía como principal finalidad la anulación del contrato de traspaso pues manifestó el trabajador que en ningún momento firmó dicho contrato, por lo que había sido falsificada su firma y su huella dactilar. Agregó además, que otra información contenida en el contrato mencionado era falsa, pues desde el año dos mil cinco trabaja para el Ministerio de Hacienda y no para Beneficio Río Zarco, tal y como aparecía consignado en el contrato.

La parte actora sostiene, que la falsificación de firma y huella dactilar no era constitutiva de delito, de conformidad a la normativa vigente, anterior a la reforma antes detallada, ya que, lo que se sancionaba era la falsificación únicamente en los "contratos de afiliación" y no en los "contratos de traspasos".

Ante tal situación, esta Sala procederá al análisis del tipo señalado en la normativa aplicable, para determinar si la conducta sancionada era constitutiva de falta, pues evidentemente no existe discusión que la norma sustantiva a aplicar en materia de Derecho Administrativo sancionador, es la vigente al momento de efectuarse los hechos controvertidos.

En primer lugar, es preciso apuntar, que existen diversas formas de interpretación, entre las cuales se destaca la interpretación finalista que es de clara aplicación en el Derecho Administrativo sancionador, siempre y cuando no ubique al administrado en una posición desventajosa ante la Administración que implique una violación a sus derechos fundamentales.

La conducta a sancionar es la falsificación de la firma del trabajador en el "contrato de afiliación", éste último es el elemento o parámetro objetivo del tipo, es el que nos determina el alcance de las conductas a sancionar. Es por ello, que para establecer si la conducta sancionada encajaba dentro del mismo, este Tribunal determinará los alcances del denominado "contrato de afiliación".

La Ley del Sistema de Ahorro Para Pensiones, con respecto a la afiliación, en sus arts. 8 y 9 establece lo siguiente: "Art. 8. Todas aquellas personas que a la fecha de inicio de operaciones del Sistema entren en relación de subordinación laboral por primera vez, deberán afiliarse al Sistema".

"Art. 9.- Podrán afiliarse al Sistema todos los salvadoreños domiciliados que ejerzan una actividad mediante la cual obtengan un ingreso, incluidos los patronos de la micro y pequeña empresa. También podrán afiliarse al Sistema, los salvadoreños no residentes Los Trabajadores agrícolas y domésticos serán incorporados al Sistema de acuerdo a las condiciones y peculiaridades de su trabajo. Para su afiliación se dictará un Reglamento especial".

Ese Reglamento especial es el Reglamento de Afiliación a las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones, el cual esta conformado solo por un título que se denomina "De la Afiliación", y en su art. 3 se establece que "La afiliación es la relación jurídica que se establece entre una persona natural v una AFP. Esta relación jurídica origina derechos y obligaciones señalados en la Ley y sus Reglamentos, cuyos procedimientos se detallan en el presente Reglamento, así como en los instructivos y demás normas que emita la Superintendencia, para dicho efecto".

Dentro de dicho reglamento, en ninguno de sus capítulos se hace distinción en lo que respecta a contratos de afiliación y contratos de traspasos. El capítulo dos trata de la solicitud y del contrato de afiliación, y en adelante, se desarrolla todo lo relativo a los mismos.

Consecuentemente, existiendo en la norma bajo estudio un elemento objetivo que es el "contrato", es decir, un acuerdo de voluntades entre dos o mas personas, y siendo que la normativa pertinente entiende por afiliación a la relación jurídica que entable una persona natural con una AFP, debemos entender, bajo estas premisas, que el contrato de traspaso evidentemente constituye una afiliación de una persona natural a una AFP, y como consecuencia de lo anterior, el contrato de traspaso es una especie del contrato de afiliación.

La interpretación que la demandante pretende dar a la norma, distorsiona la finalidad específica de las disposiciones precitadas, cual es la de sancionar la "falsificación" y la consignación de la información errada en los contratos de afiliación. En consecuencia, las conductas sancionadas evidentemente encajan en las normas antes descritas.

Sobre la falta de norma que respalde la actuación de la Superintendencia

En primer lugar, es preciso señalar que el art. 40 del Reglamento de Gestión Empresarial, consigna la potestad a la autoridad demandada de autorizar a las personas naturales para desempeñarse como agentes de servicios previsionales, cuando establece que "se entenderá por Agentes, a aquellas personas naturales que, previa autorización de la Superintendencia e inscripción en el Registro correspondiente, celebran contrato de

trabajo con una AFP (...)" (subrayado suplido). Al respecto, esta Sala ha expresado que la potestad de conceder autorizaciones, lleva imbibita la posibilidad de que la Administración Pública impida el ejercicio de las actividades reguladas, en los casos en que no exista la autorización debida, y, en general, en todos aquellos en que esas actividades se ejerciten al margen de los lineamientos definidos por el ordenamiento. De lo contrario, no se alcanzaría el fin que persigue la norma que instituye las autorizaciones en cada caso.

Además de lo anterior, habiéndose determinado conforme a los argumentos antes expuestos, que la conducta sancionada se encontraba plenamente identificada en la norma, la Superintendencia de Pensiones revocó la autorización de la señora Álvarez Flores, ejerciendo la facultad sancionatoria expresamente determinada en la Ley, de conformidad a lo que establece el art. 48 inciso final del Reglamento de Gestión Empresarial, que en su parte pertinente dice que "la Superintendencia revocará la autorización concedida al Agente para operar como tal, cancelando la inscripción en el Registro. Esta sanción podrá ser materia de rectificación dentro del plazo de tres días de notificada la cancelación en el Registro". (subrayado suplido). Con lo anterior, es claro que la actuación de la referida autoridad se amparó en dicha norma legal.

En este orden de ideas, podemos afirmar: (i) que la Ley de la Superintendencia de Pensiones, en su art. 134 hace una remisión expresa al Reglamento, por lo tanto, no existe violación al principio de reserva de ley aludido por la parte actora; (ii) que la conducta que dio origen a la sanción impuesta a la señora Álvarez Flores, claramente se encontraba tipificada en la normativa vigente; (iii) que habiéndose comprobado la infracción cometida, y siendo el agente previsional el responsable de la información consignada el contrato de traspaso, el art. 48 inc. final del Reglamento en referencia, le da la potestad expresa a la Superintendencia de Pensiones de revocar su autorización. Por lo tanto, no existen las violaciones alegadas por la demandante.

Con lo anterior, esta Sala desestima el argumento de la señora Álvarez Flores, de que el acto sancionatorio es nulo de pleno derecho por la "falta" de una norma legal que amparara la sanción. Con lo que, no existió violación a los principios de tipicidad e irretroactividad, ni se violó con ello sus derechos de defensa, al trabajo y sus derechos patrimoniales y morales.

Finalmente, en vista que la demandante no aportó ningún argumento de ilegalidad del acto administrativo dictado por la Superintendencia de Pensiones, el veintinueve de agosto de dos mil seis, por medio del cual se declaró firme la resolución que le impuso la sanción, y habiéndose determinado que dicha resolución no adolece de los vicios de ilegalidad invocados, esta Sala deberá declarar la legalidad de la misma.

Como se ha dicho en párrafos precedentes, el vicio de nulidad de pleno derecho por el cual la parte actora pretende que este Tribunal se pronuncie en el caso bajo análisis, es el haber sido emitido el acto por funcionario incompetente. Como se expuso anteriormente, para que se configure un vicio de nulidad de pleno derecho se requiere que el acto administrativo transgreda la normativa secundaria, por haberse emitido en exceso, o fuera de las potestades normativas; que esta vulneración trascienda a la violación del ordenamiento constitucional y que esta transgresión sea concretable en la esfera jurídica del sujeto que alega la nulidad.

En el caso sub júdice, habiéndose comprobado que la Superintendencia de Pensiones no incurrió en los vicios alegados por la demandante, se determina que la referida autoridad no le violentó sus derechos y principios constitucionales alegados, y, por lo tanto, no se configuró ningún vicio de nulidad de pleno derecho.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 269-2006 de fecha 24/09/2009)

TRIBUNAL DE APELACIONES DE LOS IMPUESTOS INTERNOS Y DE ADUANAS

COMPETENCIA

En sus argumentaciones la parte actora expone, que interpuso recurso de apelación contra la resolución pronunciada por la Dirección General de Aduanas, en la cual determina cuotas complementarias en concepto de Derechos Arancelarios a la Importación (DAI) e IVA y además impone una multa. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas al admitir el recurso únicamente lo hizo respecto a la multa y no sobre la determinación de los DAI e IVA.

El hecho de no admitirse el recurso de apelación en lo concerniente a la determinación de los DAI e IVA, a consideración de la parte actora viola los Arts. 45 y 51 de la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras. Por otra parte alega, que en El Salvador no se han conformado Comités Arancelarios ni de Valoración Aduanera a que se refiere el Art. 103 del CAUCA y estima que el Art. 51 de la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras designa al Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas

para cumplir con lo establecido en el Art. 104 del CAUCA, por lo que debe ser ese Tribunal quien conozca en forma integral sobre la resolución que motiva el Recurso de Apelación.

La Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos en los artículos 1 y 2 otorga la competencia al referido órgano para conocer de los recursos de apelación que interpongan los contribuyentes contra las resoluciones definitivas, en materia de liquidación de oficio de impuestos e imposición de multas, que emita la Dirección General de Impuestos Internos hoy y de Aduanas.

Por disposición expresa contenida en la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, se establece que contra los actos o resoluciones emitidos por la Dirección General de Aduanas, por medio de las cuales sancione infracciones administrativas o tributarias, o se suspendan o cancelen las autorizaciones para operar o se afecten en cualquier forma los derechos de los administrados, podrá interponerse recurso de apelación, el cual será conocido por el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas, el cual tendrá en este caso el carácter de Tribunal Aduanero, en relación a lo dispuesto en el CAUCA.

El Capítulo III de la indicada ley, en su artículo 45 hace referencia a los recursos administrativos disponiendo que: "Los actos y resoluciones emitidas por las autoridades aduaneras competentes, por medio de las cuales se sancionen infracciones administrativas o tributarias, o se suspendan o cancelen las autorizaciones para operar o se afecten en cualquier forma los derechos de los administrados, podrán ser impugnados por los afectados mediante los recursos, formas y plazos que establece la presente ley". Más adelante, en el Art. 51 la misma ley expone que: "Contra las resoluciones de la Dirección General podrá interponerse el recurso de apelación, el que será conocido por el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas, conforme a las formalidades, plazos, procedimientos y disposiciones legales que regulan las actuaciones de ese Tribunal, el cual tendrá en estos casos el carácter de Tribunal Aduanero a los efectos de lo prescrito por el Código Aduanero Uniforme Centroamericano".

De la lectura de los preceptos legales que anteceden y del mismo contexto de la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, resulta claro que la competencia que la expresada normativa confiere al Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas, únicamente se limita al conocimiento en grado de apelación, de las resoluciones que emita la Dirección General de Aduanas, en materia de infracciones y sanciones a que hace referencia dicha ley. Lo que se confirma según lo dispuesto en el artículo 1 inciso. 1° que establece: "La Presente ley tiene por objeto tipificar y combatir las

conductas constitutivas como infracciones aduaneras, establecer las sanciones y el procedimiento para aplicarla".

De lo anterior se concluye que no existe violación al Art. 51 que cita la parte actora, pues tal como se ha mencionado, del contexto mismo de la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras se establece que el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas no tiene competencia para conocer de las liquidaciones de Derechos Arancelarios a la Importación (DAI) ni del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios (IVA) que emita la Dirección General de Aduanas.

Sin perjuicio de lo anterior debe señalarse que el acceso a la justicia, lo que incluye tanto el derecho al planteamiento de los recursos en sede administrativa como el acceso a la vía judicial para el control de legalidad de los actos administrativos, es un derecho que sólo puede ejercerse a través de los cauces que el legislador secundario establece.

Así, conforme a los términos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la posibilidad de desencadenar el control de la legalidad de los actos de la Administración Pública está sujeta a los límites y restricciones derivadas del cumplimiento de los presupuestos requeridos por parte de los administrados.

Para el caso, el art. 7 letra a) establece como requisito de admisibilidad de la acción contencioso administrativa, que el acto que se pretende impugnar haya agotado la vía administrativa. La misma ley establece que este requisito se tiene por cumplido, cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de los recursos pertinentes y cuando la ley lo disponga expresamente.

Lo anterior implica, que previo a acceder a esta jurisdicción (a quien corresponde el control de la legalidad de los actos de la Administración Pública) el administrado debe hacer uso de los recursos establecidos en los respectivos ordenamientos jurídicos. Lógicamente si la ley de que se trate no tiene contemplado recurso alguno, al administrado le queda expedita la vía para impugnar directamente ante esta jurisdicción el acto cuestionado.

De los precedentes párrafos se desprende que el hecho que un ordenamiento jurídico no tenga contemplado recurso contra determinado acto, no significa que la normativa en cuestión viole el derecho de defensa. En todo caso y tal como se ha expuesto, al administrado le queda la posibilidad de acudir directamente ante esta jurisdicción a efecto de impugnar el acto administrativo de que se trate.

En atención a lo expuesto por la representación fiscal, esta Sala como acertadamente lo señala el Tribunal de Apelaciones demandado, sostiene que las disposiciones de la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, en especial el Art. 45, no deben interpretarse de forma aislada sino dentro del contexto de la ley misma, la que en su artículo 1 inciso 1° establece: "La Presente ley tiene por objeto tipificar y combatir las conductas constitutivas como infracciones aduaneras, establecer las sanciones y el procedimiento para aplicarlas".

Desde esta perspectiva resulta lógico que al señalar el artículo 45 "cuando se afecten en cualquier forma los derechos de los administrados", se refiere a aquellos derechos que resulten afectados en ocasión de emitirse resoluciones que tengan por objeto combatir las conductas constitutivas de infracciones aduaneras y no a cualquier acto aislado que se considere lesionador de derechos.

Sólo de existir resolución sancionadora que violente derechos de los administrados, se puede con toda seguridad recurrir en grado de apelación ante el expresado Tribunal; por cuanto el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas no puede conocer de materias que la ley no le faculte expresamente.

En conclusión, el acto administrativo del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas se enmarca dentro de lo dispuesto en el artículo 51 de la precitada Ley, cuya disposición no debe interpretarse de manera aislada, sino en conjunción con el artículo 45 de ese mismo ordenamiento jurídico.

El acto pronunciado por el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos hoy y de Aduanas, mediante el cual admitió el recurso de apelación únicamente respecto a la multa impuesta por la Dirección General de Aduanas, no viola el artículo 51 de la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, sino por el contrario fue emitido con base en el mismo, por lo que resulta que el acto impugnado es legal.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 32-2006 de fecha 16/01/2009)

TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL: OBLIGATORIEDAD DE HACER UNA CORRECTA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El presente juicio contencioso administrativo ha sido promovido en contra el Tribunal del Servicio Civil, por la emisión de la resolución por medio de la cual se revocó sentencia del emitida por la Comisión del Servicio Civil de la Alcaldía Municipal de San Salvador, en la cual se confirmó la decisión del Alcalde Municipal de despedir a un empleado por violentar la Ley del Servicio Civil, Art. 53 letra a) y 31 letra b), en el sentido de solicitar en el desempeño de sus labores dádivas a los contribuyentes para dar el servicio de recolección de basura.

En el caso bajo estudio el demandante alega que con la finalidad de establecer las violaciones cometidas por el empleado, presentó testigos, pliego de posiciones y prueba documental ante la Comisión del Servicio Civil, sin embargo, señala que el Tribunal del Servicio Civil no tomó en cuenta la prueba presentada, violentando el principio del debido proceso y en consecuencia el ejercicio de la defensa.

Respecto de lo señalado esta Sala hace las siguientes consideraciones: es obligación del Tribunal que conoce la causa -Tribunal del Servicio Civil-, hacer una correcta valoración de la prueba ofrecida, estableciendo si reúne los requisitos que la ley exige y cuidándose de no caer en un error de derecho al hacer la apreciación de la misma.

Los miembros del Tribunal del Servicio Civil han sostenido que no se le dio valor probatorio a lo declarado por los testigos ya que los dichos de los mismos adolecían de contradicciones. El primero de ellos expresó que no le constaban los hechos planteados y el segundo fue contradictorio, por lo que consideraron que las referidas deposiciones no merecían fe de conformidad a lo que establece el artículo 318 del Código de Procedimientos Civiles que establece "No hará fe la declaración del testigo (...) de oídas (...)".

En relación a lo anterior, esta Sala ha sostenido en diferentes oportunidades que la prueba testimonial es el medio del que se valen los sujetos dentro de un proceso o procedimiento, para establecer a su interior la verdad o falsedad de un hecho controvertido, constituye por definición, un verdadero medio de prueba y es capaz en su eficaz concreción de viabilizar la estimación o desestimación, de una pretensión.

Al estudiar el acta en la que se recogen los testimonios vertidos por los testigos presentados por la parte demandante, agregadas al expediente administrativo que llevó la Comisión del Servicio Civil, se verifica que efectivamente tal y como lo afirman los miembros del Tribunal del Servicio Civil, los dos testigos presentados por la demandante ante la Comisión del Servicio Civil, al hacerles la preguntas sobre los hechos respondieron que no les constaba y que nunca lo habían visto.

Asimismo, al examinarse los alegatos de la parte demandada no consta que la misma haya aportado elementos que contradigan lo dicho por los miembros del Tribunal del Servicio Civil respecto del testimonio de los testigos, más bien su inconformidad radica en considerar que el Tribunal no tomó en cuenta la prueba presentada ante la Comisión del Servicio Civil.

En consecuencia, de lo anterior se ha establecido que no existe violación respecto de la valoración de la prueba testimonial y consecuentemente de los principios de debido proceso y defensa.

En el transcurso del procedimiento, se presentó Pliego de Posiciones para que fuera absuelto por el empleado, sin embargo, señalan los miembros del Tribunal del Servicio Civil que mediante el Pliego de Posiciones no se logró la confesión del absolvente, ya que éste no reconoció hechos en contra de sí mismo, por lo que al hacer la valoración del Pliego de Posiciones establecieron que el referido documento no debió estimarse por los miembros de la Comisión del Servicio Civil, para efectos de pronunciar la sentencia por medio de la cual confirmaron la decisión de despido del empleado.

Consta en el expediente, el acta de las quince horas del veintiuno de agosto de dos mil tres, la cual contiene la deposición del empleado, en la que se constata que negó categóricamente haber cobrado dinero en concepto de recolección de basura, asimismo negó haber firmado recibos, haber estampado su número Tributario en uno de los recibos y que tenía denuncia ante la Fiscalía General de la República.

De lo anterior se ha establecido que el Tribunal del Servicio Civil, sí tomó en cuenta la prueba presentada, pero al hacer el análisis del acta que contenía la deposición del empleado determinó que éste no aceptó los hechos que se le imputaban.

Esta Sala al examinar el expediente administrativo, específicamente el acta antes señalada que recoge la deposición del empleado, determina que no hubo una verdadera confesión de parte del imputado, ya que el deponente no aceptó los hechos que la parte contraria le imputaba, por lo que no se ajusta a lo determinado en el artículo 385 del Código de Procedimientos Civiles que señala: "El que debe absolver posiciones será declarado confeso: 1° Cuando sin justa causa no comparece a la segunda citación; 2° Cuando se niegue a declarar o a prestar juramento; 3° Cuando sus respuestas fueren evasivas y no categóricas y terminantes."

FOTOCOPIAS SIMPLES: AUSENCIA DE VALOR PROBATORIO

Respecto de la prueba documental los miembros del Tribunal del Servicio Civil sostuvieron que los instrumentos presentados por la parte demandante eran fotocopias simples a las que la ley no les da valor.

Del examen del expediente administrativo se determina que a folios 2 y 3 del expediente administrativo tramitado por la Comisión del Servicio Civil están agregados dos recibos extendidos por Calleja, S.A. de C.V., en concepto de pago y bonificación por servicio de recolección de basura, sin embargo, ambos constan en fotocopia simple.

Al examinar la sentencia impugnada se constata, que efectivamente el Tribunal del Servicio Civil no tomó en cuenta en sus considerandos los recibos que presentó la parte demandante; sin embargo, ello no significa que dicho Tribunal haya cometido el vicio que se invoca, pues, los documentos a que se ha hecho alusión están en fotocopia simple, por lo cual, al no haberse presentado en original, dicha fotocopia, para que adquiriera validez, debió haber sido certificada por notario de acuerdo a lo establecido en el Art. 30 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias. De ahí, que al no haberse presentado con las formalidades legales el Tribunal del Servicio Civil, no tenía el deber de examinarlos, pues una fotocopia simple no puede tener ningún valor jurídico.

En tal virtud, el referido Tribunal no ha cometido el vicio que se le atribuye.

De todo lo apuntado se ha establecido que los miembros del Tribunal del Servicio Civil, si realizaron el examen de la prueba presentada en el procedimiento, por lo que no existen los vicios de legalidad aducidos por el actor.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 16-2006 de fecha 20/01/2009)

TRIBUNAL DISCIPLINARIO DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL: VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE DESTITUCIÓN

El actor pide se declare la ilegalidad de las resoluciones dictadas por el Tribunal Disciplinario de la Región Oriental de la Policía Nacional Civil, mediante la cual lo sancionó

con destitución del cargo por la comisión de la falta descrita en el artículo treinta y siete numeral ocho del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil; y, la dictada por el Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil, la cual confirmó el acto anteriormente descrito.

La parte actora alegó que se violentó el artículo 22 inciso segundo de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil, ya que la función de la Inspectoría es de contralor del proceso disciplinario, lo cual no facultaba al Inspector para intervenir como parte acusadora en el mismo.

Al respecto, debe señalarse que la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil, creada mediante el Decreto Legislativo Número 653, del seis de diciembre de dos mil uno, publicado en el Diario Oficial Número 240, Tomo 353 del diecinueve de diciembre del mismo año, cuyo artículo 22 fue derogado mediante el Decreto Legislativo Número 518 del veinte de diciembre de dos mil siete, publicado en el Diario Oficial Número 10, Tomo 378, del dieciséis de enero de dos mil ocho que contiene la Ley Disciplinaria Policial, establecía que el Inspector General de la Policía Nacional Civil o su delegado, sería el funcionario encargado de velar por el cumplimiento del régimen disciplinario de la misma, y a tal efecto deberá incoar el procedimiento respectivo, intervenir en él como contralor del proceso y apelar si fuese necesario de la sentencia del Tribunal Disciplinario. Por lo que el Inspector General de la Policía Nacional Civil tiene la obligación de iniciar el procedimiento disciplinario, es decir iniciar el requerimiento asistiéndose de la Unidad de Investigaciones Disciplinarias.

En vista de lo anteriormente expuesto, se concluye sobre este punto que no se ha configurado la violación alegada, por lo cual tal punto de ilegalidad debe ser desestimado.

La parte actora también señaló como punto de ilegalidad, que los argumentos expuestos por la defensa ante el Tribunal Disciplinario de la Región Oriental de la Policía Nacional Civil, relativos a que se les tornara declaración a los testigos señalados, no fueron oportunamente valorados.

Al respecto, el Tribunal Disciplinario de la Región Oriental de la Policía Nacional Civil señaló que, lo que existía era una mera inconformidad de la parte actora con la valoración de la prueba realizada por dicho Tribunal.

El artículo 11 de la Constitución establece en su inciso primero que "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes,....". Esta disposición constitucional consagra lo que se conoce como derecho de

audiencia, el cual es un concepto abstracto en virtud de cual se exige que, antes de procederse a limitar la esfera jurídica de una persona o a privársele por completo de un derecho, debe ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. El mencionado derecho se caracteriza por ser un derecho de contenido procesal, que se encuentra indiscutiblemente relacionado con las restantes categorías jurídicas protegibles constitucionalmente en el sentido que, para que una privación de derechos tenga validez jurídica necesariamente debe ser precedida de un proceso seguido conforme a la ley, en el cual se posibilite la intervención efectiva del afectado a fin de que conozca los hechos que lo motivaron y tenga la posibilidad de desvirtuarlos.

Aunado a lo anterior, también en los Tratados Internacionales -que son Leyes de la República según lo prescrito en el artículo 144 de la Constitución- se reconoce el Derecho de Audiencia. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) establece en su artículo 8 N° 1 que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

En relación al Derecho de Defensa, este Tribunal ha reiterado en diversas resoluciones que en sede administrativa, éste se concentra en el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo; se concretiza en que los interesados planteen sus alegaciones, puedan probarlas y que éstas sean tomadas en cuenta por la administración a la hora de resolver, esto es, que sean valoradas aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que convenzan o no, y que a su vez permiten conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio que la fundamenta. La concesión de garantías jurídicas debidas no debe exclusivamente operar en el ámbito jurisdiccional; este Tribunal concuerda con los criterios sentados por la Sala de lo Constitucional de esta Corte, en el sentido que el vocablo "juicio" consignado en el artículo 11 de la Constitución de la República, no está referido única y exclusivamente al concepto de proceso jurisdiccional sino que se amplía a la idea de trámite, de actividad dinámica destinada al pronunciamiento de una decisión evidentemente conflictiva, con el interés o derecho de unas personas.

El contenido de los derechos de audiencia y defensa ha sido delimitado por la jurisprudencia constitucional, al señalar que el derecho de audiencia "(...) posibilita que toda persona, de forma previa a la privación de cualquier derecho material, tenga oportunidad real y eficaz de ser oída (...)", lo anterior implica que: "(...) en todo proceso o procedimiento se tiene que posibilitar -de acuerdo a la ley o en aplicación directa de la

Constitución, al menos, una oportunidad razonable para oír la posición del sujeto pasivo-principio del contradictorio (...) Este derecho constitucional procesal posibilita, entre otras cosas, que el demandado pueda desvirtuar, con los medios probatorios conducentes o argumentos pertinentes, la pretensión incoada en su contra por el demandante; de tal suerte que si no se potencia adecuadamente, aunque pueda ser oído, existiría violación constitucional (...)"

En concordancia con el anterior orden de ideas, los artículos 5 y 8 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, creado mediante el Decreto Ejecutivo número setenta y dos, del quince de agosto del año dos mil, publicado en el Diario Oficial número ciento cincuenta y tres, Tomo trescientos cuarenta y ocho, el dieciocho de agosto del mismo año, establecen las garantías del investigado, entre las cuales se encuentran, que toda decisión que adopten las autoridades disciplinarias deberá ser motivada y que éstas pueden solicitar la práctica de pruebas así como controvertir las pruebas que se aleguen en su contra.

Consta en la resolución dictada por el Tribunal Disciplinario de la Región Oriental de la Policía Nacional Civil, que al preguntársele a las partes si tenían algún incidente que interponer, la defensa del actor contestó afirmativamente, solicitando que se abriera a prueba el proceso para tomar las declaraciones a los testigos; y, seguidamente la Inspectoría manifestó que se desarrollara la audiencia para que el Tribunal pudiera determinar en el transcurso de ésta que tanta incidencia tenían las "entrevistas" solicitadas por la defensa. Al concluir la audiencia el Tribunal Disciplinario de la Región Oriental de la Policía Nacional Civil no resolvió la petición realizada por la defensa del actor, y resolvió sancionarlo con destitución del cargo.

De lo anterior, se tiene que el demandante propuso la presentación de testigos -a su juicio- de descargo, petición cuya procedencia o improcedencia era un aspecto que formaba parte del ámbito de competencia del Tribunal Disciplinario de la Región Oriental de la Policía Nacional tramitador del procedimiento sancionatorio, quien en caso de improcedencia, estaba en la obligación de motivar las razones que le llevaban a concluir en dicho sentido. Sin embargo, en las diligencias que este Tribunal ha tenido a la vista, no consta algún tipo de respuesta brindada por la autoridad demandada, en la cual se haya justificado la improcedencia de la prueba solicitada. Y es que, las autoridades demandadas se encuentran en la obligación de respetar todas aquellas formalidades esenciales de las mismas, que hagan posible la intervención del afectado.

En razón de ello, es que esta Sala considera que con la resolución dictada por el Tribunal Disciplinario de la Región Oriental de la Policía Nacional Civil, se violentaron los Derechos

de Defensa y Audiencia del investigado, al negarle por omisión la recepción de la prueba de descargo solicitada por el demandante dentro del proceso disciplinario seguido en su contra, por lo que la actuación del referido Tribunal es ilegal.

Dado que ha quedado establecido que durante la tramitación del procedimiento realizado al demandante por el Tribunal Disciplinario de la Región Oriental de la Policía Nacional Civil, se le violentaron sus Derechos constitucionales de Audiencia y Defensa, al no permitírsele la aportación de prueba de descargo ni ofrecérsele una motivación suficiente que justificara su improcedencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 inciso 2° de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, este Tribunal debe dictar las providencias pertinentes para el pleno restablecimiento del derecho violado. En razón de lo anterior, es procedente en el presente caso, ordenar la reposición del procedimiento sancionatorio seguido por el Tribunal Disciplinario de la Región Oriental de la Policía Nacional Civil, a efecto que se le otorgue al demandante la oportunidad real de ejercer su derecho de defensa, conforme a los parámetros constitucionales y legales establecidos en la presente sentencia.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 28-2005 de fecha 03/09/2009)

TRIBUNAL SANCIONADOR DE LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR: IMPOSICIÓN DE MULTA AL VERIFICARSE LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS DE FILIACIÓN DE MEMBRESÍA

La parte actora dirige su pretensión de ilegalidad contra la resolución pronunciada por Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, mediante la cual se resuelve sancionar a la sociedad demandante con multa por haber cometido la infracción prevista en el artículo 44 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor.

La pretensión del actor se circunscribe a la inconformidad en cuanto al monto de la multa impuesta por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, sin desvirtuar la calificación de la infracción ni el cometimiento de la misma; en razón de lo anterior, este Tribunal se limitará a verificar la legalidad de la cuantía de la multa impuesta por la autoridad demandada.

En relación a la sanciones administrativas los autores Luciano Perejo Alfonso, Antonio Jiménez-Blanco, Luis Ortega Álvarez en su Manual de Derecho Administrativo, tercera edición, Editorial Ariel, S.A., Córcega, Barcelona expresan que: «El interés general se traduce, en un Estado de Derecho, en normas, que imponen límites a la actuación de todos los sujetos, privados y públicos. La contravención de tales límites por los sujetos destinatarios de las normas lleva aparejada con normalidad determinada consecuencia, que, en su caso, puede consistir en infligir un mal al infractor, es decir, en imponerle una sanción. Ésta no es sino una específica técnica de protección o tutela de los correspondientes bienes jurídicos, precisados por la comunidad jurídica, en que se concreta el interés general, a través de la cual se persigue un control -represivo de forma inmediata, pero también preventivo de forma indirecta o por disuasión -de la vida social real para la eficacia del orden jurídico y la efectividad, por tanto, de los aludidos bienes jurídicos (...) A la Administración corresponde únicamente la potestad de retribución de ilícitos definidos legalmente como infracciones administrativas(...)».

Por su parte, el artículo 14 de la Constitución de la República prescribe que «Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad» (negritas suplidas). En dicha norma se plasma la excepción al principio de exclusividad de la jurisdicción en relación con la potestad sancionatoria de la administración pública.

En ese orden de ideas, es procedente señalar que la naturaleza jurídica de la sanción nos indica que la misma es un acto de gravamen, un acto, por tanto, que disminuye o debilita la esfera jurídica de los particulares, bien sea mediante la privación de un derecho (prohibición de una determinada actividad, a la que la doctrina denomina sanción interdictiva), bien mediante la imposición de un deber antes inexistente (sanción pecunaria). Es decir, la sanción administrativa es un acto que implica punición por una actuación u omisión que la administración determina como contraria a la ley.

Esta Sala en reiterada jurisprudencia ha indicado que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal encausando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía a los derechos de los administrados.

Entre los principios fundamentales del Derecho Administrativo Sancionador se encuentran: principio de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, derecho a la presunción de inocencia y prescripción.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Como ya se indico anteriormente, el punto central de discusión del argumento planteado por la sociedad actora es la violación al principio de proporcionalidad en la relación infracción-sanción y que no se tomo en consideración lo señalado en el artículo 49 de la Ley de Protección al Consumidor al imponer la multa a pagarse.

En cuanto al Principio de Proporcionalidad los autores José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez, en su obra El Procedimiento Administrativo Sancionador han indicado: « El llamado principio de proporcionalidad (...) incluido en el más general de «prohibición de exceso» (...) constituye un criterio constitucional informador de aquella actividad de los poderes públicos susceptibles de restringir, lesionar o limitar de alguna forma los derechos individuales de los ciudadanos.

Así, mediante la exigencia de que las medidas públicas de esa índole punitiva, sancionadora o, en cualquier caso, restrictiva de derechos, se adecuan a los imperativos dimanantes del principio de proporcionalidad, se alza para las autoridades correspondientes una frontera o límite a su actuación represiva, la cual únicamente podrá ser llevada a la práctica cuando resulte estrictamente necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos perseguidos por la misma, de forma que cuando los fines buscados con su adopción puedan ser conseguidos a través de medidas alternativas manifiestamente menos gravosas, habrá de imponerse la utilización de estas últimas» (Cuarta Edición, Volumen I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España).

Los relacionados autores han señalado que el principio de proporcionalidad cuenta con presupuestos y requisitos en la estricta esfera del Derecho Administrativo Sancionador, los cuales son: a) Que cuenta con dos distintos presupuestos -la legalidad y su justificación teleológica- y b) con diversos requisitos, extrínsecos los unos -la competencia administrativa sancionadora y la motivación del acto-, intrínsecos los restantes -la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida restrictiva de los derechos individuales-.

En ese orden de ideas, es procedente señalar lo que establece la Ley de Protección al Consumidor en su artículo 44 letra e) en cuanto a la infracción sancionada por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, el cual expresa: «Son infracciones muy graves, las acciones u omisiones siguientes: (...) e) Introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales o realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores (...)».

Por su parte el artículo 47 de la indicada normativa establece: «Las infracciones muy graves se sancionarán con multa hasta de quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria».

De la revisión del expediente administrativo se ha constatado que en efecto al momento de la inspección realizada por la Defensoría del Consumidor -el veinticuatro de enero de dos mil seis- y posteriormente en la Declaración de Testigo y del acta de inspección realizada por el Tribunal Sancionador para la Defensoría del Consumidor- del treinta y uno de marzo y veintiséis de abril, ambos del dos mil seis respectivamente- se seguía utilizando el mismo modelo de contrato de adhesión con cláusulas abusivas, situación que no había corregido la sociedad actora. Aunado a lo anterior, es preciso adicionar que para esa fecha ya se encontraba en vigencia la nueva Ley de Protección al Consumidor.

Lo anterior confirma la infracción realizada por la sociedad actora, quien en su demanda contenciosa manifiesta que lo que reclama no es la imposición de la multa, sino su cuantía considerada excesiva y que no se tomo en cuenta lo regulado en el artículo 49 de la Ley de Protección al Consumidor y su voluntad de regularizar su situación al modificar los relacionados contratos; al respecto el mismo establece: «Para la determinación de la multa se tendrán en cuenta los siguientes criterios: tamaño de la empresa, el impacto de los derechos del consumidor, la naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores, el grado de intencionalidad del infractor, el grado de participación en la acción u omisión, cobro indebido realizado y las circunstancias en que ésta se cometa, la reincidencia o incumplimiento reiterado, según el caso».

PARÁMETROS A SER CONSIDERADOS PARA CUANTIFICAR EL MONTO DE LA MULTA

La relacionada disposición regula los parámetros que tienen que ser considerados por el Tribunal Sancionador para la Defensoría del Consumidor a efecto de cuantificar el monto de la multa impuesta; siendo imprescindible tomar en consideración que la naturaleza de la represión de las infracciones administrativas sea adecuada a la naturaleza del comportamiento ilícito, imponiendo el deber de concretar la entidad de la sanción a la gravedad del hecho.

Los mencionados perfiles o circunstancias son los llamados criterios de dosimetría punitiva, mediante cuyo establecimiento en las normas sancionadoras y mediante cuya aplicación concreta por parte de la Administración se intenta adecuar la respuesta punitiva del poder público en la entidad exacta del comportamiento infractor cometido.

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Ahora bien, es importante el referirse al hecho que al imponerse una sanción administrativa, entra en juego la institución de la discrecionalidad administrativa en concordancia con el principio de proporcionalidad en el ámbito administrativo sancionador. El mencionado principio obliga a la facultad discrecional de la Administración Pública a tomar en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas que a la contravención rodean, evitando así ejercitar la discrecionalidad más allá de lo que consientan los hechos determinantes del acto administrativo, que son los que delimitan y acotan el ámbito de las facultades de graduación de la sanción y señalan la diferencia entre su coneccto ejercicio y la arbitrariedad.

De ahí que la autoridad demandada alega que su decisión la fundamentó teniendo en cuenta diversos elementos determinantes que le permitieron estimar la cuantía de la sanción siendo estos: i) el hecho generalizado de incluir en sus contratos cláusulas abusivas, pues las relacionadas cláusulas son de uso común en los contratos de adhesión formalizados por Servicios de Mercadeo Internacional, Sociedad Anónima de Capital Variable; atentando contra los intereses económicos y sociales de los consumidores, rubro bajo el cual se agrupan conductas como la sancionada en el presente proceso, según lo regulado en el Título I, Capítulo III de la Ley de Protección al Consumidor.

La infracción se ha ejecutado en relación a una pluralidad de consumidores, pues las cláusulas utilizadas son de uso común en los contratos de la sociedad actora, lo cual ha

sido reconocido por el apoderado de la sociedad demandante. De ahí que ha resultado dañada una colectividad de personas, lo que nos permite observar una mayor gravedad en los hechos considerados por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor para cuantificar la sanción impuesta.

A pesar de la inspección realizada y el resultado de la misma, por parte de la Defensoría del Consumidor el veinticuatro de enero de dos mil seis, se constató en una segunda inspección realizada el veintiséis de abril de ese mismo año, que no se había efectuado ninguna rectificación en las cláusulas de los contratos, que diesen indicios de corregir lo observado en cuanto a la inclusión de cláusulas abusivas.

La falta de cuidado y diligencia de la sociedad demandante, ya que por su carácter de sociedad mercantil tiene el deber profesional de estar pendiente de los cambios existentes en las regulaciones concernientes a la actividad comercial que desempeña, tal es el caso de la Ley de Protección al Consumidor al no modificar los contratos de adhesión -aún y cuando ya se encontraba en vigencia la relacionada normativa-.

Si bien es cierto, la Administración Pública relaciona en su resolución impugnada que en la actuación de la sociedad demandante no hay evidencia de dolo, así mismo recalca, que lo anterior no implica que no exista otro nivel de responsabilidad de la actora, como lo es el culposo, al observase negligencia por su parte al no corregirse a la mayor brevedad posible los contratos de adhesión suscritos con sus clientes y continuando con su infracción al seguir suscribiendo los mismos.

Los anteriores elementos abonaron a la conclusión por parte del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor de calificar como negligente o culposa la conducta de la sociedad actora.

Así mismo, de la lectura de la demanda se observa que la sociedad demandante ha sido sancionada en otras oportunidades por denuncias presentadas directamente por los consumidores insatisfechos que han hecho que la demandante sea objeto de sanciones menores, pues solo se ha vulnerado el interés individual de algún consumidor por incumplimientos contractuales, lo cual se puede verificar con la fotocopia de los mandamientos de pago de las multas

Del análisis realizado por este Tribunal, en base a las anteriores consideraciones se determina que la infracción cometida por la parte actora encaja dentro del tipo previsto por el legislador en el artículo 44 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, como "infracciones graves", y por lo tanto la multa a imponer tenía que ser conforme a los parámetros establecidos en el artículo 47 de la Ley de Protección al Consumidor -rango

para las infracciones muy graves- , es decir, que la Administración Pública podía llegar a sancionar a la sociedad demandante hasta con quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria que equivalen a ochenta y cinco mil doscientos Dólares de los Estados Unidos de América ó setecientos cuarenta y cinco mil quinientos Colones.

Sin embargo, se ha constatado que el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor ha tomado el cuidado de adecuar la naturaleza del comportamiento ilícito realizado por la sociedad demandante, concretando la naturaleza de la sanción a la gravedad del hecho. Advirtiéndose que al aplicar su facultad discrecional en cuanto a la determinación del monto de la sanción impuesta se tomo en consideración el principio de proporcionalidad; ya que para el caso de mérito se aplicó una sanción menos gravosa para la sociedad demandante, la cual se ajusta a lo regulado en el artículo 45 de la Ley de Protección al Consumidor, dentro del rango para las infracciones leves.

En cuanto al argumento sobre el grave perjuicio económico que le causa la multa impuesta, ya que su capital social es de once mil cuatrocientos veintiocho Dólares con cincuenta y siete centavos de Dólar equivalentes a cien mil Colones, es importante reparar en los siguientes aspectos: a) que una sociedad tiene incrementos en su patrimonio, b) que su capacidad económica no puede ser considerada a partir de su capital social, sino de su patrimonio neto según sus estados financieros, y c) a esto hay que agregar el volumen de clientes de la misma, los cuales puede verificarse de la lectura del acta de declaración de testigo realizada por la autoridad demandada el treinta y uno de marzo de dos mil seis; por lo que el mencionado argumento no es valedero para eximirle de la infracción incurrida y mucho menos para desvirtuar el monto de la misma.

En conclusión, esta Sala considera en base a la revisión del expediente administrativo y de lo establecido en la normativa pertinente que la multa impuesta por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor no es excesiva, por lo que no existe una vulneración al principio de proporcionalidad alegado por la sociedad actora.

En cuanto a este argumento manifiesta la sociedad actora que al imponer una multa que le causa un desequilibrio económico se violenta la mencionada disposición legal, ya que la misma debe ser fomentada por el Estado, aplicando la ley de una forma garantista para ambas partes en un proceso de una forma integral con el resto de cuerpos normativos.

El artículo 113 de la Constitución de la República expresa: «Serán fomentadas y protegidas las asociaciones de tipo económico que tiendan a incrementar la riqueza nacional mediante un mejor aprovechamiento de los recursos naturales y humanos, y a promover una justa distribución de los beneficios provenientes de sus actividades. En esta clase de

asociaciones, además de los particulares, podrán participar el Estado, los municipios y las entidades de utilidad pública».

En cuanto al presente argumento, es procedente señalar que el relacionado artículo se encuentra en el capítulo concerniente al Orden Económico y que es importante relacionarlo con lo normado en el artículo 101 de la relacionada normativa, donde claramente se regula que el Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores.

El Estado tiene la obligación de fomentar el bienestar económico de las asociaciones económicas y de todos los salvadoreños claro está, siempre en concordancia al bienestar de la colectividad y no de intereses particulares, como en este caso la sociedad demandante, más aún si en el caso de mérito se han respetado las garantías constitucionales del debido proceso y se ha ajustado su actuar de conformidad a lo prescrito en la normativa pertinente.

Vale la pena recalcar que el fomento de la empresa privada salvadoreña no implica permisividad para los comerciantes, de manera que su interés comercial supedita la observancia de las reglas de conductas establecidas por la legislación comercial y de consumo.

En razón de lo anterior, esta Sala colige que no existe una transgresión a lo establecido en el artículo 113 de la Constitución de la República por parte de la autoridad demandada.

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencia Definitiva, 204-2006 de fecha 09/03/2009)

VALORACIÓN DE PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO

"(i) De la prueba testimonial

En el caso bajo estudio el demandante alega que con la finalidad de establecer las violaciones cometidas por el señor [...], presentó testigos y pliego de posiciones ante la Comisión del Servicio Civil, sin embargo, señala que el Tribunal del Servicio Civil no tomó

en cuenta la prueba presentada, violentando el principio del debido proceso y en consecuencia el ejercicio de la defensa.

Respecto de lo anterior esta Sala hace las siguientes consideraciones: es obligación del Tribunal que conoce la causa —Tribunal del Servicio Civil—, hacer una correcta valoración de la prueba ofrecida, estableciendo si reúne los requisitos que la ley exige y cuidándose de no caer en un error de derecho al hacer la apreciación de la misma.

Los miembros del Tribunal del Servicio Civil han sostenido que no se le dio valor probatorio a lo declarado por los testigos ya que los dichos de los mismos adolecían de contradicciones y en sus declaraciones expresaron que no les constaba que el señor [...] haya aceptado dádivas, constituyendo éste punto el aspecto principal de los hechos que se investigaban en el procedimiento, por lo que consideraron que las referida declaraciones no merecían fe de conformidad a lo que establece el señalado artículo 318 del Código de Procedimientos Civiles que establece "*No hará fe la declaración del testigo (...) de oídas (..)*".

En relación a lo anterior, esta Sala ha sostenido en diferentes oportunidades que la prueba testimonial es el medio del que se valen los sujetos dentro de un proceso o procedimiento, para establecer a su interior la verdad o falsedad de un hecho controvertido, constituye por definición, un verdadero medio de prueba y es capaz en su eficaz concreción de viabilizar la estimación o desestimación, de una pretensión. [...]

Asimismo, al examinarse los alegatos de la parte demandada no consta que la misma haya aportado elementos que contradigan lo dicho por los miembros del Tribunal del Servicio Civil respecto del testimonio de los testigos, más bien su inconformidad radica en considerar que el Tribunal no tomó en cuenta la prueba presentada ante la Comisión del Servicio Civil.

En consecuencia, de lo anterior se ha establecido que no existe violación respecto de la valoración de la prueba testimonial y consecuentemente de los principios de debido proceso y defensa.

(ii) Respecto del Pliego de Posiciones

En el transcurso del procedimiento, se presentó Pliego de Posiciones para que fuera absuelto por el señor [...], sin embargo, señalan los miembros del Tribunal del Servicio Civil que dicho Pliego de Posiciones no fue firmado por el absolvente, violentándose lo establecido en el artículo 389 del Código de Procedimientos Civiles que dice: "*Concluido el examen se leerá a la parte su confesión para que la ratifique o enmiende. Si añade o*

corrige algo, se hará constar la adición o enmienda, repitiendo la lectura y consignando lo que conteste. La confesión, terminada que sea en la forma indicada, será firmada por el confesante y su contraria si estuviere presente, por el Juez y por el Secretario. Si alguno de ellos no pudiere o no quisiere firmar, se expresará así, todo pena de nulidad".

Señalaron además los miembros del Tribunal del Servicio Civil que, no se hicieron constar los motivos por lo que el señor [...] no quiso firmar, ni se dejó constancia de que no firmó por no querer hacerlo, sin que se haya declarado la nulidad por quien pronunció la sentencia, por lo anterior al hacer la valoración de la prueba presentada —Pliego de Posiciones— establecieron que el referido documento no debió estimarse por los miembros de la Comisión del Servicio Civil, para efectos de pronunciar la sentencia por medio de la cual confirmaron la decisión de despido del señor [...], pues consideran que la referida prueba al no reunir los requisitos establecido por la ley no tiene valor probatorio, argumento que no ha sido contradicho por la parte demandante en este proceso.

Consta a folios 31 del expediente tramitado por la Comisión del Servicio Civil, el acta de las [...], la cual contiene la deposición del señor [...]. Sin embargo, se constata que la misma no fue firmada por él, ni se hizo constar el por qué de dicha circunstancia.

De lo anterior se ha establecido que el Tribunal del Servicio Civil, si tomó en cuenta la prueba presentada, sin embargo, al hacer su valoración determinó que la misma no reunía los requisitos de ley por lo que no tenía valor probatorio en dicha sede, en razón de lo anterior esta Sala considera que respecto de este punto tampoco existen los motivo de ilegalidad alegados por la parte actora.[...]

De todo lo apuntado se ha establecido que los miembros del Tribunal del Servicio Civil, si realizaron la valoración de la prueba presentada en el procedimiento, por lo que no existen los vicios de legalidad aducidos por el actor."

(SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/Sentencias Definitivas, 17-2006 de fecha 09/02/2009)