LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 2019

Corte Suprema de Justicia
Centro de Documentación Judicial

San Salvador, 2022

Gerente General de Asuntos Jurídicos
Lcda. Quiriam Geraldina Pinto Quintanilla

Jefa del Centro de Documentación Judicial
Lcda. Evelin Carolina Del Cid Flores

Edición y revisión

Jefe del Departamento de Publicaciones:
Lic. José Alejandro Cubías Bonilla

Jefa de la Sección de Diseño Gráfico:
Lcda. Roxana Maricela López Segovia

Jefe de la Sección de Producción Offset:
Martín Rodolfo Pocasangre Posada

Diagramación:
Ing. Ana Mercedes Mercado Cubías

Diseño de Portada:
Lcda. Andrea Nathalia García Peña

Impresión:
Alexis Edgardo Belloso
Jaime Ernesto Cubas Campos

Acabado final:
Alfonso Carrillo Sánchez
Alexander Adalberto Valdez Castro
Freddy Armando Gómez Martínez
José Francisco Pérez Hernández
Jorge Alberto Reyes Roque

© Corte Suprema de Justicia
Centro de Gobierno
San Salvador
Impreso en El Salvador.

Corte Suprema de Justicia
2022

Lic. Óscar Alberto López Jerez
PRESIDENTE

Sala de lo Constitucional

Lic. Óscar Alberto López Jerez
PRESIDENTE

Lcda. Elsy Dueñas Lovos
VOCAL

Lic. José Ángel Pérez Chacón
VOCAL

MSc. Luis Javier Suárez Magaña
VOCAL

MSc. Héctor Nahún Martínez García
VOCAL

Sala de lo Civil

Lic. Alex David Marroquín Martínez
PRESIDENTE

Dra. Dafne Yanira Sánchez de Muñoz
VOCAL

MSc. Leonardo Ramírez Murcia
VOCAL

Sala de lo Penal

Lcda. Sandra Luz Chicas de Fuentes
PRESIDENTA

Lic. Roberto Carlos Calderón Escobar
VOCAL

Lic. Miguel Ángel Flores Durel
VOCAL

Sala de lo Contencioso Administrativo

Dr. Enrique Alberto Portillo Peña
PRESIDENTE

Lic. José Ernesto Clímaco Valiente
VOCAL

MSc. Sergio Luis Rivera Márquez
VOCAL

Lcda. Paula Patricia Velásquez Centeno
VOCAL

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
2019

Presidente:	MSc. Sergio Luis Rivera Márquez
Vocal:	Lcda. Elsy Dueñas Lovos
Vocal:	Lcda. Paula Patricia Velásquez Centeno
Vocal:	Lic. Roberto Carlos Calderón Escobar

SECCIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

Coordinador: Lic. Roberto Alfredo Arana Cuéllar

Colaboradora: Lcda. Gabriela del Carmen Deras Valle

CONTENIDO

Prólogo i

Ley de la Jurisdicción
Contencioso Administrativa derogada 1

Ley de la Jurisdicción
Contencioso Administrativa vigente 263

El contenido de esta publicación es un extracto literal de las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo. Los temas y subtemas son responsabilidad de la Sección de Derecho Administrativo del Centro de Documentación Judicial.

PRÓLOGO

La presente edición pretende ser, más que un documento informativo, un texto útil para los interesados en conocer y aplicar la jurisprudencia como fuente de derecho.

La recopilación y tratamiento jurídico de la información se lleva a cabo en el Centro de Documentación Judicial, oficina cuyo objetivo fundamental es divulgar este material, tanto a través de las revistas, como mediante el uso de medios automatizados para cuyos efectos cuenta con una base de datos que puede ser consultada por toda la comunidad jurídica nacional e internacional y otras personas interesadas en el quehacer judicial. Con este esfuerzo la Corte Suprema de Justicia, pretende dar a conocer las Líneas y Criterios Jurisprudenciales, que están constituidas por la extracción literal, entrecomillada del punto jurídico relevante, obtenido de la sentencia, después de una lectura integral y profunda, en el que se refleja el aporte del juzgador al análisis del caso sometido a su consideración, sin cortar la idea principal.

En algunos casos, la sentencia puede contener análisis de distintos temas que, aunque relacionados con el principal, se separa en subtemas para que el lector pueda visualizarlos de mejor forma, sin afectar la comprensión general de lo resuelto.

Desde el punto de vista del lector, las Líneas y Criterios Jurisprudenciales represen-tan una información valiosa para conocer, desarrollar o investigar determinados temas jurídicos.

Esperamos con esta edición y las siguientes satisfacer una de las demandas principales de la sociedad, como es la transparencia en el ámbito de la justicia salvadoreña.

LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 2019

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aplicada:
D. L. N° 81 del 19 de Diciembre de 1978 - DEROGADA

ACTO DE LIQUIDACIÓN

BASES PARA LA LIQUIDACIÓN DE OFICIO

"Las distintas bases que utiliza la Administración Tributaria para liquidar de oficio el impuesto correspondiente, ayudan a ésta a determinar la realidad tributaria del contribuyente y consecuentemente, con base a ello la carga tributaria respectiva. Dichas bases son empleadas ante diferentes supuestos, con el objeto de dar cumplimiento a diversas obligaciones.

El artículo 184 del Código Tributario -en adelante CT- dispone que: *[...]*

Esta Sala se ha pronunciado en sentencias anteriores -como las referencias 386-2010 y 396-2011, entre otras-, respecto a la prelación necesaria en el uso de las bases de la forma siguiente:*"(…) Cabe acotar que, por regla general la Administración Tributaria al determinar el impuesto busca la aplicación de la base cierta y únicamente en defecto de ella, es que procede a la utilización de las otras bases; ya que ésta se realiza con documentos que conforme a la Ley (sic) son idóneos, y por tanto permiten determinar de manera inequívoca tanto el hecho generador como la cuantía del impuesto. Lo anterior dota de seguridad jurídica tanto la actuación de la Administración Tributaria, como la condición jurídica del contribuyente frente al Fisco (sic).*

Ahora bien, cuando las obligaciones legales no son cumplidas a cabalidad por el contribuyente, esto genera que la información que proporcione sea deficiente. En tales casos la Administración Tributaria utiliza la base mixta, en ésta se examina la documentación que está en poder del contribuyente y se califica la procedencia de la misma, esto es tanto de la legalidad como de la veracidad de su contenido, el anterior análisis -particularmente veracidad del contenido- se realiza mediante el cruce de información que obra en poder de los otros sujetos que participan en el tráfico comercial, así por ejemplo: los proveedores del contribuyente, los compradores, los distribuidores de los productos o servicios prestados por el contribuyente, etc. Así se tiene, que ante la posible inexactitud del contenido que refleja la documentación en poder del contribuyente, la Administración corrobora por medio de indicios si estos tienen un reflejo en el tráfico comercial que permita determinar la realidad de su contenido, y por tanto cuantificar el tributo.

La última alternativa que tiene la Administración Tributaria para liquidar un impuesto es la aplicación de la base estimativa, que procede cuando se agotan los medios de búsqueda o análisis de documentos existentes que por Ley (sic) debería poseer el contribuyente. Claro está, la aplicación de esta base conlleva

la necesidad de razonar y hacerse constar la realización de todas las gestiones tendentes a la búsqueda y análisis de los documentos (...)"

Por otra parte, en sentencia con número de referencia 396-2011, se realizaron consideraciones especiales sobre la aplicación de la base cierta, estableciéndose lo siguiente: *"(…) Como ha quedado asentado en párrafos anteriores, las distintas bases que utiliza la Administración Tributaria para liquidar de oficio el Impuesto (sic) correspondiente, ayudan a ésta a determinar el hecho generador realizado por el contribuyente y consecuentemente, la carga tributaría respectiva. La base cierta, se utiliza cuando existen los elementos que permiten conocer a la Administración Tributaria de forma directa el hecho generador del impuesto y la cuantía del mismo, tales como: la utilización de libros o registros contables, documentación de soporte y comprobantes* ***que obren en poder del contribuyente****".* (la negrita y subrayado es nuestro).

Sobre tal postura, es preciso señalar que el respeto a los precedentes -como manifestación específica de la seguridad jurídica y el sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico- no conlleva la imposibilidad de cambiarlos, sin razón y motivación suficiente.

Aunque el precedente posibilita la comprensión jurídica de la que parte toda interpretación, la continuidad de la jurisprudencia puede flexibilizarse o ceder bajo determinados supuestos; previo a ello se exige que el apartamiento de los precedentes esté especialmente justificado -argumentado- con un análisis prospectivo de la antigua jurisprudencia, que también es susceptible de ser reinterpretada.

En la jurisprudencia constitucional se admiten, como circunstancias válidas para modificar un precedente o alejarse de él: estar en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados, el cambio en la conformación subjetiva del Tribunal y que los fundamentos fácticos que le motivaron han variado sustancialmente al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario, con la realidad normada (sentencia del 15/VI/2016, emitida en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 114-2013).

En cuanto al primero de los supuestos referidos, la ruptura del argumento decisivo sugiere un expreso señalamiento de los errores interpretativos de la decisión anterior que se plantea como precedente.

Señalar tal circunstancia es una condición necesaria para dotar a la nueva decisión de fuerza argumental y para que satisfaga el estándar de justificación que el cambio de jurisprudencia reclama."

SE ADVIERTE QUE EL FUNDAMENTO DE LA BASE CIERTA, ES QUE LA ADMINISTRACIÓN PARA LIQUIDAR DE OFICIO TOME EN CUENTA LOS ELEMENTOS EXISTENTES QUE PERMITAN CONOCER EN FORMA DIRECTA EL HECHO GENERADOR Y LA CUANTÍA DEL MISMO

"Tomando como base lo expuesto, las afirmaciones citadas en las sentencias aludidas merecen ser reconsideradas, respecto del cruce de información que realiza la Administración Tributaria, por lo que amparados en el principio de legalidad esta Sala realiza las consideraciones siguientes:

De la lectura del artículo 184 inciso primero letra a) del CT, al hablar de base cierta, se advierte que el fundamento de la misma es que la Administración para liquidar de oficio tome en cuenta ***los elementos existentes que permitan conocer en forma directa el hecho generador y la cuantía del mismo***, para lo cual se refiere de forma "ejemplificativa" a que la Administración Tributaria puede servirse, "*entre otros"* de *"(…) las declaraciones, libros o registros contables, documentación de soporte y comprobantes que obren en poder del contribuyente".* No obstante, dicho inciso no inhibe a la Administración de recurrir a terceros para la comprobación del hecho generador y su cuantía."

QUE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA HAYA REALIZADO CRUCE DE INFORMACIÓN CON TERCEROS, NO SIGNIFICA QUE ESTÉ UTILIZANDO AUTOMÁTICAMENTE BASE MIXTA

"De lo anterior se concluye, que el hecho que la Administración Tributaria haya realizado cruce de información con terceros, no significa que ésta esté utilizando automáticamente base mixta, pues como lo establece el mismo artículo 184 del CT, para que se constituya base mixta, se requiere que exista *"(…) en parte (…) base cierta y en parte (…) base estimativa, indicial o presunta (…)".* Dependerá del caso en concreto, analizar si la determinación del tributo o la obligación fiscal se hizo en parte sobre base cierta y en parte con base en indicios obtenidos de los terceros, o si la información o documentación de éstos se utilizó para realizar estimaciones o presunciones, por no tener la Administración Tributaria conocimiento cierto de la materia imponible, tal como lo prevé el mismo CT, en el artículo 189 el cual prescribe que se utiliza base estimativa, indicial o presunta "*Cuando la Administración Tributaria no pudiere por cualquier circunstancia determinar el tributo o la obligación fiscal con conocimiento cierto de la materia imponible, lo estimará en función de los elementos conocidos que permitan presumir la existencia y magnitud de la base imponible y de las obligaciones tributarias respectivas (…)".*

En razón de lo anterior, se considera que en cada caso en concreto se proceda a analizar si la Administración Tributaria ha fundamentado su liquidación en elementos que hagan conocer de forma directa el hecho generador, o en estimaciones, indicios o presunciones, para determinar cuál es la base utilizada por la autoridad administrativa competente.

Por lo que en relación al presente caso se realizan las consideraciones siguientes:[...]

En el caso de autos, la contribuyente proporcionó toda la información contable que disponía a la Administración Tributaria. Dicha información fue valorada y analizada por la autoridad demandada, sin embargo, al verificar la legalidad y veracidad de su contenido, se encontraron ciertas incongruencias entre la documentación proporcionada por la contribuyente y los datos internos con los que contaba la Administración Tributaria.

Por lo que, haciendo uso de sus facultades legales y con el fin primordial de verificar la veracidad del contenido de dichos documentos procedió a realizar el cruce de información que obraba en poder de otros sujetos que participan en el

tráfico comercial de la actora, como proveedores, compradores, distribuidores de los productos y servicios prestados por la contribuyente.

Por otra parte, es necesario aclarar que *el cambio jurisprudencial que pronuncia esta Sala es en el sentido de* determinar que en la utilización de la base cierta, la Administración Tributaria puede consultar tanto documentos que estén en poder del contribuyente fiscalizado como de terceros e incluso información y documentos que obren en poder de la Administración, lo importante es verificar que éstos *permitan conocer de forma directa y cierta el hecho generador y la cuantía del impuesto a pagar* -artículo184 letra a) del CT-; y no como erróneamente se había interpretado en sentencias anteriores, que por el simple hecho de tomar en cuenta la prueba proporcionada por terceros nos encontrábamos ante una base mixta, pues como se mencionó en líneas anteriores ésta última, se produce cuando se utiliza en parte base cierta y base estimativa, indiciaria o presunta.

En el caso de mérito, la Administración ha dispuesto de los elementos necesarios para conocer en forma directa y con certeza la existencia de la obligación tributaria sustancial, así como la dimensión pecuniaria de tal obligación.

El conocimiento cierto que pueda proporcionar el uso de la base cierta en la liquidación no puede apoyarse única y exclusivamente en documentación e información en poder del contribuyente fiscalizado, sino que la misma para ser veraz requiere en ciertos casos consultar información que terceros puedan proporcionar.

Cuando se efectúa una liquidación y la información proporcionada por el sujeto investigado no satisface las necesidades para resolver conforme a la legalidad, es necesario auxiliarse de información que sobre el asunto se pueda aportar; en este caso en concreto la corroboración de la documentación proporcionada por la contribuyente con la de terceros han permitido determinar si las operaciones efectuadas y documentadas son acordes a las efectivamente realizadas por el sujeto investigado con sus proveedores, ajustándose de esta forma la base imponible a datos y hechos reales.

En ese sentido, se concluye que al haber conocido la Administración Tributaria de manera directa el hecho generador del impuesto, así como la cuantía del mismo, la base de liquidación del tributo utilizada es la base cierta, por lo cual se desestima dicho motivo de ilegalidad."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 112-2012, fecha de la resolución: 11/02/2019

ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES

LA ADMINISTRACIÓN SOLAMENTE PUEDE REVOCARLOS POR LOS CAUCES LEGALMENTE ESTABLECIDOS.

"5. Ahora, debe señalarse que, conforme con el principio de irrevocabilidad, la Administración solamente puede revocar un *acto administrativo favorable* por los cauces legalmente establecidos.

En este sentido, las resoluciones favorables emitidas para el demandante en fechas seis de noviembre de dos mil ocho, veinticuatro de febrero de dos mil nueve y veintiocho de abril de dos mil nueve -61131-MODICONLINEA-DGTT/2008, 4259-MODICONLINEA-DGTT/2009 y 19432-MODICONRU-DGTT/2009-, sólo podían ser revocados por dos vías.

En primer lugar, por la concurrencia de alguna causa de revocación establecida de manera expresa en la ley, verbigracia y sin el ánimo de agotar supuestos, la comisión de ciertas infracciones administrativas, para lo cual no es necesario seguir el proceso de lesividad puesto que la ley ha atribuido a la Administración la facultad de revocación bajo supuestos específicos. A efectos ilustrativos conviene relacionar la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España, en la que se ha delimitado que ante el «*incumplimiento de los requisitos (…) esto es,* [el] *incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan* [actos favorables como ciertas autorizaciones]*, basta la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar* [su revocación]. *O, dicho en otros términos, en tal supuesto no se produce propiamente la revisión de un acto (…) que requiera (…) una declaración de lesividad, según el artículo 103 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, sino que el acto de otorgamiento* [refiriéndose a un acto favorable]*, que es inicialmente acorde con el ordenamiento jurídico, no se declara ineficaz por motivo que afecte a la validez de su concesión, sino que despliega todos sus efectos (…) Ahora bien, cuando lo que se cuestiona, como en el caso que nos ocupa, es la legalidad del acto inicial de la concesión de la subvención, o dicho de otra forma el error padecido al concederla, no estamos ante un supuesto de (…) declaración de lesividad porque lo que se pretende es declarar nulo un acto favorable por entender que su adopción fue contraria al ordenamiento jurídico*».

En esta misma línea se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional de esta Corte: «*El ejercicio de actividades como la implementación y operación de una terminal de autobuses de transporte público* [producto de un acto administrativo favorable] *implica el deber de proporcionar el servicio bajo determinados estándares, por lo cual el particular autorizado para su ejecución, además de estar protegido por ciertas garantías para la prestación del servicio, se encuentra supeditado al cumplimiento de obligaciones. La inobservancia de estas, por ende, habilitaría a la Administración a imponer una sanción o, en su caso, ordenar la revocación de la autorización que previamente otorgó, siempre que la normativa correspondiente lo faculte y establezca las causales por las que ambas proceden. En ese orden de ideas, el art. 178 del RGTT prescribe que las infracciones a dicho reglamento en que incurran los permisionarios de terminales serán sancionadas por la DGTT de acuerdo con la gravedad de la falta y las circunstancias de cada caso, sin perjuicio de que se ordene la revocación de los permisos en los términos previstos en dicho Reglamento, previa notificación de tal circunstancia al infractor (…)*» (el subrayado es propio) (Sentencia de las diez horas con treinta y un minutos del día veinte de marzo de dos mil trece. Proceso de amparo 227-2010).

Ahora, en segundo lugar, un acto administrativo favorable puede ser revocado previo proceso de lesividad, cuando se trate de causas diferentes a las establecidas de manera expresa en la ley.

Siguiendo la jurisprudencia constitucional relacionada *supra* con relación a un acto favorable que permite la operación de terminales de autobuses de transporte público, es relevante la siguiente aseveración: «*(…) este acto se encuentra sujeto al principio de irrevocabilidad: la Administración solamente puede expulsarlo del ámbito del particular por los cauces legalmente establecidos. Esto implica dos cosas: primero, que el funcionario competente de la DGTT puede revocar la autorización para operar una terminal de autobuses por los motivos prescritos en el art. 179 del RGTT, una vez agotado el procedimiento señalado en el art. 180 del mismo cuerpo normativo; y, segundo, que el titular de la referida institución no puede revocar la aludida autorización por motivos distintos a los contenidos en el art. 179 del RGTT; en estos casos, deberá promover el proceso de lesividad para que sea el Órgano Judicial quien tome la decisión que corresponda*» (el subrayado es propio) (Sentencia de las diez horas con treinta y un minutos del día veinte de marzo de dos mil trece. Proceso de amparo 227-2010).

En resumen, conforme con las premisas jurídicas sentadas en los párrafos precedentes, el Director General de Transporte Terrestre del Viceministerio de Transporte podía revocar oficiosamente las resoluciones administrativas *(i)* 61131-MODICONLINEA-DGTT/2008, del seis de noviembre de dos mil ocho; *(ii)* 4259-MODICONLINEA-DGTT/2009, del veinticuatro de febrero de dos mil nueve; y, *(iii)* 19432-MODICONRU-DGTT/2009, del veintiocho de abril de dos mil nueve; únicamente por causas expresamente establecidas en la ley.

Por el contrario, *si la revocación de tales actos obedecía a causas no previstas de manera particular en la legislación, dicha autoridad debía emitir el correspondiente acuerdo de lesividad y acudir a esta Sala a promover un proceso de lesividad"*.

LA REVOCACIÓN OFICIOSA, SIN LA HABILITACIÓN LEGAL Y EXPRESA, VUELVE EL ACTO ADMINISTRATIVO NULO DE PLENO DERECHO

"7. Analizados que han sido los Decretos Legislativos números ciento ochenta y seis, quinientos veinticuatro y ochenta y uno relacionados *supra*, en su contenido no existe ninguna habilitación expresa para que la autoridad demandada pueda *revocar de oficio* una decisión administrativa emitida en contravención a las prohibiciones contenidas en los mismos.

Asimismo, la Ley de Trasporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y el Reglamento General de Transporte Terrestre, no contemplan ninguna causa expresa de revocación oficiosa de algún acto administrativo que esté relacionada con las prohibiciones establecidas en los mencionados decretos legislativos.

Establecido lo anterior debe precisarse que el acto administrativo controvertido -revocación oficiosa hecha por la parte demandada de actos previos y favorables- se justificó, no en una potestad administrativa expresa para la revocación oficiosa ni en causas igualmente predeterminadas, sino, de manera general y abstracta, en el principio de revocabilidad de los actos administrativos; circunstancia advertida por la misma autoridad demandada quien fundamentó su actuación administrativa tal "*(…) principio de revocabilidad de los actos administrativos y en base al principio de revisión oficiosa de los actos emitidos por*

la administración pública (…)" aduciendo que "*(…) por motivos de legalidad se procedió a revocar las resoluciones en comento (…)*" (folio 165 vuelto).

Ahora, tal como se concluyó en el apartado 5, letra C, del romano IV de esta sentencia, el Director General de Transporte Terrestre del Viceministerio de Transporte podía revocar oficiosamente los actos administrativos previos y favorables emitidos a favor de la parte demandante, *únicamente por causas expresamente establecidas en la ley. Por el contrario, si la revocación de tales actos obedecía a causas no previstas de manera particular en la legislación, dicha autoridad debía emitir el correspondiente acuerdo de lesividad y acudir a esta Sala a promover un proceso de lesividad*.

En este orden, advertida la revocación oficiosa realizada por la autoridad demandada mediante el acto administrativo cuestionado, sin la habilitación legal y expresa para ello, es concluyente que tal acto administrativo -resolución REV-DGTT-LAE-UJUT-493-08-2012, emitida a las catorce horas veinte minutos del diecisiete de agosto de dos mil doce- *es nulo de pleno derecho* por haberse omitido el procedimiento señalado por la LJCA para la revocación de actos administrativos favorables, es decir, el "proceso de lesividad". Consecuentemente, la actuación administrativa impugnada vulneró el principio de legalidad, la garantía al debido proceso y los derechos de audiencia y de defensa de la parte actora, y así deberá declararse en el fallo de esta sentencia."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 133-2013, fecha de la resolución: 04/02/2019

ACTOS POLÍTICOS

CARACTERES IMPORTANTES

"2.1 En primer lugar, debe analizarse si el acto impugnado en realidad se trata de un acto político. La LJCA, en el artículo 4 letra a), excluye del control contencioso administrativo los actos políticos o de gobierno. [...]

De las anteriores citas, es posible inferir que los actos políticos comportan dos caracteres importantes: (1) tener por objeto finalidades superiores o trascendentes para el funcionamiento del Estado, es decir, no se trata del ejercicio común u ordinario de la función administrativa que compete a la Administración Pública; y (2) son emitidos por el órganos cúspide de la estructura administrativa u órganos superiores o jerarcas."

EL NOMBRAMIENTO PARA INTEGRAR EL TRIBUNAL DE SELECCIÓN PARA EL ASCENSO A GENERAL DE BRIGADA, NO ES UN ACTO DE NATURALEZA POLÍTICA.

"En síntesis, el nombramiento para integrar el Tribunal de Selección para el Ascenso a General de Brigada que efectúa el Presidente de la República y Comandante General de la Fuerza Armada no se trata de un acto de naturaleza estrictamente política, si no del ejercicio de un competencia administrativa dada precisamente por el ordenamiento jurídico sectorial -Ley de la Carrera Militar-

que regula la función de tal órgano, los requisitos que deben reunir los miembros que lo integran y el momento en que se deben nombrar.

Ahora bien, en la obra citada al inicio de este punto del presente apartado, se señala que la Constitución de la República exige el control jurisdiccional de toda la actividad de la Administración Pública ya que, en virtud del principio de legalidad, ésta debe estar sometida al ordenamiento jurídico (artículo 86 inciso 3°); y, por otra parte, reconoce el derecho fundamental a la protección jurisdiccional -derecho de acceso a la jurisdicción o tutela judicial efectiva- (artículo 2 inciso 1°). En ese sentido, pues, el acto político es emitido en ejercicio de función administrativa, con la particularidad que conlleva un elemento de discrecionalidad política, y debe estar sujeto a control jurisdiccional contencioso administrativo, como cualquier otro acto administrativo discrecional. De ahí que la pretensión se debe fundamentar en motivos de legalidad relativos a los elementos regulados por el ordenamiento jurídico administrativo infraconstitucional. Por ejemplo, se puede cuestionar la existencia de la potestad para dictar el acto, la competencia del funcionario emisor, el procedimiento, así como cualquier otro parámetro establecido en el ordenamiento jurídico y que vincule a la Administración. A partir de este análisis, actualmente se concibe el control jurisdiccional de los actos políticos en sus elementos reglados.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 178-2009, fecha de la resolución: 06/02/2019

AGENTES DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL

LA RUPTURA DEL VÍNCULO LABORAL DEBE REALIZARSE A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO QUE GARANTICE EL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA

"No obstante lo anterior, procede señalar, que aun cuando el señor WRL es considerado un empleado público por las características de la relación laboral, no le es aplicable el régimen de la Ley de Servicio Civil por encontrarse dentro de la exclusión establecida en el artículo 4 letra j) del referido cuerpo normativo, el cual dice: "*No estarán comprendidos en la carrera administrativa los servidores públicos siguientes: (…) j) Los Miembros de la Fuerza Armada y de la Policía Nacional Civil".*

Lo anterior lleva en primer lugar a evaluar cuál es la ley aplicable al caso en particular, en ese sentido, al analizar la normativa que rige el ámbito policial se advierte que es la Ley Disciplinaria Policial la normativa que la autoridad demandada debió aplicar al presente caso, en razón de lo regulado en el artículo 1, que literalmente establece: "*La presente ley tiene por objeto establecer el régimen disciplinario que se aplicará a los miembros y al personal de la Policía Nacional Civil, cualquiera que sea el puesto que desempeñen en la función policial o administrativa en que se encuentren, tanto dentro como fuera del territorio de la República. Este régimen comprende la tipificación y clasificación de las infracciones, las sanciones correspondientes, el procedimiento a seguir, las autoridades y los órganos con competencia investigadora y sancionadora".*

Al examinar el caso que atañe, se observa que la decisión de la autoridad demandada se fundamento en el hecho que: *"(…) en tal sentido al Señor (sic) ONI ******** WRLD, con su actitud de irresponsabilidad en el desempeño de su cargo al incumplir con la confidencialidad que requiere el desempeño de sus labores, ha causado en que el suscrito le pierda totalmente la confianza en el desempeño de sus funciones"* (folio 20 frente del expediente administrativo).

Es decir, que la decisión de la Administración pública se basó en una falta atribuida al demandante en el desempeño de sus funciones dentro de la institución policial, lo que nos lleva a concluir que la ruptura del vínculo laboral debió realizarse a través del procedimiento establecido en la Ley Disciplinaria Policial, normativa especial que regula el régimen disciplinario de los empleados que pertenecen a la Policía Nacional Civil, sean éstos operativos o administrativos y no la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa, como erradamente lo afirmaba el demandante.

Ante esa afirmación, la autoridad demandada, previo a romper el vínculo laboral con el señor L, estaba obligada a tramitar el procedimiento disciplinario establecido en el artículo 53 de la Ley Disciplinaria Policial, que dice: "*[...]*

En la medida en que la no renovación de contrato se fundamentó en la presunta irresponsabilidad en el desempeño del cargo y en el incumplimiento de la confidencialidad y, por ello, se le perdió la confianza al trabajador, se infringió el debido procedimiento que garantiza el derecho de audiencia y defensa. De ahí que la decisión del Director General de Policía Nacional Civil de no renovar el contrato violentó la garantía de audiencia, reconocida en el artículo 11 de la Constitución, y, por ese motivo, se torna ilegal."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 492-2011, fecha de la resolución: 29/07/2019

AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

NO ES POSIBLE AL HABER PRECLUIDO LA OPORTUNIDAD DE ESGRIMIR ARGUMENTOS DE DERECHO CONTRA EL ACTO IMPUGNADO

"IV. Previo a realizar el análisis jurídico de la presente sentencia este Tribunal advierte que, en el escrito de alegatos -folios 115 al 118- la parte actora al sustituir su apoderado general judicial ratifica los motivos de ilegalidad expuestos en la demanda y fundamenta unos nuevos, razón por la cual se hacen las consideraciones siguientes:

La oportunidad procesal para deducir argumentos de ilegalidad contra la actuación controvertida se circunscribe a la fase procesal del planteamiento de la demanda y, eventualmente, a la etapa de ampliación de la misma -mientras la autoridad demandada no haya rendido el informe justificativo de legalidad que ordena el artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación con el artículo 280 del Código Procesal Civil y Mercantil-.

En el presente caso, la parte demandante no contaba con una oportunidad -válida- para introducir al debate nuevos argumentos de ilegalidad contra el acto

impugnado; puesto que las posiciones jurídicas sobre las cuales esta Sala debía emitir su decisión, habían quedado establecidas firmemente en la demanda y en el informe justificativo de legalidad presentado por la autoridad demandada.

Admitir las alegaciones contenidas en el escrito de folios 115 al 118, para su valoración, significaría quebrantar el principio de preclusión a favor de la parte actora, sujeto procesal para quien, legalmente, había precluído su oportunidad de esgrimir argumentos de derecho contra el acto impugnado. Además, constituiría una flagrante violación a los principios de contradicción y bilateralidad del proceso e igualdad procesal, puesto que la autoridad demandada no cuenta con una oportunidad para ejercer una defensa jurídica contra los nuevos argumentos planteados por la sociedad actora -vulnerándose, coetáneamente, el principio de imparcialidad-.

En conclusión, los nuevos argumentos de ilegalidad planteados por la parte demandante no pueden ser objeto de valoración."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 323-2016, fecha de la resolución: 04/02/2019

ASOCIACIONES Y FUNDACIONES SIN FINES DE LUCRO

EL RECONOCIMIENTO DE ASOCIACIÓN Y FUNDACIÓN SIN FINES DE LUCRO NO TRAE AUTOMÁTICAMENTE APAREJADA LA EXENCIÓN, EXCLUSIÓN O TRATO PREFERENTE EN MATERIA DE TRIBUTOS

"2. Sobre la errónea aplicación del artículo 91 del Código Tributario, y los artículos 93 inciso primero y 94 inciso primero de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios.

Según el artículo 9 de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, 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.

En el presente caso la contribuyente argumenta que, al realizar compraventas de medicamentos con la Asociación Centro de Apoyo a la Lactancia Materna, Asociación Médicos por el Derecho a la Salud y con la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo de la Mujer y el Niño, dichas ventas están exentas del IVA, ya que estas son Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, afirmando que las mismas en su oportunidad enviaron copia de las resoluciones emitidas por el Ministerio de Hacienda donde se les calificaba como instituciones exentas de dicho impuesto (folio 382 del expediente administrativo de la DGII), razón por la cual procedió a declarar dichas ventas como exentas.

De lo anterior esta Sala advierte que la contribuyente citada llega a esa conclusión producto de la interpretación que la mencionada contribuyente hace de los alcances de la falta de finalidad lucrativa que se le ha conferido a las instituciones a las cuales le realizó la compraventa de medicamentos.

Sobre los puntos señalados se considera, que el estatus reconocido por el Ministerio de Gobernación sitúa a las Asociaciones y Fundaciones 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 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 Asociaciones y 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. 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 en el caso que la Ley del IVA, determine una exclusión del pago de impuestos respecto de las Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, podrían éstas estar exentas de dicha obligación, como lo es el caso del supuesto regulado en el artículo 16 inciso 3° de la Ley del IVA, en el cual claramente se establece que está exento de dicho impuesto las *donaciones de servicios de carácter gratuito e irrevocables producidos por el contribuyente,* realizadas a las entidades a que se refiere el artículo 6 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, sujetándolo a ciertas condiciones."

NO EXISTE DISPOSICIÓN QUE EXPRESAMENTE EXCLUYA A LAS ASOCIACIONES Y FUNDACIONES SIN FINES DE LUCRO DEL PAGO DEL IMPUESTO DEL IVA, EN CASO QUE REALICE COMPRAVENTAS DE BIENES

"En el presente caso, no se trata de servicios -como hecho generador- sino que lo que se discute es si las compraventas de medicamentos realizadas por GAMMA LABORATORIES, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE a la ASOCIACIÓN CENTRO DE APOYO A LA LACTANCIA MATERNA, ASOCIACIÓN MÉDICOS POR EL DERECHO A LA SALUD Y A LA FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO DE LA MUJER Y EL NIÑO, son exentas o no del IVA.

Al efectuar el estudio esta Sala constata que no existe disposición que expresamente excluya a las Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro del pago de dicho impuesto en caso que realice compraventas de bienes, razón por

la que se encuentra en iguales condiciones tributarias que cualquier persona natural o jurídica.

Aunado a ello, que según consta en el expediente administrativo la ASOCIACIÓN CENTRO DE APOYO A LA LACTANCIA MATERNA por medio de escrito de fecha doce de agosto del año dos mil nueve, proporcionó documentación que confirma las ventas efectuadas por la contribuyente fiscalizada, presentando copia de la resolución emitida por la DGII con fecha uno de noviembre de mil novecientos noventa y seis, por medio de la cual el *servicio de salud* que presta dicha Asociación fue calificado como exento del pago del IVA (folios 172 al 179 del expediente administrativo de la DGII).

Asimismo, la ASOCIACIÓN MÉDICOS POR EL DERECHO A LA SALUD por medio de escrito de fecha trece de agosto de dos mil nueve (folios 184 y 190 del expediente administrativo de la DGII), presentó a la Administración Tributaria carnet de exención emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Hacienda a nombre del señor **********, proveedor oficial de Comisión Europea SPF El Salvador. Aclarando por medio de escrito de fecha doce de mayo del año dos mil diez, que dicha Asociación no contaban con la calificación de sujeto exento del referido impuesto, sólo el señor citado (folios 690 al 693 del expediente administrativo de la DGII).

Por otra parte, la FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO DE LA MUJER Y EL NIÑO, en escrito de fecha diecinueve de agosto del año dos mil nueve (folio 193 del expediente administrativo de la DGII), proporcionó entre otros documentos copia de resolución emitida por la DGII de fecha siete de octubre del año dos mil tres, en la que se reconoce que los *servicios educacionales* que presta dicha Fundación ostentan la calidad de exentos del IVA (folio 220 del expediente administrativo de la DGII).

De todo lo anterior se advierte que las exenciones otorgadas o concedidas a dichas entidades eran por los servicios y no por la transferencia de bienes muebles.

Por lo anterior, consideramos que las ventas de medicamentos realizadas por la contribuyente fiscalizada a dichas instituciones se encuentran gravadas con la tasa del 13% del IVA, pues de conformidad a los artículos 4 y 5 de la Ley del IVA constituyen hechos generadores de tal impuesto, en consecuencia, debieron declararse como tal y al no haberlo hecho, se comparte el criterio de la Administración Tributaria en el sentido que se ha incumplido lo establecido en los artículos 93 inciso 1° y 94 inciso primero de la Ley del IVA, en relación con el artículo 91 inciso primero del Código Tributario, al no haber incluido de forma correcta en sus declaraciones dichas ventas y haber omitido pagar el impuesto correspondiente.

Dado que ha quedado establecido que las ventas de medicamentos no estaba excluida del pago del IVA, resultan ser legales los actos administrativos impugnados y así deben ser declarados en el fallo de esta sentencia. [...]"

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 112-2012, fecha de la resolución: 11/02/2019

AUDITORES

PARA EJERCER LA FACULTAD DE FISCALIZACIÓN, SEGÚN LO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 174 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA CONTARÁ CON UN CUERPO DE AUDITORES

"Con la finalidad de comprender de mejor manera el presente caso, es necesario hacer referencia a las facultades tributarias de la Administración y a la forma en que ésta las puede ejercer.

De conformidad al artículo 173 CT, la Administración Tributaria tiene facultades de fiscalización, inspección, investigación y control, con las cuales ésta busca asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los administrados.

Para el ejercicio de tales facultades, según lo dispone el artículo 174 CT, la Administración Tributaria contará con un cuerpo de auditores, pudiendo -en cada fiscalización- tomar parte uno o más auditores.

El procedimiento de fiscalización es definido en el Código Tributario como *«el conjunto de actuaciones que la Administración Tributaria realiza con el propósito de establecer la auténtica situación tributaria de los sujetos pasivos, tanto de aquellos que han presentado su correspondiente declaración tributaria como de aquellos que no lo han hecho»* [artículo 174 inciso 7],y según lo regula la misma normativa *«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****, y finaliza, con la emisión del correspondiente informe de auditoría por parte del auditor o auditores designados al caso»* [artículo 174 inciso 8, el resaltado es nuestro].

De lo anterior debe entenderse -entonces-que señalar, en el auto con el que inicia la fiscalización, el nombre del o los auditores designados, así como los datos esenciales que identifiquen el sujeto, períodos tributarios, impuestos y obligaciones a fiscalizar, se constituye para la Administración Tributaria como una obligación, y para los administrados un derecho, que garantizan que la relación de fiscalizar se entable correctamente."

TIPOS DE OBLIGACIONES QUE SE ORIGINAN DE LA RELACIÓN JURÍDICA TRIBUTARIA

"Conforme lo indicado en el auto de designación y auto de modificación relacionados, no existen dudas respecto al alcance de la fiscalización realizada a la sociedad demandante, en virtud de que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que señala el artículo 174 inciso 8 del CT; siendo necesario resaltar en cuanto al período tributario fiscalizado, que éste se circunscribía al comprendido del *uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil doce*.

El ejercicio en exceso de las facultades conferidas a los auditores tributarios, a criterio de la sociedad actora, tuvo lugar en virtud de que éstos -en suma- estaban facultados únicamente para fiscalizar el cumplimiento de obligaciones en

el ejercicio fiscal de dos mil doce, y que, sin embargo, fiscalizaron obligaciones que nacieron en el período tributario del año dos mil trece, en virtud del artículo 124-A del CT.

En atención a lo alegado por la actora, es pertinente mencionar que, en materia de tributos, las obligaciones que se originan de la relación jurídica tributaria se bifurcan en dos tipos, atendiendo a su naturaleza y finalidad. Por una parte, se tienen las *obligaciones sustantivas*, las cuales se refieren al deber de los sujetos pasivos de entregar al Estado una prestación en dinero, con la finalidad de que éste cuente con los recursos para el cumplimiento de sus fines; y, por otra, las *obligaciones formales*, que consisten en prestaciones no pecuniarias de dar, hacer o no hacer, y tienen por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación tributaria sustantiva o pago del impuesto.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Código Tributario, en el artículo 85, hace la distinción de la obligación formal de otro tipo de deberes.

La Sala de lo Constitucional de esta Corte ya se ha pronunciado sobre la diferencia existente entre las obligaciones tributarias, manifestando que *«…las obligaciones tributarias formales consisten en prestaciones no pecuniarias exigidas por ley en ocasión del ejercicio de las facultades tributarias; es decir, se trata de obligaciones distintas a la entrega de dinero, cuyo fin es facilitar a la Administración el ejercicio de las potestades en el ámbito tributario. De tal manera, se caracterizan porque no tienen una naturaleza monetaria -a diferencia de las obligaciones materiales que sí poseen este carácter-»* [sentencia de las catorce horas con quince minutos del tres de diciembre de dos mil catorce, dictada en el proceso de inconstitucionalidad identificado con el número de referencia 21-2011]

En el mismo pronunciamiento, la referida Sala dijo que *«…una obligación tributaria formal tiene su origen, mediato o inmediato, en la ley. Por tanto, acaece cuando en la realidad fáctica se producen ciertos hechos o circunstancias contemplados en la norma, a los cuales esta vincula un deber a cargo del particular de realizar una prestación concreta y determinada. El citado presupuesto de hecho de la obligación tributaria formal no debe necesariamente coincidir con el presupuesto de un tributo o hecho imponible.* […] *Sin embargo, las obligaciones tributarias formales siempre han de suponer hechos cuya realización se considera relevante para la gestión tributaria, de manera que su práctica contribuya a la ejecución de los fines del poder tributario.* […] *En efecto, en virtud del cumplimiento de las competencias de comprobación y recaudación de la Administración tributaria, los contribuyentes en general, y particularmente los sujetos que practican actividades de relevancia económica, se ven obligados a realizar determinadas prestaciones no monetarias, tales como la solicitud del número de identificación tributaria, los registros como contribuyentes o la presentación de declaraciones de naturaleza informativa».”*

NO EXISTE EL VICIO DE ILEGALIDAD ALEGADO, CONSISTENTE EN EL EXCESO DE EJERCICIO DE FACULTADES POR LOS AUDITORES DESIGNADOS POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

“En el caso de mérito se advierte, de la revisión del expediente administrativo, que efectivamente, a la demandante DISTRIBUCIONES DIVERSAS S. A. DE

C. V., se le sancionó con multa de conformidad al artículo 244 literal l) del CT, por no presentar el *informe de operaciones con sujetos relacionados o sujetos domiciliados, constituidos o ubicados en países, Estados o territorios con regímenes fiscales preferentes, de baja o nula tributación (F-982)*. [...]

La obligación contenida en la disposición legal en mención es de carácter formal, que se caracteriza, tal como se ha dicho *supra*, por ser una prestación no pecuniaria.

En el presente caso la sociedad demandante no presentó alegaciones respecto a la existencia de la obligación de presentar el informe al que hace referencia el artículo 124-A del CT, sino más bien, de lo argüido, se entiende que reconoce y acepta la misma. El punto en controversia es -en suma- si esa obligación podía ser objeto de verificación por parte de los auditores designados.

En ese sentido, al carecer de objeto el analizar todos los elementos de la obligación formal en comento, esta Sala se limitará a estudiar el carácter temporal de la obligación, tanto de su nacimiento como el período de cumplimiento y la exigibilidad por parte de la Administración.

De lo dicho por las partes y del contenido del expediente administrativo, se verifica que la multa por incumplimiento de la obligación formal del artículo 124-A se originó por operaciones que la sociedad demandante realizó en el ejercicio fiscal de dos mil doce.

Se entiende entonces, que dichas operaciones corresponden al ejercicio de imposición para el que, según el auto de designación, fueron llamados lo auditores tributarios a fiscalizar, y sobre el cual se emitió el informe de auditoría con el que finalizó la fiscalización.

Es así que, la revisión de las operaciones realizadas por la sociedad demandante en el período tributario comprendido del uno de enero de dos mil doce al treinta y uno de diciembre de dos mil doce, estaba dentro de las facultades designadas por la Administración Tributaria mediante la orden de fiscalización y su modificación, a los auditores encargados de fiscalizar a la actora.

Ahora bien, es necesario mencionar que la obligación de presentar el informe de operaciones con sujetos relacionados nace, tal como lo dispone el artículo 124-A CT, desde el momento en que se realizan las operaciones que menciona dicho artículo. Sin embargo, por la naturaleza del impuesto que se fiscaliza, sería imposible que la sociedad contribuyente presentara dentro del mismo ejercicio de imposición el informe correspondiente las operaciones realizadas.

Lo anteriormente dicho, se fundamenta en que, según el artículo 13 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, el ejercicio de imposición a efecto del cálculo del impuesto sobre la renta se computa en períodos de doce meses, el cual comienza del *primero de enero* y termina el *treinta y uno de diciembre*.

Es así que el artículo 124-A CT permite que el cumplimiento de la obligación formal exigible por parte de la Administración Tributaria, sea cumplida por el administrado en un período posterior.

Si bien el lapso para presentar el informe de operaciones con sujetos relacionados está comprendido dentro de un ejercicio de imposición posterior, y por ende diferente al ejercicio en el que nació la obligación, no significa que ésta corresponda a ese ejercicio impositivo, sino que, tal como ya se acotó *supra*, es una obligación del ejercicio impositivo inmediatamente anterior.

Si trasladamos todo lo anteriormente dicho a lo sucedido en el presente caso, se tiene que, si bien las operaciones con sujetos relacionados realizadas por la demandante en el ejercicio de imposición de dos mil doce tenían que ser reportadas, por medio del formulario de operaciones con sujetos relacionados, en el año dos mil trece, no significa que esa obligación corresponda a ese ejercicio de imposición [entiéndase dos mil trece].

Y es que el informe de operaciones con sujetos relacionados, como toda obligación formal, busca asegurar el cumplimiento de la obligación tributaria sustantiva generada en el ejercicio fiscal de dos mil doce, por tanto, debe entenderse que la presentación del mismo, no obstante debía hacerse dentro de los meses de enero y marzo de dos mil trece, es una obligación formal correspondiente al ejercicio dos mil doce.

En ese sentido, esta Sala concluye en que no existe el vicio de ilegalidad alegado, consistente en el exceso de ejercicio de facultades por los auditores designados por la Administración Tributaria.

Vulneración al artículo 5 de la LOFTAIIA

Esta Sala advierte que el alegato de la impetrante sobre este punto se limita a considerar que, debido a la omisión de pronunciarse sobre la diferencia y naturaleza de las obligaciones tributarias, no se pudo precisar el nacimiento de éstas y determinar que la infracción atribuida y por la que se le sancionó, no corresponde al ejercicio impositivo para el cual fueron llamados los auditores tributarios a fiscalizar [entiéndase del año dos mil doce].

Con relación a ello, es pertinente mencionar que en el apartado que antecede, donde se *analizó la existencia del ejercicio en exceso de las facultades designadas por la Administración Tributaria a los auditores tributarios adscritos a la misma*, se determinó que la obligación formal incumplida, consistente en presentar el informe de operaciones con sujetos relacionados de conformidad al artículo 124-A del CT, corresponde al ejercicio fiscal del año dos mil doce y no al del dos mil trece, y que por ende, los auditores tributarios estaban facultados para fiscalizarla.

En ese sentido, esta Sala considera que la ilegalidad alegada contra la actuación del TAIIA, al no contener razones de hecho y derecho que incorporen nuevos elementos, diferentes a los ya analizados *supra*, carece de fundamento." *Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 346-2017, fecha de la resolución: 08/04/2019*

AUTORIZACIÓN Y CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

"Al respecto debe señalarse que la Sala de lo Constitucional de esta Corte, al analizar las figuras de la "autorización" y la "concesión de servicio público", ha establecido lo siguiente.

«*La autorización es uno de los instrumentos más característicos en el ámbito de la intervención estatal y es un acto administrativo que declara el derecho*

a desarrollar una actividad mediante la remoción de límites al ejercicio de las facultades que ya le correspondían a su destinatario. Al respecto, en la Sentencia del 8-XII-2003, Amp. 1340-2002, se expuso que la autorización faculta a un particular a la realización de ciertas actividades sobre las cuales existía una prohibición general previa. En otras palabras, es un pronunciamiento del Estado de tipo permisivo, a fin de facultar a una persona natural o jurídica a la realización de una actividad determinada, de interés público o no. En ese sentido, las notas características de la autorización son: (i) se trata de una técnica de control previo del ejercicio de ciertas actividades mediante la que se efectúa una fiscalización de la legalidad u oportunidad de su ejercicio; (ii) la razón de ser del control previo de la actividad en unos casos es su potencial daño a terceros o al interés general en el supuesto de carecer de supervisión -v. gr. a la salud, medio ambiente o seguridad de las personas-; (iii) la posición jurídica del particular se caracteriza por la preexistencia del derecho a realizar la actividad en los términos previstos en la normativa; y (iv) es un acto declarativo de derechos, lo que confiere a su titular una situación jurídicamente protegida (…) sin perjuicio de su necesaria adaptación a las cambiantes exigencias del interés general. De lo anterior se infiere que la concesión (…) y la autorización (…) presentan los siguientes elementos distintivos: (i) Las concesiones tienen un efecto constitutivo de otorgamiento de derechos ex novo, es decir, es un mecanismo creador de derechos o facultades, lo que las convierte en una fuente de legitimidad para la prestación de un servicio de carácter público. En cambio, las autorizaciones presentan un carácter meramente declarativo y no suponen la transferencia de potestades al particular. (ii)Las autorizaciones son un mecanismo que permite la remoción de límites al ejercicio de facultades que ya correspondían a su destinatario, constituyéndose de esa manera en un requisito previo para la ejecución de una actividad. En otras palabras, las autorizaciones operan sobre actividades propias de la iniciativa privada -en la medida en que el Estado no las ha reservado formalmente para sí-, mientras que las concesiones son el instrumento por el que los particulares intervienen en ámbitos públicos debido a la titularidad que la Administración se ha reservado sobre determinada actividad. Por tal razón, se considera que las autorizaciones, a diferencia de las concesiones, se desenvuelven en un ámbito menos invasivo de las facultades de ejercicio que tienen los particulares sobre determinada actuación. Ello porque dicha técnica genera un desplazamiento de ciertos obstáculos que impedían su ejercicio, aunque la actividad en cuestión quedará sujeta al control y supervisión de la Administración Pública. (iii) La naturaleza de la concesión es la de un acto administrativo de carácter unilateral, que sigue determinados mecanismos legales para contratar al concesionario, por lo cual debe cumplir con determinados requisitos: (i) los sujetos que prestarán el servicio deben ser los más capaces o aquellos que otorguen mayores garantías para que la actividad se cumpla con fundamento en el interés público; (ii) se debe evaluar y señalar previamente el contenido de las facultades de ejercicio que se otorgan al concesionario, en función del objetivo social que se pretende; y (iii) la forzosa realización de la actividad por parte del concesionario, en vista del interés general que dicha actuación comporta. Por el contrario, las autorizaciones se manifiestan, generalmente, en actos administrativos emanados de un

funcionario público (…) suponiendo el reconocimiento de un derecho subjetivo o un beneficio directo a su destinatario. Esto implica que las autorizaciones crean una situación jurídica protegida para su titular, en la medida en que generan una condición de ventaja al reconocerle un derecho, una facultad o liberarle de una obligación, un deber o un gravamen, por lo cual la Administración Pública solo puede revocarlo conforme a las causas y procedimientos establecidos en la ley (…) (iv) Las autorizaciones, en algunos supuestos, abarcan actividades que tienen por objeto satisfacer una necesidad colectiva, las cuales, dada la naturaleza de este mecanismo, han de ser realizadas por los particulares con base en el despliegue de su propia autonomía, previo a una concreta legitimación para ello conferida por la Administración. Las concesiones, por su parte, implican el ejercicio de facultades propias de la Administración por parte de los particulares en quienes se ha delegado la explotación de un bien o servicio público» (Sentencia de las diez horas con treinta y un minutos del día veinte de marzo de dos mil trece. Proceso de amparo 227-2010).

Conforme con la jurisprudencia constitucional relacionada, la cual es compartida por este Tribunal, las figuras de la "autorización" y "concesión" comportan naturalezas, contenido y efectos diversos, siendo una de sus características fundamentales el hecho que la primera figura -la autorización- es un acto "*declarativo de derechos*", es decir, no crea ninguna facultad sino que permite la remoción de límites al ejercicio de facultades que ya correspondían a su destinatario, constituyéndose de esa manera en un requisito previo para la ejecución de una actividad, mientras que la segunda figura -la concesión- es un acto "*constitutivo de derechos*", es decir, creador de derechos o facultades *ex novo*.

En lo que importa al presente caso, esta Sala considera oportuno precisar que, independientemente de la naturaleza de los actos que fueron revocados por medio de la actuación impugnada en este proceso, es decir, se trate de autorizaciones o de concesiones, ambas figuras comportan verdaderos *actos administrativos favorables*.

En el caso de la concesión resulta inmediata tal conclusión al advertirse la constitución de un derecho. Ahora, en lo que corresponde a la autorización, la Sala de lo Constitucional de esta Corte ha precisado lo siguiente.

«*(…) las autorizaciones se manifiestan, generalmente, en un acto declarativo de derechos, lo que confiere a su titular una situación jurídicamente protegida que se manifiesta en el régimen de los actos favorables, sin perjuicio de su necesaria adaptación a las cambiantes exigencias del interés general (…) las autorizaciones se manifiestan, generalmente, en actos administrativos emanados de un funcionario público y que se enmarcan en el régimen de los actos favorables, esto es, entrañan un efecto favorable o positivo, suponiendo el reconocimiento de un derecho subjetivo o un beneficio directo a su destinatario. Esto implica que las autorizaciones crean una situación jurídica protegida para su titular, en la medida en que generan una condición de ventaja al reconocerle un derecho, una facultad o liberarle de una obligación, un deber o un gravamen, por lo cual la Administración Pública solo puede revocarlo conforme a las causas y procedimientos establecidos en la ley, sin perjuicio de que esta ejerza las facultades de control de la legalidad y oportunidad que tiene*» (el subrayado es propio) (Sen-

tencia de las diez horas con treinta y un minutos del día veinte de marzo de dos mil trece. Proceso de amparo 227-2010).

Según la anterior jurisprudencia constitucional, que esta Sala comparte, resulta evidente que tanto las concesiones como las autorizaciones constituyen actos favorables. Consecuentemente, las resoluciones administrativas *(i)* 61131-MODICONLINEA-DGTT/2008, del seis de noviembre de dos mil ocho; *(ii)* 4259-MODICONLINEA-DGTT/2009, del veinticuatro de febrero de dos mil nueve; y, *(iii)* 19432-MODICONRU-DGTT/2009, del veintiocho de abril de dos mil nueve, independientemente de su denominación, se instituyen como verdaderos actos administrativos favorables para la parte actora en este proceso."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 133-2013, fecha de la resolución: 04/02/2019

CADUCIDAD

FIGURA JURÍDICA DE NATURALEZA NETAMENTE ADJETIVA

"A.2 *La caducidad* por su parte, a diferencia de la prescripción, es una figura jurídica de naturaleza netamente adjetiva**,** se define como una forma de terminación del *procedimiento* administrativo por superación del plazo máximo para resolver, cuyo incumplimiento impide su prosecución y resolución final; es decir, supone, la terminación de un procedimiento sancionador sin una resolución sobre el fondo, cuando éste, se encuentra detenido durante un plazo excesivo de tiempo, sin que le sea notificada al administrado resolución expresa. Cabe decir, que el supuesto de inactividad en un procedimiento determinado, puede recaer tanto por la desidia del interesado [cuando pende de él la actuación procedimental], así como de la Administración pública, cuando es imputable exclusivamente a ésta la inactividad procedimental.

En este último supuesto, cuando la caducidad es producida exclusivamente por causa de la Administración pública, imposibilita a que la autoridad, ante su propia inactividad, continúe instruyendo un procedimiento sancionatorio fuera del plazo legalmente establecido para ello. Es decir, que una vez iniciado un procedimiento si éste no concluye en el plazo legal, la consecuencia jurídica es que el mismo caduca, configurándose entonces una forma de darlo por finalizado. En cuanto a esta figura señala el doctrinario Ramón Parada Vásquez*, «[l]a caducidad es una causa de terminación del procedimiento por la falta de actividad en éste»* [Vid. VASQUEZ PARARA, R., *Derecho Administrativo II, Régimen Jurídico de la actividad administrativa*, Ediciones Académicas UNED, España, 2017, p. 150].

En este punto es relevante, señalar que, de perfilarse [la caducidad del procedimiento] no debe *per* se, inhibir a la Administración pública su facultad de imponer una sanción; ya que la caducidad no producirá, por sí sola, la prescripción de las acciones de la Administración. De modo que, si el derecho para perseguir la infracción no ha prescrito, podrá iniciarse un *nuevo* procedimiento por los mismos hechos [ya que el anterior, el caducado, se entiende que jamás existió por haber desaparecido como un efecto legal de la caducidad]; eso sí, observando

que el procedimiento caducado no interrumpirá la prescripción. [de Diego Díez, L. Alfredo. *Prescripción y Caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Segunda Edición. Barcelona. Editorial Bosh. 2009, p. 203 y 204]. En idénticos términos, y para efectos de esta sentencia, de manera exclusivamente ilustrativa, se señala que lo dicho, está previsto en la [hoy vigente pero no aplicable al caso] Ley de Procedimientos Administrativos, en el artículo 117 inciso tercero *«[l]a caducidad no producirá por sí sola la prescripción de los derechos de los particulares o, en su caso, las facultades de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de la prescripción».*

Por ello, si se dicta una resolución fuera del plazo previsto, la sanción se habrá impuesto sin que exista procedimiento previo, pues el existente ya había finalizado de otra manera, de modo que la sanción impuesta resultaría nula de pleno derecho, por haber sido impuesta prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [Cano Campos, Tomás, *op. cit*. p. 496].

En este sentido, en los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento [es decir, si la prescripción de la acción no ha operado, sino que únicamente la caducidad del procedimiento] podrán incorporarse a este nuevo procedimiento los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad."

SITUACIONES EN LAS QUE DERIVA LA APLICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

"En atención a los presupuestos establecidos respecto de las dos figuras jurídicas, se puede afirmar, que la aplicación de éstas dentro de un procedimiento administrativo sancionador puede derivar en las siguientes situaciones: *i)* que la prescripción afecte la facultad del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, por el simple transcurso del tiempo fijado, al extinguirle a la Administración pública la potestad para iniciar un procedimiento sancionador; sin embargo, es relevante señalar que la prescripción puede ser interrumpida, por lo que existe la posibilidad que el plazo se contabilice nuevamente desde cero; y *ii)* la caducidad en cambio, afecta el ejercicio del derecho dentro del procedimiento, por lo que se configura, si dicho ejercicio se ve paralizado y no se resuelve dentro del plazo señalado en la ley por causales atribuibles a la autoridad para el supuesto que nos ocupa en el presente caso; si bien es cierto dicha figura goza con la particularidad que no puede interrumpirse, la Administración pública tiene la posibilidad de, una vez caducado un procedimiento, iniciar uno nuevo siempre y cuando el derecho para iniciar el procedimiento sancionatorio no haya prescrito.

B. Establecidas las anteriores afirmaciones, corresponde ahora examinar en primer lugar, si se configura la *prescripción de la acción*; para este cometido, será ineludible verificar el tiempo transcurrido entre la fecha de consumación de la infracción y el inicio del procedimiento sancionatorio; luego de ello, y en caso de ser procedente, se evaluará el supuesto de inactividad durante el procedimiento sancionador iniciado.

B.1 La parte demandante señala que la Administración pública inició tardíamente la promoción de la acción para sancionarlo, por lo que, al aplicar supletoriamente lo regulado en el artículo 21 de la LPIAMA, la misma ya había prescrito.

En párrafos anteriores hemos aclarado la procedencia en el caso concreto de la supletoriedad del artículo 21 de la LPIAMA "PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN", para el análisis de la promoción de la acción. Así, este artículo determina que: *«[l]a acción para promover el procedimiento a que se refiere esta ley prescribe: b) [e]n un año cuando se trate de contravenciones sancionadas con multa superior a mil colones, sin exceder de cinco mil colones; (…) [l]os plazos a que se refiere este artículo se contarán a partir de la fecha de la contravención*...» [resaltado suplido].

Esta Sala verifica que el contrato administrativo fue suscrito el seis de septiembre de dos mil once, en éste el contratista se comprometió a iniciar los trabajos a partir de la fecha de la orden de inicio dada por la Junta de Gobierno y a terminarlos dentro de ciento ochenta días calendario; los trabajos debieron realizarse del diez de octubre de dos mil once al seis de abril de dos mil doce, no obstante lo anterior, la autoridad demandada aprobó una prórroga en el plazo por un período de trece días comprendidos del siete al diecinueve de abril de dos mil doce; siendo esta última fecha, el día final del plazo. Sin embargo, el contratista finalizó los trabajos hasta el cuatro de mayo de dos mil doce; es decir con quince días de retraso en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Ante dicho incumplimiento, la autoridad inició el procedimiento administrativo sancionador contra la contratista el veinticuatro de septiembre de dos mil doce, y se le concedió audiencia a SAGRISA por el plazo de tres días para que ejerciera su derecho de defensa, notificándose la misma el dos de octubre del referido año.

La letra b) del artículo 21 de la LPIAMA es categórica al establecer que la promoción de la acción prescribirá: *«…[e]n un año cuando se trate de contravenciones sancionadas con multa superior a mil colones, sin exceder de cinco mil colones…»*. Según la propia autoridad, el quantum de la multa estimada fue de doscientos treinta y tres dólares de los Estados Unidos de América con diez centavos de dólar ($233.10) equivalentes a dos mil treinta y nueve colones con sesenta y dos centavos de colón (¢2,039.62); es decir, que el tiempo legal máximo estipulado para iniciar el procedimiento sancionatorio en el caso de mérito era de **un año** a partir del veinte de abril de dos mil doce. En consecuencia, al haberse iniciado el procedimiento sancionador el veinticuatro de septiembre de dos mil doce, se verifica que se inició en tiempo, por lo que no se configura la violación en los términos alegados por la parte actora en cuanto a la prescripción de la acción de conformidad con el artículo 21 de la LPIAMA.

B.2 En otro orden, el demandante además advierte, que la facultad sancionadora se había extinguido al momento de imponerle la sanción dado que, la Administración pública una vez iniciado el procedimiento y sin justificación alguna, dictó resolución desfavorable fuera del plazo establecido para la caducidad, en atención a lo dispuesto en el artículo 21 letra b) de la LPIAMA.

En esta línea, es preciso aclarar, que como se ha desarrollado en este romano VII, numeral 2, letras A.1 y A.2, la prescripción y la caducidad son figuras con importantes diferencias, que, si bien se encuentran estrechamente relacionadas entre sí, ya que ambas limitan el ejercicio de la actividad sancionadora, las consecuencias jurídicas son distintas de verificarse una u otra. En esta línea, al acu-

dir tanto a la norma especial [LACAP] como a la norma supletoria sancionadora [LPIAMA] encontramos que la figura de la *caducidad del procedimiento*, no se encuentra expresamente regulada; ni la consecuencia de la inactividad o laxitud injustificada dentro de un procedimiento sancionatorio iniciado legalmente; por lo que esta ausencia de norma implica la configuración de una laguna jurídica o vacío normativo.

Sin embargo, esta Sala sostiene que si en el derecho [en general] el transcurso del tiempo no es un elemento inocuo con relación a la titularidad de derechos y obligaciones, con supremacía deberá ser así, cuando de lo que se trata, es del ejercicio de la potestad sancionadora aplicada de manera unilateral en perjuicio de la esfera jurídica de los administrados.

Por ello, si de manera supletoria el legislador ha regulado expresamente la institución de la prescripción para los procedimientos administrativos sancionatorios, como una manifestación del principio a la seguridad jurídica, con mayor razón habrá de encontrarse una solución legal para el caso de la inactividad por parte de la administración dentro de un procedimiento administrativo sancionador. Ya que la única solución impensable en un Estado de Derecho, es que exista una consecuencia más gravosa para la inactividad dentro de un procedimiento [léase, encontrarse abierto *ad perpetuam*, es decir, eterna o indefinidamente], versus la inactividad en el ejercicio del derecho punitivo al accionar/iniciar el procedimiento administrativo [que sí conlleva la prescripción de la facultad del ejercicio del *ius puniendi* en el caso concreto]; dado que tal conclusión implicaría una conculcación al principio de razonabilidad, seguridad jurídica, y proporcionalidad del poder punitivo, ambos de orden constitucional, según el artículo 246 Cn.

En similares términos se ha pronunciado tanto la doctrina administrativa como la jurisprudencia nacional y comparada. Así, esta Sala estableció *«…que la potestad sancionadora debe ejercitarse dentro de un plazo cierto; por ello, si la potestad sancionadora es una, es natural determinar que también lo es el procedimiento administrativo sancionador, aparejado con la iniciación y declaración de la sanción. Por ello, aunque la ley especial no tenga un plazo legal para su terminación, este no puede entenderse que es indefinido, sino por el contrario, debe hacerse un esfuerzo de hermenéutica jurídica para concretizar la potestad sancionatoria dentro de un plazo cierto»* [sentencia de ilegalidad de las quince horas del 7/VI/19, en el proceso referencia 75-18-PC-SCA].

En este mismo orden, se expresa el doctrinario L. Alfredo de Diego Diez al hacer un desarrollo histórico de la prescripción y caducidad en España, y señalar que pese a la jurisprudencia de antaño del Tribunal Supremo español en algún momento *«…llegasen a defender la aberrante postura de que la persecución de las infracciones administrativas era imprescriptible»* ésta se modificó con el paso del tiempo, aceptando que de no mediar norma expresa que señalase otro plazo diferente, procedía aplicar a las infracciones administrativas, a efectos de brindar una solución jurídica a los administrados, los plazos de prescripción previstos para las faltas en el Código Penal, y así señaló que la *«…STS de 9 de marzo de 1972 dice al respecto: "[r]esulta necesario plantear el problema de la ausencia de norma explícita reguladora de la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora […] silencio que en ningún caso cabe interpretar negativamente, sino*

como una aceptación tácita, en el estricto sentido semántico, del régimen general del ilícito, supraconcepto compresivo de sus manifestaciones fenoménicas administrativa y penal, ilícito este último que por implicar un reproche social más profundo constituye el límite máximo de los demás […] en consecuencia permite la aplicación supletoria en esta materia del plazo (…) señalado (…) para la prescripción de las faltas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales" (…) prescripción que debe declararse incluso de oficio en virtud del principio de legalidad inherente a la actividad administrativa» [de Diego Diez, L. Alfredo. *Tratamiento y efectos de la caducidad en el procedimiento sancionador,* Editorial Fe d'erratas, España, 2014, pp. 17-19]."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 153-2014, fecha de la resolución: 27/09/2019

CADUCIDAD DE LA FISCALIZACIÓN

LAS FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA ESTÁN SUJETAS A UN PLAZO DE CADUCIDAD DE TRES O CINCO AÑOS, DEPENDIENDO DEL CASO

"La DGII de conformidad al artículo 173 del CT tiene las facultades de fiscalización, inspección, investigación y control, el cual prescribe "*La Administración Tributaria tendrá facultades de fiscalización, inspección, investigación y control, para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones tributarias, incluso respecto de los sujetos que gocen de exenciones, franquicias o incentivos tributario (…)".* Dichas potestades deben ser ejercidas conforme a las competencias y procedimiento que se establecen en el CT.

Las referidas potestades están sujetas a un plazo de caducidad de tres o cinco años, dependiendo del caso, según lo dispuesto en el artículo 175 del CT, el que establece: [...]

Lo anterior quiere decir, que la Administración una vez transcurrido el plazo establecido en la disposición citada, no podrá ejercer dichas facultades concedidas por ley.

El plazo de caducidad de la facultad fiscalizadora de la Administración Tributaria puede suspenderse en el supuesto que prescribe el artículo 175 del CT: *"(…) En los casos que sean enviados a la fiscalía general de la república para que se investigue la existencia de delitos de defraudación al fisco el cómputo del plazo de la caducidad a que se refiere este artículo,* ***se suspenderá desde la fecha en que la administración tributaria presente la denuncia ante la fiscalía general de la república, reiniciando el computo de tres o cinco años según corresponda del plazo de caducidad, el día de la notificación de la resolución que pone fin al proceso en materia penal*** *(…)"*

El inciso tercero del artículo 23 del CT establece que: *"(…) El pronunciamiento del Juez* ***que declare la inexistencia de responsabilidad penal no inhibe la facultad de la Administración Tributaria para determinar la responsabilidad tributaria sustantiva del contribuyente en sede administrativa****, liquidando el impuesto y accesorios respectivos, reiniciando el computo del plazo de caduci-*

dad a que se refiere el artículo 175 de este código ***el día de la notificación de la resolución que decreta el sobreseimiento en materia penal*** *(…)"*

De los artículos relacionados, esta Sala advierte que, en los casos que se ha suspendido el cómputo del plazo de caducidad regulado en el artículo 175 del CT, el mismo reinicia a partir del día de la notificación de la resolución que declare la inexistencia de responsabilidad penal, ya sea por declararse el sobreseimiento de conformidad al artículo 23 del CT, u otra decisión que ponga fin al proceso en materia penal en la que se determine la inexistencia de responsabilidad."

REINICIO DEL PLAZO

"Para el reinicio del plazo para que opere la caducidad, es necesario que la Administración Tributaria, tenga conocimiento de la decisión que llegue a recaer.

Lo anterior, es importante para definir la situación jurídica tributaria del contribuyente ante la referida Administración, con relación al ejercicio tributario involucrado en la investigación sometida a la jurisdicción penal; ya que así puede establecer de forma cierta la fecha de reinicio del computo del plazo de caducidad de la facultad de fiscalización y sancionatoria, por lo que no es atendible el argumento de la parte actora en el sentido de considerar la fecha de notificación realizada a la parte actora y a la Fiscalía General de la República, de la resolución que puso fin al proceso penal, para que la Administración prosiga con la fiscalización e investigación respectiva, puesto que en esas ocasiones la Administración Tributaria no tenía conocimiento de la decisión emitida en la jurisdicción penal.

"En el presente caso, de la certificación del expediente administrativo de la DGII se concluye que, ésta tuvo conocimiento de la sentencia que puso fin al proceso penal, mediante oficio recibido el veintisiete de agosto de dos mil trece en la Unidad de Investigación Penal Tributaria de la DGII. Este oficio fue remitido por la Unidad Fiscal Especializada de Delitos de Crimen Organizado de la FGR en el que manifestó que *"(…) le remito fotocopia certificada de la resolución emitida por el Tribunal Tercero de Sentencia de la Ciudad de San Salvador, de fecha* ***dieciocho de mayo de dos mil nueve****, con numero (sic) de proceso 72-2008-5, contra FOEA (…).* Al mismo se anexó la sentencia, la cual se encuentra agregada de folio 1336 al 1419; asimismo, anexó acta de la audiencia preliminar en donde se decreta auto de apertura a juicio, se subsume el delito de evasión de impuestos en el delito de Lavado de Dinero y Activos -folios 1293 al 1335-.

Por tanto la DGII tuvo conocimiento de la resolución que puso fin al proceso penal con sentencia condenatoria, el día veintisiete de agosto de dos mil trece.

En razón del oficio recibido el día catorce de mayo de dos mil trece, la autoridad demandada solicitó al Jefe de la Unidad Especializada de Delitos de Crimen Organizado de la Fiscalía General de la República, girara oficio al Juzgado correspondiente; a fin que notificara en legal forma a la DGII, la resolución emitida en contra del contribuyente FOEA, mediante la cual se resolvió que el delito de evasión de impuestos era subsumido por el segundo -folio 1426-.

Posteriormente, el diecinueve de diciembre de dos mil catorce, la parte actora solicitó a la DGII, declarar la caducidad de la facultad fiscalizadora y san-

cionatoria para el período del año dos mil cinco; y la extensión de la constancia de solvencia, la cual le fue denegada el quince de enero de dos mil catorce, en razón de que las facultades de fiscalización para el día uno de junio de dos mil once ya se encontraban caducadas.

En respuesta a la solicitud de la parte actora, la DGII por medio de la resolución impugnada de fecha diecinueve de diciembre de dos mil quince, resolvió: *"(…) siendo que no se ha recibido notificación de resolución que ponga fin al proceso en materia penal, el plazo de caducidad sigue suspendido (…)"* -folio 1494 del expediente judicial -. Ante dicho acto administrativo, la parte actora solicitó se librara oficio al Juzgado Tercero de Sentencia de San Salvador para que rindiera informe sobre la fecha en la que fue notificada a las partes la sentencia definitiva y presentó copia de la sentencia del Juzgado Tercero de Sentencia-folio 1496 del expediente judicial-.

En virtud de que, en etapa de instrucción el delito de evasión de impuestos se subsumió al delito de lavado de dinero, la DGII solicitó, el día quince de julio de dos mil quince, se le notificara la sentencia emitida por el Juez Quinto de Instrucción, la cual fue remitida el seis de octubre de dos mil quince, por el Juez Quinto de Instrucción -folio 1654 del expediente judicial -, por medio de oficio en el cual dicho Juez manifestó que el delito de evasión de impuestos fue subsumido al delito de lavado de dinero y de activos, y se ordenó el juicio únicamente por el delito de lavado de dinero y activos en perjuicio del orden socioeconómico.

El quince de julio de dos mil trece, la DGII solicitó, al Juez Tercero de Sentencia de San Salvador, notificara en legal forma la decisión pronunciada con relación al delito de evasión de impuestos, imputado al contribuyente FOEA, sin obtener respuesta.

La DGII solicitó nuevamente, el nueve de octubre de dos mil quince, se le certifique la sentencia emitida por el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador.

El día once de noviembre de dos mil quince, el Tribunal Tercero de Sentencia de San Salvador, remitió la sentencia mediante la cual declaró culpable por el delito de lavado de dinero y activos en perjuicio del orden socioeconómico al señor FOEA-folio 1714 del expediente judicial -.

De la revisión de la certificación del expediente administrativo, esta Sala advierte que tuvo conocimiento de la sentencia condenatoria que puso fin al proceso penal, mediante oficio enviado por la Unidad Fiscal Especializada de Delitos de Crimen Organizado de la FGR, que fue recibido por la Unidad de Investigación Penal Tributaria de la DGII el veintisiete de agosto de dos mil trece, al cual se anexó: 1) acta de la audiencia preliminar en donde se decreta auto de apertura a juicio y se subsume el delito de evasión de impuestos en el delito de Lavado de Dinero y Activos; y, 2) la sentencia definitiva en la que se condena al señor FOEA. Con dicha comunicación se cumplió con la finalidad de hacer del conocimiento a la Administración Tributaria la resolución que puso fin al proceso penal.

Por tanto, la Administración Tributaria debió tomar como fecha de notificación de la resolución que puso fin al proceso penal el día veintisiete de agosto de dos mil trece, para determinar si había operado la caducidad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 175 del CT o tener por agotado el plazo de caducidad regulado en el referido artículo.

De conformidad al inciso segundo del artículo 175 del CT el plazo de caducidad de la facultad de la administración aplicable al presente caso es de cinco años, por tratarse de la no presentación de declaración respecto del Impuesto Sobre la Renta correspondiente al ejercicio fiscal dos mil cinco, la cual tenía obligación de presentar dentro de los cuatro meses siguientes al vencimiento del ejercicio o período de imposición de que se trate, de conformidad al artículo 48 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

La DGII suspendió la facultad de requerir la presentación de liquidación de tributos a partir del veinte de diciembre de dos mil siete con el aviso presentado a la Fiscalía General de la República, quedando pendientes tres años cuatro meses de los cinco años de plazo que tenía la Administración Tributaria para requerir la presentación de la liquidación de tributos

Por lo que si la sentencia que puso fin al proceso se notificó el veintisiete de agosto de dos mil trece, el plazo de caducidad vencía el veintisiete de diciembre de dos mil dieciséis.

Sin embargo, para que el plazo reinicie no solo se requiere que exista la notificación de una resolución que ponga fin al proceso en materia penal, sino que esta declare la inexistencia de responsabilidad penal, de conformidad a los artículos 23 y 175 del CT ya citados, lo que da lugar a la consecución del procedimiento administrativo, pues de lo contrario el plazo de caducidad resulta irrelevante pues en el caso de existir sentencia condenatoria no es posible la consecución del procedimiento administrativo por el impuesto y ejercicio fiscal que fue sometido a conocimiento y sancionado en la jurisdicción penal, y el reinicio del plazo no tendría ningún objeto."

PROCEDE DECLARAR LA ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO, AL NO REUNIR LAS CONDICIONES PARA REINICIAR EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD

"De ahí que, corresponde determinar si en el presente caso, subsistía la posibilidad de continuar con el procedimiento de fiscalización, encaminado a pronunciarse sobre la existencia de la responsabilidad tributaria sustantiva del contribuyente, liquidando el impuesto y accesorios, en su caso; ya habiendo finalizado el proceso penal.

La sentencia definitiva notificada a la Administración Tributaria fue **condenatoria** por el delito de lavado de dinero y activos, al cual se subsumió el delito de evasión de impuestos.

El artículo 251-A del Código Penal prescribe *"(…) **En el supuesto de condenatoria, no habrá lugar a la prosecución del procedimiento administrativo** (…)"*

De ahí que, en este caso no era posible reiniciar el cómputo del plazo de caducidad que regula el artículo 175 del CT, pues ante tales circunstancias es imposible proseguir el procedimiento administrativo para la determinación de obligaciones tributarias sustantivas, con relación al Impuesto Sobre la Renta correspondiente al ejercicio fiscal dos mil cinco, al haber sido juzgado y sancionado en la jurisdicción penal.

Consecuentemente no se reúnen las condiciones de los artículos 23 y 175 del CT para reiniciar el computo del plazo de caducidad, aun y cuando éste

se encontraba suspendido y exista notificación de resolución que ponga fin al proceso -de fecha veintisiete de agosto de dos mil trece-, debido a que existe sentencia condenatoria, condición que limita el ejercicio de la potestad de fiscalización y sancionatoria de la Administración Tributaria respecto del Impuesto sobre la Renta correspondiente al ejercicio fiscal dos mil cinco, lo cual vuelve irrelevante el cumplimiento de los cinco años del plazo de caducidad.

En consecuencia lo que correspondía a la DGII era ordenar la emisión de la solvencia tributaria que le estaba siendo solicitada, respecto del ejercicio fiscal y el impuesto sometido a la jurisdicción penal.

Consecuentemente, el acto administrativo impugnado emitido por la DGII es ilegal."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 149-2015, fecha de la resolución: 30/01/2019

CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

LA POTESTAD PARA DECLARAR LA CADUCIDAD DE UN CONTRATO CORRESPONDE AL ÓRGANO ADMINISTRATIVO CONTRATANTE, QUIEN PODRÁ EJERCITARLA RESPETANDO, NATURALMENTE, LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO

"De las causales anteriores, nos importa la primera de ellas, es decir, la caducidad del contrato, como una modalidad de terminación anticipada adoptada por la Administración contratante de forma unilateral y con efectos ejecutorios, la cual parte de una premisa de incumplimiento de obligaciones; que, en consecuencia, como en cualquier contrato ante la inobservancia de las obligaciones pactadas o de los términos fijados por las partes, genera la extinción del mismo, es decir, es un efecto contractual.

La causal de caducidad se encuentra regulada en el artículo 94 de la LACAP, mismo que, prescribe que los contratos también se extinguen por cualquiera de las causales contenidas en los literales a), b), c), y d) de dicha disposición legal. En virtud del caso, nos referiremos únicamente a la contenida en literal b) que establece como causal: *«[l]a mora del contratista en el cumplimiento de los plazos o por cualquier otro incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y cuando las multas hubiesen alcanzado un monto equivalente al 12% del valor total del contrato*, *incluyendo en su caso, modificaciones posteriores…»*(el subrayado es propio).

Ahora bien, esta facultad de extinguir el contrato, desplegada sobre la sociedad actora, no forma parte de la potestad sancionatoria conferida a la Administración pública, definida por esta Sala como: «…*aquélla que le compete para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por actos de éstos contrarios al ordenamiento jurídico. Su cobertura constitucional establece la facultad punitiva del Órgano Judicial y, por excepción, la de la Administración»* [sentencia definitiva referencia 125-2008, de fecha tres de febrero de dos mil catorce]. La cual, se ejerce dentro de un determinado marco normativo, encontrando su límite

máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del artículo 86 de la Constitución.

Así mismo, la naturaleza contractual, no sancionadora de la caducidad ya ha sido sujeta de análisis por la Sala de lo Constitucional en la sentencia de Inconstitucionalidad referencia 64-2013 del veintiocho de septiembre de dos mil trece, en la que, al referirse al procedimiento para declarar la caducidad del contrato que se regulaba en el artículo 61 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública[en adelante, RELACAP, vigente al acaecimiento de los hechos**]**ahora 81 de dicho cuerpo normativo, sostuvo: *«…se determina que el procedimiento a que se refiere el art. 81 RELACAP no es de naturaleza sancionatoria, ya que no evidencia una finalidad represiva, retributiva o de castigo por parte del Estado en uso del ius puniendi, sino que es un procedimiento cuya finalidad u objeto de "litigio" es la verificación de si las razones que dieron lugar a contratar se mantienen y con ellas, las obligaciones que dicho contrato ampara. Es decir, no se trata de sancionar al administrado por el "cometimiento de una infracción", sino revisar si el vínculo contractual debe continuar surtiendo efectos entre las partes o no…».*

En armonía con lo anterior, que, este Tribunal en la sentencia referencia 351-2010 del veintinueve de junio de dos mil dieciséis, estableció que: *«…el origen de la caducidad acontece como una consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales a las que previamente y de forma voluntaria el administrado se ha sometido. En ese sentido, con la decisión de dar por caducado un contrato, la Administración Pública no está ejerciendo su poder de imperio»*.

En consecuencia, se ha comprobado que, el ministro demandado al momento de declarar la caducidad del contrato no ejerció potestad sancionatoria alguna tal y como erróneamente afirma la sociedad actora, sino que, se encontraba haciendo uso de una facultad exorbitante de la Administración pública de revisión del vínculo contractual a efecto de establecer si éste continuaría surtiendo efecto entre las partes, prerrogativa que la ley de la materia, como hemos visto, le ha concedido.

Por ello, se concluye que, la potestad para declarar la caducidad de un contrato corresponde al órgano administrativo contratante, quien podrá ejercitarla respetando, naturalmente, los principios constitucionales del debido procedimiento.

En virtud de lo anterior, este Tribunal considera que no existe la falta de competencia constitucional para emitir la sanción de caducidad, alegada por la sociedad actora."

MINISTRO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD PÚBLICA ES EL COMPETENTE PARA DECLARAR LA CADUCIDAD DEL CONTRATO

"Para el caso que nos ocupa, el titular del Ministerio demandado es el ministro de Justicia y Seguridad Pública, quien es el encargado de la gestión de los negocios públicos de esa Secretaría de Estado, tal cual se comprueba de lo regulado en el artículo 159 de la Constitución.

Aunado a lo anterior, el artículo 15 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, señala que los Ministros serán los superiores jerárquicos de funcionarios y empleados de sus respectivas Secretarías. El artículo 28 de la misma normati-

va expresa que: *«…para la gestión de los negocios públicos habrá las siguientes Secretarías de Estado o Ministerios: (...) 11) Ministerio de Seguridad Pública y Justicia»*.

El Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, se posiciona dentro del aparato estatal como una entidad que forma parte integral del Órgano Ejecutivo, sometido jerárquicamente al Presidente de la República de conformidad a lo estipulado en la Constitución y en el Reglamento Interno antes detallado.

Así las cosas, ya se ha determinado que la competencia es un conjunto de facultades que pueden ejercitarse dentro de una restringida materia, para el caso del ministro demandado, tal ámbito se circunscribe, entre otras cosas, a la coordinación de los organismos que constitucionalmente tienen a su cargo asignadas las tareas, los planteamientos y estrategias que integran la política de Estado sobre seguridad pública, debiendo incorporar obligatoriamente en los mismos, la prevención de la violencia y del delito, la rehabilitación y reinserción del delincuente y las medidas de represión necesarias para contrarrestar toda actividad delincuencial, con estricto apego a la Constitución y en el debido cumplimiento de las leyes secundarias correspondientes [artículo 1 del decreto ejecutivo No. 24 "Reformas al Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo" emitida el uno de abril de dos mil dieciséis, publicada en el Diario Oficial número sesenta y siete, Tomo número cuatrocientos once, del trece de abril de dos mil dieciséis].

Aunado a lo anterior, la LACAP le da la competencia al ministro, siendo el titular de la entidad, para suscribir contratos y dar por terminados los mismos de forma unilateral, por las causas previamente establecidas en la ley. De lo antes expuesto se colige que, el ministro de Justicia y Seguridad Pública, tiene la competencia necesaria para contratar con los administrados y dar vida a relaciones contractuales, tanto privadas como públicas, y exigir que las mismas se hagan efectivas por la defensa de los intereses generales que ostenta la Administración llevándolas a su etapa de ejecución, siempre y cuando sea en el marco de su competencia. [...]

De lo anterior se colige que, efectivamente, es el ministro de Justicia y Seguridad Pública, es el competente para declarar la caducidad del contrato; y, por lo tanto, la resolución que decidió dicha forma de terminación de la relación jurídica no fue emitida en exceso o fuera de las potestades conferidas por la ley, respetando el principio de legalidad, por tal motivo."

NO DEBE CONFUNDIRSE EL VENCIMIENTO DEL PLAZO CONTRACTUAL CON LA CESACIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO, PUESTO QUE ESTA FIGURA OPERA COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO

"Para el caso del objeto contractual, la LACAP ha determinado cuáles son los documentos a suscribirse y las formalidades que los mismos han de contener para tenerse como válidos -artículo 92 inciso final de la LACAP y 61 del RELACAP [vigente al acaecimiento de los hechos]-; y, además, los sujetos a intervenir en su elaboración -artículo 82 BIS letra e) de la LACAP-.

Ahora bien, como otras obligaciones contractuales, se encuentra la presentación de las distintas garantías para asegurar ya sea: *(i)* el mantenimiento de

la oferta, *(ii)* la buena inversión del anticipo, *(iii)* el cumplimiento del contrato, *(iv)* la buena obra, *(v)* el buen servicio, funcionamiento y calidad de los bienes; y,*(vi)* otros hechos que deban garantizarse -artículo 31 de la LACAP-.

En el caso objeto de estudio, en la cláusula décima tercera "GARANTÍAS" del contrato No. MSPJ-DGCP-032/2008 se estableció que, para asegurar el cumplimiento de todos los términos establecidos en el contrato se otorgarían a favor de la contratante las siguientes garantías: *a)* de buena inversión del anticipo, *b)* de cumplimiento de contrato; y, *c)* de buena supervisión.

En la cláusula décima cuarta "MODIFICACIÓN Y PRÓRROGAS" del contrato suscrito entre las partes, en la parte final se prescribió lo siguiente: *«[e]n caso de prórroga, ésta operará siempre que el plazo de las Garantías que se hayan constituido a favor de EL MINISTERIO sea ampliado*» [folio 5 del expediente administrativo].

Se advierte a folio 7 del expediente administrativo, que mediante la resolución número treinta y cuatro-B del veintiséis de marzo de dos mil nueve, el ministro demandado, resolvió, entre otras cosas, prorrogar el plazo de ejecución establecido en el contrato No. MSPJ-DGCP-032/2008 por doscientos treinta y un (231) días calendario adicionales al plazo contractual pactado originalmente y en caso de ser necesario debía tramitar las prórrogas de las garantías correspondientes, en las condiciones indicadas en el artículo 59 del RELACAP.

La institución contratante, mediante las notas del veintiséis de marzo, diecinueve y veintiocho de agosto y once de septiembre de dos mil nueve, requirió a la sociedad actora, en la primera de ellas, la prórroga de las garantías de acuerdo a lo establecido en el numeral segundo de la resolución y en las sucesivas notas únicamente se refirió a la falta de presentación de la prórroga de la garantía de buena inversión de anticipo [folios 9, 10, 11 y 12 del expediente administrativo].

Fue a raíz de la falta de presentación de la prórroga de la garantía de buena inversión que, el ministro demandado, en la resolución de las once horas del dos de febrero de dos mil diez, luego de hacer una lacónica y cronológica exposición del incumplimiento de la presentación de la garantía aludida, resolvió: *(i)* iniciar el procedimiento de extinción del contrato No. MJSP-DGCP-032/2008 con base en el artículo 94 letra a) de la LACAP; y, *(ii)* conceder audiencia a la sociedad actora por el término de cinco días contados a la notificación para que hiciera uso de su derecho de audiencia y defensa [folio 13 del expediente administrativo]. La respectiva comunicación se realizó el cuatro de marzo de dos mil diez [folio 14 del expediente administrativo].

Lo anterior evidencia como lo sostuvo la demandante, que el plazo para el cumplimento del objeto del contrato había vencido. Sin embargo, tras establecerse en la relación contractual un incumplimiento de los compromisos adquiridos, ineludiblemente, conduce a sus consecuencias propias, pues las obligaciones deben ser acatadas en los términos correspondientes que previamente fueron convenidos entre el contratista y la autoridad contratante. En ese sentido, no debe confundirse el vencimiento del plazo contractual con la cesación de los efectos del contrato, puesto que esta figura opera como causa de extinción del contrato.

Puntualmente, en virtud del nexo copulativo "*y*" en la redacción del artículo 92 de la LACAP, cuando de la ejecución del contrato resulte el cumplimento de

las obligaciones contraídas dentro del plazo fijado en las cláusulas es cuando el mismo se tendrá como extinguido. Sin embargo, cuando se ha incumplido con las obligaciones adquiridas y el plazo para el que fue otorgado el contrato ha concluido, la relación contractual no se extingue, puesto que las partes pueden recurrir a las diferentes alternativas que prevé el ordenamiento para lograr su cumplimiento o extinguir la relación existente.

Considerando el análisis anterior y habiéndose evidenciado por parte de la autoridad administrativa el incumplimiento y que tal hecho le facultaba en aras de procurar la satisfacción del interés general, adoptar las distintas soluciones que la ley de la materia prevé para exigir la concretización del objeto contractual, este Tribunal considera que no ha existido la conculcación alegada por la sociedad actora."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 346-2011, fecha de la resolución: 30/07/2019

CARACTERÍSTICAS ESPECIALES Y FORMAS DE TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

"En materia de contratos administrativos, éstos se perfilan como una especie dentro del género de los contratos; sin embargo, cabe destacar en este ámbito, algunas características *especiales* que los distinguen como tales, entre estas se identifican: *(i)* una entidad representante del Estado como parte suscriptora, cuya participación tiene por objeto la persecución de un fin público; y, *(ii)* el contenido de cláusulas exorbitantes del derecho privado otorgadas a la Administración pública, las cuales se traducen en algunos casos, en instrucciones, órdenes y sanciones que tienen por objeto precisamente garantizar el cumplimiento del contrato, y que se justifican a partir de los fines de interés general de la contratación estatal.

En atención a lo anterior, encontramos, por un lado, a la Administración Pública investida de potestades o prerrogativas que le permiten actuar unilateralmente en la interpretación, modificación y extinción de los contratos, cuyo margen de actuación debe sujetarse dentro de los parámetros y límites determinados por la ley; y por otro, a un sujeto de derecho, quien se ve comprometido en la prestación de un servicio público, y que acepta voluntariamente someterse a lo convenido en dicho acto jurídico. Cabe destacar, dentro de las denominadas *prerrogativas* de la Administración, en el marco de la contratación pública, la facultad de extinción de los contratos.

En cuanto a la última potestad, la LACAP desarrolla un Capítulo para aclarar los alcances de dicha prerrogativa; así, el capítulo IV referente a "LA CESACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS" establece cuando ha de considerarse que, un contrato administrativo, cesará en sus efectos [artículo 82 de la LACAP]; y, cuando será la administración la que, puntualmente aplique las formas de extinción de los contratos administrativos.

Por su parte, el artículo 93 de la LACAP, indica cuáles son estas formas de terminación y prescribe: (a) caducidad; b) mutuo acuerdo de las partes contratantes; (c) revocación; (d) rescate; y, (e) por las demás causas que se determinen contractualmente.

De las causales anteriores, interesa para el caso la primera de ellas: es decir, la caducidad del contrato. Esta se perfila como una modalidad de terminación –anticipada- adoptada por la Administración contratante de forma unilateral y con efectos ejecutorios, la cual, parte de una premisa de *incumplimiento de las obligaciones pactadas*; que, ante la inobservancia de las mismas o de los términos fijados por las partes, genera la extinción de dicho contrato.

Puntualmente, la causal de caducidad se encuentra regulada en el artículo 94 de la LACAP y este establece lo siguiente: *«[l]os contratos también se extinguen por cualquiera de las causales de caducidad, sin perjuicio de las responsabilidades contractuales por incumplimiento de las obligaciones, son causales de Caducidad las Siguientes: (…) b) La mora del contratista en el cumplimiento de los plazos o por cualquier otro incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y cuando las multas hubiesen alcanzado un monto equivalente al 12% del valor del contrato, incluyendo en su caso, modificaciones posteriores…»* (resaltado suplido).

A lo descrito en el numeral de la disposición anterior, se aúna el artículo 85 de la LACAP, el cual, reafirma dicha causal al determinar lo siguiente: *«[c]uando el contratista incurra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por causas imputables al mismo, podrá declararse la caducidad del contrato o imponer el pago de una multa por cada día de retraso (…) [c]uando el total del valor del monto acumulado por la multa, represente hasta el doce por ciento del valor total del contrato, procederá la caducidad del mismo, debiendo hacer efectiva la garantía del cumplimiento de contrato…»* (el resaltado suplido).*"*

CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES IMPUTABLE DE FORMA CERTERA AL CONTRATISTA PODRÁ DECLARARSE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO

"[...] En el presente caso, como se ha indicado, la autoridad demandada requirió además del suministro de 151 pares de botas tipo jungla, que éstas fueran elaboradas por la suministrante, esto de acuerdo a la lectura de la descripción o detalle de la orden de compra referida en párrafos anteriores. De manera que, **********., al momento de presentar su oferta mediante la cotización anexa a folio 45 del expediente administrativo; y, posteriormente, aceptar la orden de compra para dar inicio al plazo contractual, atendió el requerimiento en los términos dictados por el ministerio demandado.

Lo anterior implica que, la impetrante se obligó no solo al suministro de las botas tipo jungla, sino, además a su *elaboración.* Esto último conlleva a que **********., asumió la capacidad de producir de forma autónoma el producto solicitado por el MOPVDU, sin pactarse la autorización de subcontratar a un tercero.

En atención a esta última idea, la LACAP dispone en el capítulo III, bajó qué método podrá llevarse a cabo una subcontratación; y al respecto los artículos 89, 90 y 91 determinan, entre otras cosas que: *(i)* los términos de la subcontratación deberán estar fijados en las bases de licitación, *(ii)* que la misma no podrá

realizarse de existir alguna prohibición en las cláusulas, *(iii)* que ésta solo podrá concertarse para la ejecución parcial del contrato; y, *(iv)* que la autorización se considerará válida si la comunicación ha sido previa. Requisitos que no se perfilan en la orden de compra N° ********.

Sin embargo, **********., para refutar el incumplimiento total de la obligación en el plazo estipulado se basó en: (i) haber comunicado en su oferta que la entrega dependería de un tercero; y, (ii) haber presentado los documentos que acreditaban la comunicación efectuada por parte de la FAE/CALFA, en la que dicha entidad, señaló la imposibilidad de abastecer en su totalidad las botas tipo jungla a la sociedad demandante, en virtud de la falta de materia prima para su elaboración.

Para el presente caso [como se dijo] no se perfila en la orden de compra la modalidad de subcontratación, que conllevara a su vez, a la autorización por parte de la autoridad demandada para que fuese la FAE/CALFA quien se encargara de la elaboración del calzado; de ahí que, no sea estimable justificar el incumplimiento por el hecho que, la sociedad actora: *«…no es productor de los precitados bienes, por lo que no puede por sus propios medios proceder directamente suplirlos…»*.

En consecuencia, de lo anterior, esta Sala considera que en el *sub júdice*, es notorio, que la obligación de *elaborar* y *suministrar* los 151 pares de botas tipo jungla recaía directamente sobre **********., y no sobre un tercero que ni siquiera se encuentra vinculado contractualmente con la Administración pública. El hecho de haber anexado la contratista a su oferta, la cotización que previamente había realizado a la FAE/CALFA del precio por cada par de botas a suministrar; y, que, posteriormente, está última comunicara tener en existencia únicamente ciertas tallas de dicho calzado, no puede tenerse como acreditado el justo impedimento o retraso no imputable a **********.

En este sentido, con base en las razones expuestas, se concluye, que el incumplimiento es imputable de forma certera a la sociedad actora; es decir, *no ha existido un justo impedimento* para que ********** no cumplirse la obligación derivada de la orden de compra No. ******** de *elaborar* y *suministrar* 151 pares de botas tipo jungla color negro, al ministerio requirente.

Por lo tanto, este Tribunal considera que la declaratoria de caducidad en el presente caso se encuentra apegada a lo dispuesto en el artículo 85 de la LACAP; y en consecuencia no se configura el motivo de ilegalidad impetrado por la demandante."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 158-2013, fecha de la resolución: 18/10/2019

CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS

NATURALEZA Y FINALIDAD

"Por otro lado, el procedimiento para la extinción de los contratos -artículo 64 del RELACAP- concretamente por la causal de caducidad, tiene una naturaleza

y finalidad distinta, pone fin a la ejecución del contrato, extinguiendo la relación contractual, no es más que una modalidad de terminación anticipada adoptada por la Administración contratante en forma unilateral con efectos ejecutorios, que se produce como consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el sujeto que contrata, que se manifiesta como una "prerrogativa" que se establece en favor del poder público. De manera que, es un procedimiento que deviene del efecto contractual cuya finalidad es extinguir la relación jurídica, por ser ineficiente continuar incentivando al contratista al cumplimiento, al haber sido reiterativo éste, sin causa justificada [así lo ha establecido la Sala de lo Constitucional al diferenciarlo de un procedimiento sancionatorio, en la sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad referencia 64-2013, del veintiocho de noviembre de dos mil quince]."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 431-2012, fecha de la resolución: 15/02/2019

CARRERA POLICIAL

EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

"1.4 A partir de la exposición de las partes, esta Sala hace las siguientes consideraciones:

A. La tipicidad -*o especificidad legal*- consiste en una manifestación del principio de legalidad por medio de la cual se exige que, toda conducta prohibida por la que se sanciona a un administrado, debe estar previamente descrita en la norma, al igual que se encuentre determinada en ella la sanción que resulta de cometerla.

Este principio exige la declaración expresa y clara en la norma, de los hechos constitutivos de infracción y de sus consecuencias represivas. En la práctica, ello implica la imposibilidad de atribuir las consecuencias jurídicas de la norma a conductas que no se adecuan con las señaladas en las mismas. En otras palabras, no podrá haber sanción si la conducta atribuida al sujeto no encaja en la infracción descrita en la disposición legal. Por otra parte, también implica que al infractor únicamente se le puede imponer la sanción establecida o regulada en la ley, y que establezca el rango mínimo y máximo de sanción correspondiente.

Es decir, en el ámbito del derecho sancionador, la tipicidad comprende a su vezde una ley previa al hecho considerado como infracción, y además que tanto la infracción como la sanción estén descritas en forma expresa, determinante y clara en la norma."

CARACTERÍSTICAS INTRÍNSECAS DE LA LABOR POLICIAL

"B. Para el caso en concreto el actor alega dos motivos que suponen la infracción al principio de tipicidad; el primero, al advertir que según la Ley de la Carrera Policial, su calidad de agente de la Policía Nacional Civil lo ostenta en todo momento, incluso cuando se encuentre fuera de servicio; esto le permite

portar su arma de equipo en horas no hábiles, y por lo tanto, la acción cometida no es sujeta de infracción a la ley; y, el segundo, que, la actividad ejecutada, no encaja en la infracción grave descrita en el artículo 8 numeral 7° de la LEDIPOL, afirma que en todo caso, se subsume a lo dispuesto como falta leve, en el artículo 7 numeral 7° del mismo cuerpo normativo.

b.1 Respecto del primer motivo de ilegalidad, es necesario hacer referencia a lo dispuesto en la Ley de la Carrera Policial; de este modo, el artículo 1 inciso 3° que indica el demandante señala: *«[e]l personal policial será profesional de carrera, y agente de autoridad en los términos que menciona la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil. Será el único que usará equipo, uniforme y distintivo, que lo identifique como tal; quedarán excluidos de ello, solamente el Director General y el Subdirector General Operativo, de dicha Institución».*

Por su parte, el artículo 88 del mismo cuerpo normativo establece: *«[l]os miembros de la Policía conservarán su condición de tales en todo momento y en cualquier sitio que se encontraren, aun cuando estuvieran fuera de su jornada de trabajo y debiendo cumplir con los deberes y derechos que establece la Ley Orgánica de la PNC».*

De las anteriores disposiciones se advierten las siguientes normas jurídicas: a) que el personal policial es profesional de carrera y agente de autoridad; b) que serán los únicos que usaran equipo, uniforme y distintivo que lo identifique como tal; c) que ostentaran esa calidad incluso fuera de su jornada de trabajo.

De estas reglas se desprenden, por un lado, algunas características intrínsecas de la labor policial; y por otro, su condición de tal en todo momento, incluso cuando no se encuentren en el desarrollo de su trabajo, es decir, fuera del horario laboral. Esto último, con el objetivo de fijar patrones de conducta que deben seguir los agentes de la Policial Nacional, puesto que, no nos estamos refiriendo a un régimen administrativo cualquiera, sino de uno que presenta una especial condicion de sus miembros, a efectos de poder cumplir con sus fines constitucionales en materia de seguridad pública; así lo dispone el artículo 159 inciso segundo de la Constitución: *«…la seguridad pública estará a cargo de la Policía Nacional Civil, que será un cuerpo profesional, independiente de la fuerza armada y ajeno a toda actividad partidista».* Este mandato, supone entonces una *vinculación especial* con la institución a la que se integran, de ahí que se procure de éstos, el cumplimiento de códigos de conducta estrictos, en aras propiciar el buen funcionamiento de la propia Administración, para que presten un servicio efectivo de seguridad pública a la comunidad en cumplimiento de la ley.

En este sentido, si bien del artículo en mención *-88 de la LEDIPOL-* se colige, que los agentes que pertenecen a la Policía Nacional Civil, ostentan tal calidad perenemente *-en tanto pertenezcan a la institución-,* del mismo no se concluye, que esta condición permita la posesión *per se* del arma de fuego de equipo asignada fuera del horario laboral. Por lo tanto, la Sala concluye que la afirmación efectuada por el demandante, no tiene correspondencia con lo regulado en las disposiciones analizadas, dado que, de éstas, no se deduce la permisión legal indicada, y, por ende, no se advierte ninguna violación al principio de tipicidad en este punto."

PROCEDE DECLARAR LA ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO PORQUE LA CONDUCTA ATRIBUIDA AL INFRACTOR NO SE ADECUA A LA TIPIFICACIÓN REALIZADA

"b.2 El segundo motivo de ilegalidad a la tipicidad, estriba en que según el actor la acción cometida por éste, encaja en la infracción leve descrita en el artículo 7 numeral 7° y no en la infracción grave impuesta por el Tribunal Disciplinario de la Región Oriental, ratificada por el Tribunal Primero de Apelaciones.

Para dilucidar lo anterior, es necesario reiterar que la conducta que ocasionó la infracción administrativa, se circunscribe a que el actor portaba su arma de equipo en horarios no hábiles, sin haber realizado el procedimiento respectivo a efectos de obtener la autorización previa para ello.

La Administración pública calificó esta acción como grave, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8 numeral 7° de la LEDIPOL, que literalmente establece:*«[u]sar armas en actos del servicio o fuera de él con infracción de las normas que regulan su empleo, así como el descuido, imprudencia o exceso en el uso o manejo de las mismas, de la fuerza o de cualquier otro medio, siempre y cuando no se produzcan daños en la integridad de las personas o bienes»*

Ahora bien, para verificar la correcta subsunción de los hechos a la norma infractora, es imperativo examinar los verbos rectores que componen la falta descrita. De este modo, al estudiar el precepto aludido, éste hace énfasis a normas que regulan el *empleo* o el *manejo* de las armas, así sea dentro del servicio o fuera de él; es decir, esta Sala entiende que el objetivo principal de la infracción descrita, es reglar su modo o técnica de utilización, y no la simple tenencia o portación fuera del horario de servicio.

Esto se concluye, al realizar una interpretación sistemática, entre el artículo en mención, y lo que dispone el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil, que dicta algunas reglas para el empleo de las armas de fuego, en el siguiente sentido: *«[c]uando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los miembros de la Policía Nacional Civil: a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad de delitos y al objetivo legítimo que se persiga; b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones, respetarán y protegerán la vida humana; c) Procederán de modo que se preste lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; d) Procurarán notificar lo sucedido, a la mayor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas».*

Lo anterior es determinante, ya que, según los hechos atribuidos al actor, este fue sancionado por la simple tenencia del arma de fuego en horario no laboral, y no por haberla utilizado, manejado o empleado de forma desproporcional, con exceso de fuerza, descuido o imprudencia.

Por otra parte, el articulo 7 numeral 7° del mismo cuerpo normativo establece: *«[s]on conductas constitutivas de faltas leves las siguientes: (…) [n]o entregar el equipo o prendas policiales recibidos para la prestación del servicio, en la forma y tiempo señalados en los reglamentos, manuales, instructivos u órdenes».* El núcleo esencial de la conducta típica lo constituye, el hecho de no entregar el equipo o prendas policiales recibidos para la prestación de servicio. El equipo o las prendas policiales, según el documento denominado marco con-

ceptual para el uso de la fuerza y armas letales en la Policía Nacional Civil, lo constituyen generalmente [entre otros]: el oni [orden numérico institucional], la placa, las esposas; y, el arma de fuego. Este dato lo que agrega, es que el arma asignada a los elementos de la corporación, forman parte de su equipo, y, por tanto, hay deber u obligación de entregarlo, cuando no se esté en horario activo de servicio.

Idea que se complementa con lo regulado en el instructivo de armamento, explosivos y artículos similares de la Policía Nacional Civil, que regula el procedimiento interno, para autorizar la portación de arma de equipo fuera de los horarios laborales; así, entre sus directrices indica: *«[e]l jefe de la dependencia policial, excepcionalmente y a criterio podrá valorar la autorización de portación de armas de fuego en horas no laborales al personal cuando debido a riesgos o amenazas en su vida por el desempeño de su cargo, así lo requiera; para lo cual el solicitante deberá justificar a través de carta, el motivo que justifique la necesidad de la misma…».*

Lo anterior implica que, la regla general, estriba en la obligación de los agentes policiales de entregar su arma de equipo, y para justificar su portación en horario fuera de servicio, es necesario hacer una petición motivada que justifique tal acción, y que esta, además, sea autorizada por el jefe de la dependencia respectiva.

Cabe agregar, que, en el acto originario emitido por el Tribunal Disciplinario Región Oriental, respecto de las infracciones, manifestó: *«…este Tribunal no se pronuncia por la falta establecidas (sic) en el artículo 7 numeral 7, por considerar que esta es subsumida por el artículo 8 numeral 7 de la misma ley…».* Es decir, para el caso, aplicó la consunción de infracciones; empero, conforme al análisis expuesto, queda evidenciado que las faltas examinadas regulan dos supuestos distintos; el primero encaminado al empleo de las armas de fuego, entendido a la forma de utilización; y el segundo, a la simple entrega del equipo asignado -entre ellos el arma de fuego- que debe efectuar todos a los agentes de la Policía Nacional Civil, que se encuentren fuera de servicio, ya que dicho equipo es propiedad de la institución. De ahí que, esta técnica jurídica no era procedente para el caso concreto.

b.3 Al adecuar los anteriores razonamientos al caso concreto, y realizar el ejercicio de adecuación de los hechos a las infracciones descritas en la LEDIPOL, esta Sala advierte que el supuesto fáctico de *portar el arma fuera del horario hábil o de servicio* [sin que esta haya sido utilizada], no se ajusta a la descripción típica que se describe en el artículo 8 numeral 7° de la LEDIPOL, consistente en: *[u]sar armas en actos del servicio o fuera de él con infracción de las normas que regulan su empleo, así como el descuido, imprudencia o exceso en el uso o manejo de las mismas, de la fuerza o de cualquier otro medio, siempre y cuando no se produzcan daños en la integridad de las personas o bienes;* esto debido a que: (i) al actor se le sancionó por el hecho de no haber realizado la gestión correspondiente para portar su arma de fuego fuera del horario de servicio; y, (ii) esta conducta se traduce en una simple portación sin la autorización correspondiente, y no la técnica o modo de empleo del arma.

Por lo que, esta Sala considera que la autoridades competentes podrían tipificar la acción efectuada por el actor, en otra infracción prevista en la LEDIPOL,

v. gr., en el artículo 7 numeral 7° de esa ley. Sin embargo, para efecto de revisar la legalidad de las actuaciones de la administración, se advierte que las autoridades demandadas erraron en su interpretación normativa; ello implica un yerro en la apreciación de los hechos y su posterior adecuación a la norma jurídica sancionadora que corresponde; circunstancia que se concreta la conculcación del principio de tipicidad, en los términos que indica el demandante.

En el sentido de lo dicho, y advertida la infracción cometida en ambos actos administrativos impugnados, esta Sala considera procedente, declarar su ilegalidad y así se dispondrá en la parte resolutiva de la presente sentencia."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 60-2013, fecha de la resolución: 08/07/2019

CERTIFICADOS DE INVERSIÓN PREVISIONAL

INFORMACIÓN REFERIDA REVISTE UN INTERÉS PÚBLICO

"Para el caso en autos, la parte actora invoca que la información requerida es confidencial, en virtud de dos causales legales establecidas en la misma LAIP: el secreto bancario y el secreto fiduciario. En esencia, son tres los argumentos de la institución actora para invocar el carácter confidencial de la información solicitada por la ciudadana RM: i) dicha información forma parte de un documento final que se genera bajo una operación neutra, por lo que está amparada en el secreto bancario del artículo 232 de la Ley de Bancos; ii) contiene información confidencial y de propiedad de terceros que no se encuentran incluidos dentro de la clasificación de entes obligados en los términos de la LAIP; y iii) no es una documentación debidamente autorizada por el Consejo de Administración del Fidecomiso, y el BDES expresamente manifestó que se trata de información confidencial.[...]

Estos planes anuales de cumplimiento de obligaciones previsionales elaborados por los fideicomisarios [INPEP e ISSS], se efectúan a partir de las proyecciones de beneficios que realizan las AFP, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la LFOP [supra citado]. Es así como estos documentos guardan especial relación con la entrega, venta y colocación de los CIP's, títulos de obligación negociables emitidos por el BDES, en el marco de la LFOP, que constituyen un mecanismo de financiamiento del Estado para satisfacer el derecho constitucional a la seguridad social, proporcionando un respaldo monetario a los trabajadores afiliados para disponerlo durante su vejez [ahorro para pensiones]. Aunado a ello, son estos documentos lo que justificarían la captación de beneficios por parte de los fideicomisarios [ISSS e INPEP].

En la sentencia referencia 394-2015 de las catorce horas con cuarenta y dos minutos del treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho, esta Sala desarrolló abundantemente la compleja estructura de la emisión y colocación de los CIP´s, así como del origen de sus fondos. Luego del análisis de confidencialidad de la documentación que contenía lo relativo a la inversión de los fondos provenientes de las AFP´s para la emisión de los CIP´s, se llegó a la conclusión que la misma

no podía rebasar al principio de máxima publicidad en atención a que se trataba de la transparencia en la gestión de dinero que involucraba el interés público.

En esa inteligencia, al ser el ISSS una institución autónoma obligada a rendir cuentas sobre su gestión y dado que la información relativa a la respectiva emisión de los CIP´s, no es confidencial de conformidad con el respectivo análisis realizado por esta Sala, tampoco lo será la información relativa a las utilidades y beneficios obtenidos por éstos por estar íntimamente relacionada al ser parte de la misma operación financiera realizada por las instituciones estatales involucradas y por tratarse del manejo de dinero que busca la satisfacción de intereses de carácter público, ya que éstos son destinados, como se ha señalado, al pago de beneficios previsionales a todos aquellos afiliados al ISSS y al INPEP que optaron por cambiarse al sistema de ahorro para pensiones.

En consecuencia, la excepción de la confidencialidad por secreto bancario y fiduciario no se configura en el presente caso, por no concurrir ambos presupuestos: que la información sea privada, y que sea protegible por un interés personal; ya que como se ha desarrollado, todas las partes del fideicomiso bajo análisis son entes obligados por la LAIP y se trata del manejo de fondos públicos que atañen un interés general, al ser determinantes para la satisfacción del derecho a la seguridad social, contemplado en el artículo 50 de la Constitución de la República [véase sentencia de inconstitucionalidad del veintitrés de diciembre de dos mil catorce en el proceso con referencia 42-2012 Ac].

c) Establecido lo anterior, sobre el primer argumento invocado por el ISSS, relativo a que la información requerida se encuentra amparada en el secreto bancario del artículo 232 de la Ley de Bancos por ser generada en una operación neutra de una entidad bancaria, debe señalarse que, pese a que la LAIP contempla la confidencialidad de cierta información y la Ley de Bancos establece el secreto bancario como una excepción al derecho de acceso a la información pública, la interpretación de las leyes debe hacerse de una manera sistemática y congruente al caso sometido a controversia.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional ha expresado que *«…la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan pues la inconsecuencia o la falta de previsión jamás debe suponerse en el legislador, por lo cual se reconoce como un principio básico que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (…). Es así como, por un lado, las disposiciones legales, dentro del cuerpo normativo al que pertenecen, deben ser interpretadas teniendo en cuenta el conjunto de normas que conforman el cuerpo legal; es decir, es insuficiente que el intérprete de la ley extraiga los mandatos, las normas dimanantes de las disposiciones de una ley, sin tener en cuenta el contenido de las demás con las que conforma el cuerpo normativo, ya que la ausencia de una interpretación sistemática genera la posibilidad de llegar a conclusiones erróneas respecto de los mandatos que el legislador dicta a través de las leyes»* [sentencia de Inconstitucionalidad del trece de noviembre de dos mil uno en el proceso con referencia 41-2000].

En atención a lo expuesto, pese a que la LAIP establece como información confidencial el secreto fiduciario y bancario, se ha verificado que tales figuras no son aplicables al presente caso, por no existir intereses privados protegibles a la luz de la gestión y administración del FOP. Lo anterior, en razón que en el caso en autos se ha constituido un fideicomiso administrado por entidades públicas, con fondos mayoritariamente públicos y con un objetivo basado en un interés también público: la administración de obligaciones previsionales.

Asimismo, el BDES actúa como fiduciario en el ejercicio de una facultad pública y especial otorgada por ley, con el objeto de administrar los fondos públicos que se confirieron con la constitución del fideicomiso en comento [artículo 7, numeral 1 de la LFOP]. Por lo que no se trata de una operación neutra entre particulares, sino entre entidades de la Administración Pública que disponen de recursos estatales para el cumplimiento de una obligación social. En este sentido, para el caso en concreto, el secreto bancario del artículo 232 de la Ley de Bancos no puede trasladarse automáticamente como una de las causales de confidencialidad de la LAIP.

d) Por otro lado, sobre el argumento de la institución demandante referente a que la información solicitada es de propiedad de terceros que no se encuentran incluidos dentro de los entes obligados por la LAIP, esta Sala observa que dicha entidad no detalló quiénes son esos terceros no obligados a la LAIP.

Al contrario, tal y como se citó en el literal a) supra, se verifica que el artículo 1 de la LFOP configura un fideicomiso exclusivamente con entidades públicas [Ministerio de Hacienda, ISSS, INPEP, BDES] que, de forma expresa, son entes obligados a la LAIP, según el artículo 7 inciso primero de dicha ley. En consecuencia, este argumento, al haberse alegado de forma incompleta y no guardar relación con la normativa pertinente, no es posible para esta Sala estimar su procedencia.

e) Finalmente, sobre que el BDES expresó que la información solicitada era de carácter confidencial, y que era necesario el consentimiento del titular para entregarla, se advierte que el apoderado de la institución actora confunde su argumento y señala que el BDES es el titular de dicha información, pero que también lo es el Consejo de Administración del FOP.

Pese a tales imprecisiones, ya se determinaron las razones por las cuales la información requerida no se encuentra clasificada como confidencial, por lo que no es necesario el consentimiento de su titular para divulgarla.

Pero, además, debe precisarse que, de conformidad al artículo 13 de la LFOP, los planes anuales de cumplimiento de obligaciones previsionales son aprobados por el Consejo Directivo del ISSS dentro de su presupuesto, por lo que son documentos que dicha institución elabora y tiene en su poder. Por otro lado, las proyecciones de beneficios, si bien, las realizan las AFP, la misma disposición normativa prescribe que la SSF se las entregó materialmente al ISSS, por lo que también son documentos que tal instituto debe tener en su poder.

En ese sentido, resulta indiferente si en este ínterin esta información es revisada, modificada o autorizada por el Consejo de Administración del FOP [del cual forma parte el Director del ISSS], puesto que la información requerida por la ciudadana RM se refería a los documentos que se remitirían a dicho Consejo, es

decir, los que elaboró y poseía el ISSS. Por tal razón, la obligación de proporcionarlos era exclusiva del instituto ahora demandante y no era necesario acudir al Consejo de Administración o al BDES para proceder a su entrega.

Aunado a ello, el hecho que el BDES haya clasificado la información como confidencial, por encontrarse -según aquél- amparada en el secreto fiduciario, no resulta vinculante para la documentación que, en este caso, exclusivamente elabora y posee el ISSS. Es decir, esta última institución tiene toda la facultad de clasificar su información según los parámetros legalmente establecidos y, en caso de controversias sobre tal punto, la entidad competente para dirimir las discrepancias sobre la clasificación de información es el IAIP [véase artículo 29 de la LAIP]. Por tanto, la parte actora no puede amparar su incumplimiento legal a clasificaciones que hizo una entidad que no produjo la información que se le estaba solicitando.

Como último punto, al no tratarse de información confidencial, la demandante no podría incurrir en infracciones administrativas o delitos penales por efectuar su divulgación."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 139-2016, fecha de la resolución: 31/07/2019

COMPENSACIÓN

COMPENSACIÓN COMO MODO DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

"Sobre la compensación con créditos fiscales.

i.i La Sociedad ********** ofreció a la Administración Tributaría el pago de las operaciones declaradas como exentas y que constituyen operaciones gravadas en el impuesto del trece por ciento (13%), por la cantidad de siete mil trescientos ochenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con diez centavos de dólar ($7,383.10), con la compensación de los créditos fiscales que la sociedad pagó a sus proveedores, los cuales ascienden a la suma de dos mil cuatrocientos setenta y un dólares de los Estados Unidos de América ($2,471.00) y que aparecen acreditados en el informe de auditoría elaborado por la administración tributaria. Asimismo, expresó que de no compensarse el crédito fiscal en referencia se estaría sancionando a pagar dos veces un mismo impuesto.

La parte actora señala que la DGII no acepta tal compensación bajo un argumento formalista por no cumplir el requisito de encontrarse registrados en su contabilidad, por lo que contra argumenta aduciendo que si están acreditados en hojas de control interno y que oportunamente se proporcionaron.

Previo hacer las valoraciones respecto de los argumentos vertidos por la partes, es menester delimitar la aplicación del concepto *compensación* utilizado por la parte actora y la DGII. El concepto -*compensación*- es utilizado para denotar una situación regulada en el artículo 64 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios denominada: deducción del crédito fiscal al debito fiscal.

La figura de la compensación como modo de extinción de las obligaciones tributarias sustantivas regulada en el artículo 77 del Código Tributario, establece:

"*La Administración Tributaria deberá compensar de oficio o a petición de parte, los créditos tributarios firmes, líquidos y exigibles a favor del contribuyente, contra los créditos firmes, líquidos y exigibles de la Administración Tributaria (…).*"

Así el Reglamento de Aplicación del Código Tributario en el artículo 19 establece "*La Administración Tributaria compensará de oficio con conocimiento del interesado o a petición de parte, los saldos acreedores de los contribuyentes provenientes de tributos internos, con sus saldos deudores de los referidos tributos, (…)*"."

REQUISITOS DE PROCESABILIDAD DE LA COMPENSACIÓN

"La compensación como instituto jurídico, regulada en las disposiciones anteriores, es abordada como una de las formas de extinción de la obligación tributaria sustantiva, y esta procede cuando se cumplen los requisitos de procesabilidad, para el caso:

1) La existencia de sujeto activo y pasivo.

2) Que ambas deudas sean liquidas; y,

3) Que ambas sean actualmente exigibles.

Estos extremos no se cumplen en el caso de autos, pues lo que existe es la solicitud de la sociedad actora para que la administración tributaria deduzca créditos fiscales al débito fiscal, lo cual no es sinónimo de deuda líquida y exigible a su favor.

Por lo que esta Sala entrará a valorar si es procedente o no la objeción a créditos fiscales declarados por parte de la Sociedad y verificará si cumplen los requisitos para su deducción."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 315-2011, fecha de la resolución: 07/08/2019

COMPETENCIA

ELEMENTO ESENCIAL DE TODO ACTO ADMINISTRATIVO QUE CONDICIONA SU VALIDEZ

"*1.2 De la atribución de competencias de la Administración.*

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 establecido que la competencia es en todo caso una determinación normativa; 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 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)."

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

"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, en conclusión, normas emanadas de la Asamblea Legislativa. Esto último se desprende del inciso primero del artículo 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 artículo 131 número 21 de la Constitución establece que: *"Corresponde a la Asamblea Legislativa: 21º Determinar las atribuciones y competencias de los diferentes funcionarios cuando por esta Constitución no se hubiese hecho".*

Lo anterior permite aseverar 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 la ley formal. En similar sentido la sentencia de amparo ref. 344-2003, pronunciada a las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del día veintiséis de febrero de dos mil cuatro, establece: *"Las competencias sólo pueden atribuirse a los diversos funcionarios, cuando no lo ha hecho la Constitución, por medio de una norma con rango de ley, es decir las normas que provienen de la Asamblea Legislativa, lo cual quiere decir que existe reserva de ley sobre tal materia, por lo tanto solamente el legislador puede atribuir tal potestad"."*

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

"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. Como 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 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 de inconstitucionalidad ref. 23-2001de las once horas con vente minutos del día once de noviembre de dos mil tres).

A partir de los presupuestos antes aludidos, interesa ahora determinar el marco jurídico al cual el funcionario emisor del acto impugnado debía atender.

1.3 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 1936, publicado en el Diario Oficial N° 104, Tomo 120, del doce de mayo de mil novecientos treinta y seis, como una dependencia del Ramo de Hacienda.

El artículo 1 de la Ley de Creación de la Dirección General de la Renta de Aduanas determina que la Dirección se crea "(…) bajo la responsabilidad de un Jefe denominado Director General de la Renta de Aduanas".

Del artículo citado 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."

Por otra parte, el artículo 4 del mismo cuerpo normativo constituye las principales atribuciones y facultades de la Dirección General de la Renta de Aduanas, que son: [...]

Sobre tal postura, es preciso señalar que el respeto a los precedentes -como manifestación específica de la seguridad jurídica y el sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico- no conlleva la imposibilidad de cambiarlos, sin razón y motivación suficiente.

Aunque el precedente posibilita la comprensión jurídica de la que; parte toda interpretación, la continuidad de la jurisprudencia puede flexibilizarse o ceder bajo determinados supuestos; previo a ello se exige que el apartamiento de los precedentes esté especialmente justificado -argumentado- con un análisis prospectivo de la antigua jurisprudencia, que también es susceptible de ser reinterpretada.

En la jurisprudencia constitucional se admiten, como circunstancias válidas para modificar un precedente o alejarse de él: estar en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados, el cambio en la conformación subjetiva del Tribunal y que los fundamentos fácticos que le motivaron han variado sustancialmente al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario, con la realidad normada (sentencia del 15/VI/2016, emitida en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 114-2013).

En cuanto al primero de los supuestos referidos, la ruptura del argumento decisivo sugiere un expreso señalamiento de los errores interpretativos de la decisión anterior que se plantea como precedente.

Señalar tal circunstancia es una condición necesaria para dotar a la nueva decisión de fuerza argumental y para que satisfaga el estándar de justificación que el cambio de jurisprudencia reclama."

EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL RADICA EN QUE NO SÓLO POR EL HECHO QUE EN LA LEY DE CREACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA RENTA DE ADUANAS, AL MOMENTO DE EMITIRSE EL AUTO DE DESIGNACIÓN NO SE ENCONTRABA ESTABLECIDA LA FACULTAD DE FISCALIZACIÓN DEL DIRECTOR DE LA INSTITUCIÓN, SIGNIFICA QUE NO TENÍA DICHA FACULTAD Y QUE LOS ACTOS IMPUGNADOS SON ILEGALES COMO SE ARGUMENTÓ

"Tomando como base lo expuesto, las afirmaciones citadas en la sentencia aludida merecen ser reconsideradas, respecto de la facultad fiscalizadora que poseía el Director de la Renta de Aduanas, por lo que amparados en el principio de legalidad esta Sala realiza las consideraciones siguientes:

La atribución de competencias de la Dirección General de la Renta de Aduanas -hoy Dirección General de Aduanas-, las encontramos reguladas en el artículo 4 de la Ley de Creación de la Dirección General de la Renta de Aduanas, tal como se citó en líneas anteriores.

Sin embargo, dicho cuerpo normativo no era el único que establecía las atribuciones y competencias de dicha autoridad, ya que existen otras normas en materia aduanal, que establecen otras competencias, como por ejemplo la facultad de fiscalizar que le otorga el Código Aduanero Uniforme Centroamericano -en adelante CAUCA III, el cual entró en vigencia el diecinueve de julio de dos mil dos, de aplicación al presente caso, debido a que los temas discutidos son de carácter procedimental (falta de facultad de fiscalización, delegación y sancionadora) y que el auto de designación fue emitido en agosto de dos mil tres-; el cual en sus artículos 6, 9 y 59 confieren a la Dirección General la facultad -competencia- de: *"fiscalización de la correcta determinación de los derechos e impuestos, la prevención y represión cuando le corresponda de las infracciones aduaneras".*

Aunado a ello, la Ley de Simplificación Aduanera -de mil novecientos noventa y nueve-, en sus artículos 1 incisos 2 y 14, hace referencia a las potestades de *"fiscalización, inspección, investigación y control",* de que goza la Dirección General, en materia de aduanas.

Por otra parte, la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras en sus artículos 4, 33 y 55 le brinda al Director General de la Renta de Aduanas -hoy Director General de Aduanas, la competencia para: *"Conocer y sancionar las infracciones tributarias (…) así como las infracciones administrativas (...)",* y para *"(…) realizar las fiscalizaciones e investigaciones necesarias para asegurar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias (…)".*

De tales disposiciones, se advierte que aunque en la Ley de Creación de la Dirección General de la Renta de Aduanas, al momento de emitirse el auto de designación no se encontraba establecida la facultad de fiscalización del Director de dicha institución, sí existían otros cuerpos normativos aduanales que otorgaban la facultad de fiscalizar a dicho funcionario.

Por tanto, el cambio jurisprudencial radica en que no sólo por el hecho que en la Ley de Creación de la Dirección General de la Renta de Aduanas, al momento de emitirse el auto de designación no se encontraba establecida la facultad de fiscalización del Director de la institución, significa que no tenía dicha facultad y que los actos impugnados son ilegales como se argumento; ya que el principio de legalidad lo que requiere es que las competencias de los funcionarios públicos estén instituidas por una norma jurídica con rango de ley en sentido formal, lo cual ocurre en el presente caso, como se citó en párrafos, pues la facultad de fiscalización es conferida tanto por el CAUCA III, como en la Ley de Simplificación Aduanera y en la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras, normas que son de aplicación al régimen aduanal, en consecuencia, el motivo de ilegalidad por falta de facultad para fiscalizar por parte del Director de la Dirección General de la Renta de Aduanas, no es atendible por las razones expuestas."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 120-2008, fecha de la resolución: 21/05/2019

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

LA GRAVEDAD ES UN ELEMENTO ESPECIAL CONFIGURADO EN UN CONCEPTO JURÍDICO NO DETERMINADO, PERO DETERMINABLE

"5) El otro aspecto en que fundamenta el argumento de ilegalidad la parte actora es que las autoridades no determinaron la gravedad en el accionar de la demandante para que se le impusiera la sanción más severa como lo es la destitución.

Al respecto, debe considerarse que lo que conllevó a sancionar a la señora EAGA con la destitución, fue la indisciplina que mostró al irrespetar y desobedecer las órdenes del secretario, quien es el encargado de vigilar el trabajo del personal subalterno, e incluso llegar al grado de retarlo y amenazarlo, lo que generó incertidumbre e inseguridad en los demás empleados y en la jueza ante cualquier acción en su contra.

El análisis de cada elemento probatorio que se perfiló en sede administrativa lo efectuaron las autoridades demandadas de forma conjunta y no aislada, esto conllevó a calificar la conducta mostrada por la señora GA como ***grave.***

En el capítulo VII, régimen disciplinario de la Ley de Servicio Civil, se especifican las sanciones a imponer a los funcionarios y empleados que no cumplan debidamente sus obligaciones, y son las siguientes: «a)Amonestación oral privada; b) Amonestación escrita; c) Multa, que no podrá exceder del diez por ciento del sueldo mensual *devengado, excepto en los casos expresamente determinados por la ley; d) Suspensión sin goce de sueldo, la cual no podrá pasar de un mes, excepto en el caso del Art. 48; e)Postergación hasta por dos años en el derecho a ascenso; Rebaja de categoría dentro del mismo cargo; y g) Despido o destitución del cargo o empleo».*

Especificando en el artículo 54: *«Son causales de destitución: a) Faltar gravemente a los deberes comprendidos en las letras c) a i) del Art f.31».*

La gravedad es un elemento especial configurado en un concepto jurídico no determinado, pero determinable, y es necesario detenerse en él, porque en ausencia de éste, la infracción a los deberes establecidos en el artículo 31 de la Ley del Servicio Civil se sanciona ya sea de conformidad con el artículo 44 - con multa, si se trata del deber establecido en la letra "a" de aquél artículo (que no da lugar a destitución ni siquiera cuando se transgrede gravemente) - o con el artículo 45 - con suspensión sin goce de sueldo por la violación a cualquiera otra de las letras que contienen las obligaciones normadas en dicho artículo- y no de conformidad con el artículo 54 letra "a" de la precitada ley (que solo es aplicable cuando el incumplimiento recae en los deberes contenidos en las letras "c" a "i" del antes indicado artículo 31 LSC).

"La Sala de lo Constitucional de esta Corte se ha referido a este concepto en los siguientes términos:

«En ese orden de ideas, aparte de las consideraciones meramente gramaticales y de significado lingüístico que el término "gravedad" conlleva, se tiene que éste es un verdadero concepto jurídico indeterminado aceptado tanto por los teóricos del derecho como en la práctica legislativa y jurisdiccional, y que, tanto en derecho penal como en derecho administrativo sancionatorio, dicho concepto es utilizado para establecer la gradualidad de las penas o sanciones a imponer, en concordancia con su significado gramatical, es decir, en base al criterio de **que a mayor importancia, antijuricidad o relevancia de la acción u omisión, mayor debe ser el castigo o represión.**

En [sic] relación a los conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal se adhiere al criterio establecido en la sentencia del proceso ref. 76-A-95 pronunciada a las nueve horas y diecisiete minutos del día veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y siete por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la cual se dijo: "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; 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 ya que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, 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."»* [Sentencia de amparo constitucional con referencia 330-2000 pronunciada a las trece horas con cuarenta y siete minutos del veintitrés de septiembre de dos mil dos.]

A partir de lo postulado en la jurisprudencia citada se advierte que el concepto jurídico indeterminado, se dota de contenido en cada caso, a partir de los elementos concretos que se obtienen, atendiendo principalmente a la "importancia, antijuricidad o relevancia de la acción u omisión", es decir, al nivel de riesgo que provoca o daño que causa en el bien jurídico que protege la norma y es ello lo que justifica la gradualidad de la sanción que corresponde imponer.

Particularmente, como se ha desarrollado en las líneas antecedentes, las infracciones a las obligaciones contenidas en el artículo 31 de la LSC pueden ser o no graves y, dependiendo de ello, se elegirá la sanción que corresponde al grado de perjuicio resultante de la transgresión."

"Importa entonces determinar si, en el análisis que realizó la Comisión de Servicio Civil de la Corte Suprema de Justicia, se tomó en cuenta (a) el incumplimiento de las obligaciones y (b) la gravedad de ese incumplimiento.

En las líneas precedentes se examinó (a) y se estableció que las autoridades demandadas sí realizaron un ejercicio de adecuación de las conductas corroboradas con los medios de prueba incorporados, de manera que se tuvieron por comprobadas las infracciones a las obligaciones que se imponen a los servidores públicos sujetos a la Ley de Servicio Civil en el artículo 31 letras "e" y "g", por lo que corresponde solamente revisar si también se configura (b).

Para ello, nos referimos a la resolución que pronunció la Comisión de Servicio Civil de la Corte Suprema de Justicia a las once horas del diecinueve de febrero de dos mil ocho, en la cual se advierten varios pasajes que permiten apreciar que el referido ente colegiado se refirió a la gravedad de la conducta en los siguientes términos:

«La señora GA, presentó el día diecinueve de enero del corriente año, un comportamiento totalmente ajeno a aquel [sic] que un empleado respetuoso y responsable debe guardar en sus relaciones con sus superiores jerárquicos y sus compañeros de trabajo; **sólo el hecho de retar abiertamente la autoridad del Secretario de Actuaciones frente al resto del personal y usuarios implica de por sí, una falta grave** a la obligación de conducirse con la debida obediencia y seriedad en los asuntos de trabajo; más aún la señora EAGA profirió insulto- (amenazas contra dicho funcionario y sus compañeros de trabajo; dicha amenazas fueron ratificadas por la referida empleada, en presencia de la Licenciada ********, Jueza de Instrucción de Ilopango, y el Licenciado SEBC, Secretario de Actuaciones, el día veinticinco de enero del año *en curso."*

EL HECHO QUE UN EMPLEADO SUBVIERTA EL ORDEN DENTRO DE SU LUGAR DE TRABAJO, HACIENDO USO DE AGRESIONES VERBALES Y AMENAZAS, CONSTITUYE UN HECHO DE GRAVEDAD

Cabe señalar que la armonía en las relaciones entre jefes y subalternos, así como entre compañeros de trabajo es un bien que debe salvaguardarse; sin mencionar la tranquilidad y la seguridad del personal dentro del lugar donde desempeña sus labores. El hecho que un empleado subvierta el orden dentro de su lugar de trabajo haciendo uso de agresiones verbales y amenazas **constituye un hecho de tal gravedad que interfiere negativamente en todo el entorno laboral,** por cuanto se genera incertidumbre e inseguridad en los empleados quienes temerosos de cualquier acción en su contra ya no pueden cumplir sus funciones de forma eficiente." [Resaltado suplido].

6) Como se advierte de la lectura de la motivación que se ha reproducido *supra* la Comisión no solamente tuvo por configurada la infracción del deber de respeto a los superiores contenido en la letra "e" del artículo 31 de la LSC y la

corrección que debe mantener en las relaciones con sus compañeros de trabajo, sino que también tomó en consideración la intensidad del daño que se percibe en esas relaciones de respeto; situaciones suficientes para justificar el razonamiento de la autoridad al permitir que se aprecie por qué se considera grave la conducta: las faltas de respeto no constituyeron conductas aisladas sino reiterativas, se realizaron en público, paulatinamente escalaron en importancia y se convirtieron de insultos en amenazas, es decir, se pasó del riesgo a la lesión y ésta fue de importancia, además, abarcó multiplicidad de bienes, pues según los argumentos de la Comisión, no solamente perturbó la armonía en el ambiente laboral, sino que provocó menoscabo a la propia sensación de seguridad de los empleados y funcionarios.

De lo anterior se desprende suficiente fundamentación no solamente respecto a la existencia y tipicidad de la conducta, sino también de la gravedad que lleva a determinar la destitución como consecuencia jurídica proporcional a la infracción en el caso particular.""

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 273-2015, fecha de la resolución: 27/02/2019

CONFLICTOS NORMATIVOS

DEFINICIÓN SEGÚN LA DOCTRINA

"Los conflictos normativos -también llamados antinomias jurídicas- han sido definidos por la doctrina como aquellas situaciones de incompatibilidad que se producen entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tienen el mismo ámbito de validez, en virtud de la cual, la aplicación de una de las normas conduce a resultados contrarios a los que se generan con la aplicación de la otra. Tradicionalmente, se han reconocido tres criterios principales para la resolución de antinomias: (1) criterio jerárquico, (2) criterio cronológico; y (3) criterio de especialidad [Bobbio, N. Sobre los criterios para resolver las antinomias. Contribución a la Teoría del Derecho. Fernando Torres Editor, Valencia: 1980, pp. 349-364]. (Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo referencia 15-2010 emitida el veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete)."

EN CASO DE CONTRADICCIÓN ENTRE UNA NORMATIVA REGIONAL Y LA NACIONAL, PREVALECE LA DISPOSICIONES REGIONALES, PARA ESTE CASO ESPECÍFICAMENTE LAS ESTABLECIDAS EN EL CAUCA Y RECAUCA, ANTE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

"La Sala de lo Constitucional ha señalado, al respecto que *"(…) A. El ordenamiento jurídico está compuesto de una pluralidad de disposiciones o normas producidas por las diversas fuentes que operan en él; aunque estas normas en ocasiones pueden contradecirse, la propia idea de ordenamiento impide por principio la convivencia de un cúmulo informe de normas contrastantes entre sí y exige, en consecuencia la existencia de criterios que permitan resolver las antinomias.*

Así, desde el punto de vista del momento en que se realiza la coherencia, la doctrina distingue los siguientes criterios: (a) criterios que realizan la coherencia en el momento de producción del Derecho, entre los cuales se encuentran (ai) el criterio de competencia y (aii) el criterio de jerarquía; y (b) criterios que realizan la coherencia en el momento de aplicación del Derecho, es decir los criterios (bi) de especialidad, (bii) cronológico y (biii) de prevalencia. (…)

aii. De acuerdo al criterio de jerarquía, las relaciones entre las fuentes se disciplinan en función de su fuerza jurídica, estableciendo una ordenación de las normas creadas por las mismas fuentes; dicho criterio se basa en que el ordenamiento asigna a cada forma normativa una fuerza jurídica determinada, la cual puede ser de dos tipos: fuerza activa, que es la capacidad de las disposiciones para intervenir en el ordenamiento creando derecho o modificando el ya existente; y fuerza pasiva, que es la capacidad de las disposiciones o normas producidas por dichos actos para resistir frente a nuevas disposiciones de fuerza jurídica inferior, (sic) es decir que ninguna disposición o norma puede ser modificada por una fuente de fuerza inferior. En consecuencia, las normas jurídicas se clasifican, según este criterio, en función de su mayor o menor fuerza, prevaleciendo en caso de conflicto las que tengan una fuerza mayor; así, dos normas del mismo grado jerárquico gozan de la misma fuerza jurídica mientras que dos normas de distinto grado jerárquico gozan de distinta fuerza jurídica.

En virtud de este último criterio, cuando dos normas de la misma fuerza jurídica - y por tanto jerárquicamente iguales- entran en conflicto, el criterio de la jerarquía, por sí solo, no proporciona ninguna razón para dirimirlo y para ver cuál de las dos normas prevalece es necesario recurrir a los criterios que realizan la coherencia en el momento de aplicación del derecho: (bi) criterio cronológico, según el cual la ley posterior deroga a la ley anterior; (bii) criterio de especialidad, en virtud del cual la ley especial prevalece sobre la ley general; y (biii) criterio de prevalencia, según el cual se designa mediante una disposición cuál será la norma que prevalecerá en caso de conflicto.

No obstante ello, la doctrina introduce ciertas excepciones a dicha regla general; la primera de ellas tiene lugar a causa de subescalas jerárquicas dentro de normas que en principio gozan de un mismo nivel de jerarquía, lo que implica que dentro de un mismo nivel pueden existir subsistemas jerárquicos. La segunda excepción se produce cuando la Constitución lleva a cabo un reparto de competencias materiales entre fuentes jerárquicamente iguales, lo cual puede efectuarse directamente, a través de normas constitucionales, o indirectamente, mediante normas infraconstitucionales, particularmente leyes, en cuyo caso opera el criterio de competencia.

Por otra parte, cuando dos normas dotadas de distinta fuerza jurídica entran en contradicción, prevalece la que tiene fuerza superior, invalidando la de fuerza inferior; no obstante, esta regla general se desactiva cuando existe una norma de distribución de competencias entre fuentes de distinta fuerza, ya que en este caso entra a funcionar el criterio de competencia.

B. En virtud de lo antes expuesto, esta Sala estima pertinente replantear la interpretación formulada en la referida sentencia dictada en el proceso de Inc. 15-96, en torno al art. 144 Cn., a fin de adecuarla a la doctrina anteriormente expuesta.

Así, se advierte que el inciso primero de dicha disposición constitucional coloca a los tratados internacionales vigentes en el país en el mismo rango jerárquico que las leyes de la República, entendiendo éstas como leyes secundarias. En consecuencia, no existe jerarquía entre los tratados y las leyes secundarias de origen interno.

Ahora bien, de la lectura del segundo inciso se desprenden dos ideas; la primera consiste en darle fuerza pasiva a los tratados internacionales frente a las leyes secundarias de derecho interno, es decir que el tratado internacional no puede ser modificado o derogado por las leyes internas, lo cual implica que estas últimas están dotadas de fuerza jurídica o normativa inferior.

Ello significa que, si bien el tratado internacional y las leyes internas forman parte de la categoría "leyes secundarias de la República", dicha categoría contiene una subescala jerárquica dentro de la cual el tratado internacional goza de un rango superior al de las leyes de derecho interno. Por otra parte, la segunda idea que se deduce del inciso en referencia, y que es consecuencia de la primera, consiste en señalar la prevalencia del tratado internacional sobre la ley interna, lo cual lleva al denominado principio o criterio de prevalencia.

Es decir que en el inciso segundo del art. 144 Cn., se ha señalado dos criterios para resolver las antinomias que se susciten entre el tratado internacional y la ley secundaria de derecho interno; en primer lugar, se hace referencia al criterio de jerarquía -criterio que opera en el momento de creación del Derecho-, pero también se quiso proporcionar al aplicador del derecho un criterio adicional, recurriendo al criterio de prevalencia -el cual opera en el momento de la aplicación del derecho-.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que el art. 144 Cn. lo que hace es proporcionar criterios o principios de solución de conflictos entre dos normas, tal como se dijo en la sentencia dictada en el proceso de Inc 15-96, y, en consecuencia, dichos criterios deben ser utilizados por los aplicadores del derecho en cada caso concreto, por lo que esta Sala reitera que el enfrentamiento entre tales normas no implica per se una inconstitucionalidad.(…)" (Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad referencia 24-97/21-98, emitida el 26 de septiembre de 2000).

Asimismo, esta Sala en sentencia referencia 417-2013 de fecha veintiséis de enero de dos mil diecisiete, expresó lo siguiente: "*(…) el conflicto de aplicación de las normas de derecho interno y supranacionales debe resolverse conforme a la regla de prevalencia entre la normativa interna de cada país y la normativa que rige para la región.*

El esquema jurídico comunitario se divide en dos grandes partes: el derecho originario y el derecho derivado. El derecho originario o primario se constituye por los tratados constitutivos o fundacionales de la Comunidad Centroamericana, en particular la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos de 1962 y el Protocolo de Tegucigalpa de 1991. Todo lo anterior conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales de 1986 (artículo 5).

Las normas citadas se sitúan en la cima de la jerarquía del ordenamiento regional, pues prevalecen a las normas nacionales o de derecho interno; al res-

pecto, la Corte Centroamericana de Justicia en la resolución de las diez horas del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y cinco afirma que: «(...) otras fuentes sin excepción alguna, al Protocolo de Tegucigalpa de 1991 es en la actualidad, el tratado constitutivo marco de la integración centroamericana, y por tanto el de mayor jerarquía y la base fundamental de cualquier otra normativa centroamericana sean éstos, Tratados, Convenios, Protocolos, Acuerdos u otros actos jurídicos vinculatorios anteriores o posteriores a la entrada en vigencia del Protocolo de Tegucigalpa»

También considera, la referida sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia, que el Protocolo de Tegucigalpa, con relación a sus instrumentos complementarios o actos derivados, es el de mayor jerarquía, y juntos estos últimos dos con el primero, de conformidad a la interpretación que se le debe de dar al texto del artículo 35 del instrumento citado, prevalecen sobre cualquier Convenio, Acuerdo o Protocolo suscrito entre los Estados Miembros, bilateral o multilateralmente, sobre las materias relacionadas con la integración centroamericana, no obstante, que quedan vigentes entre dichos Estados las disposiciones de aquellos Convenios, Acuerdos o Tratados siempre que las mismas no se opongan al instrumento en referencia u obstaculicen el logro de sus propósitos y objetivos.

En consonancia con la anterior resolución, la referida Corte Centroamericana de Justicia -en respuesta a una consulta prejudicial de las quince horas quince minutos del veintiocho de octubre de dos mil nueve de referencia 11-2-10-2009 resolvió que: «El Protocolo de Tegucigalpa la Carta de la Organización de los Estados Centroamericanos (ODECA) creó Un orden miento jurídico propio del Sistema de la Integración Centroamericana (SIGA), el cual se integra plenamente al propio ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la comunidad económico-política que es Centroamérica. Este Derecho, llamado Comunitario Centroamericano, es vinculante para todos los Estados Parte del SIGA y el mismo prevalece sobre el Derecho Nacional de los Estados Parte, sea este anterior o posterior a la norma comunitaria y cualquiera que sea su rango. En esto estriba el principio que se conoce como el "Principio de Primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Nacional". Este principio es el que rige las relaciones entre los ordenamientos jurídicos regional y nacional. Según el mismo, en caso de conflicto entre una norma comunitaria y una norma nacional, se aplica la primera sobre la segunda. Es decir que el Derecho Comunitario prevalece sobre el Derecho Nacional de los Estados Parte del Sistema de Integración Centroamericana (SICA) y que éstos no pueden condicionar a la reciprocidad la aplicación preeminente del Derecho Comunitario. Este principio de primacía aplica tanto para el Derecho Comunitario Primario u Originario como para el Complementario y el llamado Derecho Derivado que es el que surge de los actos de los órganos y organismos de la integración. El respeto al Principio de Primacía debe ser garantizado tanto por la Corte Centroamericana de Justicia, como máximo tribunal regional y por los mismos jueces nacionales quienes al aplicar el Derecho Comunitario en sus respectivas jurisdicciones son a la vez jueces comunitarios. El Derecho Comunitario se aplica con preferencia sobre el nacional, se trate éste de una ley, decreto, reglamento, resolución, circular o cualquier otro acto normativo nacional, sin importar el Poder del Estado que lo emita. La Corte,

fundamentada en el Principio de Primacía que asegura un mecanismo de control que resuelve los conflictos que puedan presentarse entre los dos ordenamientos jurídicas e impide el incumplimiento del Derecho Comunitario Centroamericano, amparándose en una disposición de Derecho Interno, es de opinión que el Código Aduanero Uniforme Centroamericano y su Reglamento se encuentran jerárquicamente en un nivel más alto que la Ley Especial para Sancionar Infracciones Aduaneras»".

De lo anterior podemos advertir, que en caso de contradicción entre una normativa regional y la nacional, prevalece la disposiciones regionales, para este caso específicamente las establecidas en el CAUCA y RECAUCA ante la legislación nacional, salvo cuando la normativa regional deje abierta la posibilidad a que el orden jurídico interno prevea un plazo mayor pero en este caso no es así. Por tanto el plazo aplicable a la mercancía sujeta al régimen temporal de admisión para perfeccionamiento activo es el de hasta doce meses contados a partir del día de aceptación de la declaración de mercancías correspondientes regulado en el artículo 467 del RECAUCA y no de cuarenta y ocho meses como se regulaba en el artículo 22 de la LZFIC vigente para el presente caso.

Por tanto, la Administración Aduanera ha actuado conforme a derecho, comprobando la existencia y realización del hecho generador y su cuantía, para este caso de importación definitiva de los bienes, la cual se configuró al vencimiento del plazo, pues del expediente administrativo consta que en ningún momento se comprobó que han sido reexportadas o destinadas a cualquiera de los demás tratamientos legalmente autorizados en el plazo estipulado en el CAUCA.

Consecuentemente no existe la vulneración alegada por la sociedad actora a los artículos 130 del CAUCA y 22 de la LZFIC."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 27-2015, fecha de la resolución: 01/07/2019

CONTRATOS A PLAZO

DESNATURALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA ESTABILIDAD LABORAL

"Con respecto al vínculo establecido entre los servidores públicos por contrato y el Estado o las municipalidades, hay cierto tipo de contrato concebido como una figura emergente y subsidiaria ante la necesidad contingente de utilizar personal cuyas plazas no han sido incluidas en el presupuesto anual. Esto es, personas que se ocuparán de actividades que no forman parte del hacer propio habitual y continuo de una determinada dependencia estatal, municipal, entidad autónoma o sectorial, porque son labores ajenas al giro ordinario de sus funciones regulares.

El artículo 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos establece que: *"Se podrán contratar servicios personales siempre que concurran las siguientes condiciones: a) Que las labores a desempeñar por el contratista sean propias de su profesión o técnica; b) Que sean de carácter profesional o técnico y no de índole administrativa; c) Que aun cuando sean de carácter profesional*

o técnico no constituyen una actividad regular y continua dentro del organismo contratante; d) Que no haya en la Ley de Salarios plaza vacante con iguales funciones a la que se pretende contratar (…)" Por medio de esta norma, se permite la vinculación laboral administrativa de los trabajadores al Estado por medio de la figura del contrato; de ahí la razón por la cual aquellos no gozan de estabilidad laboral.

En muchas áreas de la Administración Pública se ha incurrido en la práctica de utilizar tal figura convirtiéndola en una regla general; así, se incorporan trabajadores bajo las formas contractuales más diversas, para plazos tan variados que van desde un año o menos hasta tiempo indefinido.

La desnaturalización, entonces, de la protección a la estabilidad laboral estriba en el hecho de que *a priori,* por estar sujeto un servidor público a la modalidad de un contrato y no por nombramiento en plaza creada por sistema de Ley de Salarios, se asuma que la naturaleza de la prestación de servicios realizada por el particular es eventual o sujeta a plazo contractual.

Lo anterior podría ser un recurso para disfrazar la realización de actividades que efectivamente pertenecen al giro ordinario de las distintas instituciones y dependencias de la Administración Pública, con el objeto de liberar a dichos entes de sus obligaciones de índole laboral para con sus trabajadores o de no hacer el concurso para ingresar a laborar en dichas instituciones.

Esto lleva a considerar que los contratos a plazo que se realizan entre la Administración Pública y las personas naturales para cumplir puestos permanentes, constituyen un fraude de ley, pues lo que ha querido la Constitución y la ley secundaria es que el empleo público esté regulado por la carrera administrativa, en la cual el ingreso y la promoción se den en un régimen de oportunidad para las personas que reúnan los requisitos del puesto laboral que la Administración Pública necesita para realizar con eficacia los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Con base en lo expuesto, es posible afirmar que cuando los funcionarios de la Administración Pública pretendan no prorrogar el contrato, tal situación puede ser controvertida ante esta Sala, siempre y cuando concurran los supuestos *supra* analizados, pues en realidad la naturaleza jurídica del acto no es bilateral, sino unilateral, esto es un verdadero acto administrativo. Para llegar a esa conclusión no se hace más que levantar la actividad formal que el intérprete tiene ante sí, pues si bien tiene las características formales de un contrato, el mismo no reúne los requisitos del artículo 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos.

Es de tener presente que los actos jurídicos, sean privados o públicos, no tienen la naturaleza que los sujetos les den, sino la que es de su esencia.

En consecuencia, a partir de lo razonado en los párrafos precedentes, el señor RRA: 1) era un trabajador público; 2) prestaba servicios personales a la Policía Nacional Civil en una actividad permanente; 3) recibía un salario; y 4) su nombramiento obedeció a un acto administrativo que le dio la forma de contrato.

De lo anterior, aun cuando el señor RRA es considerado un empleado público por las características de la relación laboral, no se le aplica el régimen de la Ley de Servicio Civil por encontrarse dentro de la exclusión establecida en el ar-

tículo 4 letra j) del referido cuerpo normativo, el cual dice: "*No estarán comprendidas en la carrera administrativa los servidores públicos siguientes: (…) j) Los Miembros de la Fuerza Armada y de la Policía Nacional Civil*"; en ese sentido, es la Ley Disciplinaria Policial la normativa que la autoridad demandada debió aplicar al presente caso, en razón de lo regulado en el artículo 1, que literalmente establece: "*La presente ley tiene por objeto establecer el régimen disciplinario que se aplicará a los miembros y al personal de la Policía Nacional Civil, cualquiera que sea el puesto que desempeñen en la función policial o administrativa en que se encuentren, tanto dentro como fuera del territorio de la República. Este régimen comprende la tipificación y clasificación de las infracciones, las sanciones correspondientes, el procedimiento a seguir, las autoridades y los órganos con competencia investigadora y sancionadora".*

Con base en lo anterior, no es cierto lo expresado por la parte actora, en cuanto al argumento que se le debió haber aplicado la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa, ya que es la Ley Disciplinaria Policial la que, en este caso, se debió aplicar, por ser ésta la normativa especial que regula el régimen disciplinario de los empleados que pertenecen a la Policía Nacional Civil, sean éstos operativos o administrativos."

LA DECISIÓN DEL DIRECTOR GENERAL DE POLICÍA NACIONAL CIVIL, DE NO RENOVAR EL CONTRATO, VIOLENTÓ LA GARANTÍA DE AUDIENCIA RECONOCIDA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN

"En suma, la autoridad demandada estableció dentro de los fundamentos del acto administrativo impugnado, en el romano III, que: *"(…) en tal sentido al Señor (sic) ONI A 03595 RRA, con su actitud de irresponsabilidad en el desempeño de su cargo al incumplir con la confidencialidad que requiere el desempeño de sus labores, ha causado en que el suscrito le pierda totalmente la confianza en el desempeño de sus funciones"* (folio 60 frente del expediente administrativo).

Ante esa afirmación, la autoridad demandada, previo a romper el vínculo laboral con el señor A, estaba obligada a tramitar el procedimiento disciplinario establecido en el artículo 53 de la Ley Disciplinaria Policial, que dice: "*El procedimiento disciplinario por falta grave o muy grave inicia mediante petición razonada, la cual será presentada ante el Tribunal Disciplinario competente por el Director General, el Inspector General o sus Delegados, la autoridad con competencia sancionadora, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos o el Fiscal General de la República. La investigación no podrá extenderse a hechos diferentes de los que fue objeto la petición razonada, y los que le sean conexos. Sin embargo, si durante el procedimiento ante el Tribunal, cualquiera de las partes se percatare que el investigado ha incurrido en la comisión de otros hechos constitutivos de falta disciplinaria, deberá iniciar por separado otra investigación. Si en el curso de un procedimiento disciplinario, cualquiera de los funcionarios que estuvieren conociendo se percata que el hecho podría constituir delito perseguible de oficio, estará en la obligación de ponerlo en conocimiento de inmediato de la Fiscalía General de la República, remitiendo copia certificada de los pasajes procesales pertinentes*".

En la medida en que la no renovación de contrato se fundamentó en la presunta irresponsabilidad en el desempeño del cargo y en el incumplimiento de la confidencialidad y, por ello, se le perdió la confianza al trabajador, se infringió el debido procedimiento que garantiza el derecho de audiencia y defensa. De ahí que la decisión del Director General de Policía Nacional Civil de no renovar el contrato violentó la garantía de audiencia, reconocida en el artículo 11 de la Constitución, y, por ese motivo, se torna ilegal."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 495-2011, fecha de la resolución: 03/07/2019

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CARACTERÍSTICAS ESPECIALES

"Esta Sala, ha sostenido que, el contrato administrativo es una especie dentro del género de los contratos con *características especiales*, entre las que destacan: *(i)* los sujetos suscriptores del mismo; *(ii)* las denominadas "cláusulas exorbitantes del ejercicio unilateral -potestades-; y, *(iii)* las normas imperativas que conceden privilegios a una de las partes [sentencia referencia 56-2012, del veinticuatro de enero de dos mil dieciocho].

Como sujetos suscriptores del negocio jurídico, tenemos a la Administración pública, por un lado, quien actúa en aras del cumplimiento de sus fines y la satisfacción del interés general; y, por el otro, a la contraparte quien resulta ser, un sujeto de derecho o un ciudadano que se suma a la tarea del tal cumplimiento.

Esta relación jurídico contractual tiene como peculiaridad el conocimiento y la aceptación previa entre las partes del desarrollo de un vínculo en un plano de desigualdad, ya que, dada la situación jurídica de supremacía de la Administración Pública, conferida por ley, esta última se encuentra investida de potestades frente al administrado."

PRERROGATIVAS DE LA DECISIÓN UNILATERAL CONCEDIDAS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

"Entre el haz de prerrogativas de decisión unilateral concedidas a la Administración pública se encuentran: *(i)* la de interpretar el contrato al surgir dudas en el plazo de ejecución, *(ii)* modificar las cláusulas por razones de interés público, donde la carga o deber de soportar la misma recaerá sobre el contratista bajo el parámetro de lo prescrito en la ley; y; *(iii)* la de extinguir el contrato ya sea a partir de incumplimiento de obligaciones u otros factores de los que resulte la ejecución de acciones que tenga como consecuencia la resolución o extinción del contrato.

En cuanto a la última de las prerrogativas descritas en el párrafo anterior, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública -LACAP- desarrolla en el Capítulo IV el tema relativo a "LA CESACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS" y establece en el artículo 92 que, los contratos administrati-

vos cesan en sus efectos por: *(i)* la expiración del plazo pactado para su ejecución; y, *(ii)* por el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

De manera más específica, la normativa bajo estudio, regula las formas de extinción de los contratos administrativos, siendo éstas las reconocidas en el artículo 93 al indicar: a) caducidad; b) mutuo acuerdo de las partes contratantes; (c) revocación; (d) rescate; y, (e) por las demás causas que se determinen contractualmente."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 346-2011, fecha de la resolución: 30/07/2019

CONVENIOS O TRATADOS CELEBRADOS ENTRE EL ESTADO Y UN ORGANISMO INTERNACIONAL

LAS ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES EXCLUIDAS DE LA LACAP, CUANDO EL CONVENIO ASÍ LO DETERMINE

"1.3 Sentadas las dos posturas [la de la **sociedad actora** quien ha argumentado que para efecto de extinguir el contrato UCP-RHESSA-202/2006, se debió llevar a cabo el procedimiento de extinción prescrito en el artículo 64 del RELACAP; y, la de la **autoridad demandada** quien ha expuesto que, por el contrario, en el caso de mérito la aplicación de la LACAP se encontraba excluida], es menester que este Tribunal entre a dilucidar cuál es la normativa aplicable al presente caso.

El contenido del artículo 4 de la LACAP que ha sido invocado por la autoridad demandada, es aquel que entró en vigencia con la reforma realizada a la ley en junio de dos mil once, por lo que el contenido del mismo queda descartado para su estudio. De ahí que del art. 4 LACAP aplicable al caso (transcrito *supra*) se advierte que el legislador expresamente señaló que las adquisiciones y contrataciones cuyos fondos derivasen de un convenio o tratado celebrado entre el Estado y Gobierno de El Salvador y un Organismo Internacional, estarían excluidos de la aplicación de la LACAP, *cuando el convenio así lo determinara*."

En el presente caso se verifica que, de folio 4060 al 4108 de la certificación del expediente administrativo, se encuentra anexa la copia simple del Diario Oficial No. 118, Tomo N° 359, del veintisiete de junio de dos mil tres, en el que se ha publicado el Acuerdo de Préstamo No. 7084-ES «*Proyecto de Reconstrucción de la Emergencia y Ampliación de Servicios de Salud*» suscrito entre la República de El Salvador y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF).

En dicho acuerdo, al hacer referencia a la ejecución del proyecto, en el artículo III, sección 3.02 se determinó lo siguiente: *«…[e]xcepto cuando el Banco lo acordase de otra manera, la adquisición de bienes, obras y servicios de consultores requeridos para el Proyecto y a ser financiados de los recursos del Préstamo serán regidos por las provisiones del Anexo 4 de éste*(sic) *Acuerdo… »*[el subrayado es propio].

En el anexo cuatro, tal como la sección 3.02 establecía, se regula lo relativo a la adquisición de bienes, obras y consultorías, las cuales, de acuerdo a la sec-

ción I, parte A: General, *debían ser adquiridas*: *(i)* de acuerdo a las provisiones de la Sección I de los "Lineamientos para adquisiciones bajo los préstamos del BIRF y los créditos de la AIF" publicados en enero de mil novecientos noventa y cinco y revisados en enero y agosto de mil novecientos noventa y seis, septiembre de mil novecientos noventa y siete y enero de mil novecientos noventa y nueve; y, *(ii)* según los demás aspectos contenidos en el anexo cuatro.

De lo anterior, se concluye que, las partes suscriptoras del préstamo acordaron someter a los "Lineamientos para adquisiciones bajo los préstamos del BIRF y los créditos de la AIF" y a lo dispuesto para la misma temática en el anexo cuatro, el tema de adquisiciones de bienes, obras y consultorías. Sin embargo, en estos apartados ni en todo el acuerdo de préstamo antes citado no se encuentra regulación relativa a la etapa de ejecución.

Ahora bien, importa señalar que, el quehacer de la Administración Pública relativo a la contratación de un particular para la realización de sus fines, se desarrolla en diferentes etapas, entre las cuales no pueden dejar de distinguirse, las siguientes: *(i)* el procedimiento precontractual -modalidad de selección-, (*ii)* el procedimiento contractual -que finaliza con la firma del contrato-; y, *(iii)* el procedimiento de ejecución -modificaciones, prórrogas, imposición de sanciones, terminación anticipada, extinción, cumplimiento a satisfacción, entre otros-."

CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS REGULADOS POR LA LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

"El artículo 4 de la LACAP [antes de la reforma] fue contundente en prescribir que el supuesto de la letra a) de dicha disposición quedaría excluida cuando así lo determinara el convenio o tratado. En el caso objeto de análisis, como hemos visto, en el acuerdo de préstamo únicamente se reguló de manera especial el punto específico "adquisiciones" dejando sin normar los sucesos propios de la etapa de ejecución, donde encontramos incluidas las causas o formas de extinguir los contratos administrativos.

Es por ello que, a la luz de lo prescrito en la parte final de la disposición citada, para todo lo que no fue regulado por el acuerdo de préstamo suscrito entre el Gobierno y la República de El Salvador y el BIRF -léase la etapa de ejecución- sí le era aplicable lo dispuesto en la LACAP.

Aclarado que la normativa aplicable a la situación contractual acaecida es la LACAP, este tribunal analizará si la autoridad demandada siguió el procedimiento conforme a dicha normativa.

El artículo 93 LACAP, establece que los contratos regulados por dicha ley se extinguirán por las causales siguientes: a) Por la caducidad; b) Por mutuo acuerdo de las partes contratantes; c) Por revocación; d) Por rescate; y, e) Por las demás causas que se determinen contractualmente."

CAUSALES PARA DECLARAR LA CADUCIDAD DEL CONTRATO

"Dentro de las causales para declarar la caducidad del contrato, de acuerdo al artículo 94 de la LACAP son: i) la falta de presentación de la garantía de

cumplimiento de contrato o de las especiales o complementarias de aquella, en los plazos correspondientes y en los casos previstos en la Ley o en el contrato; *ii) la mora del contratista en el cumplimiento de los plazos o por cualquier otro incumplimiento de sus obligaciones contractuales* y cuando las multas hubiesen alcanzado un monto equivalente al 12% del valor total del contrato, incluyendo en su caso, modificaciones posteriores; iii) mora en el pago oportuno por parte de la institución contratante, de acuerdo a las cláusulas contratantes; y, iv) las demás que determine la ley o el contrato.

En complemento con las disposiciones anteriores, el artículo 64 del RELACAP prescribe el procedimiento especial que la Administración pública debía desarrollar para proceder a la extinción de un contrato: *[...]"*

VULNERACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA, ANTE LA AUSENCIA DE PROCEDIMIENTO PARA DAR POR ESTABLECIDOS LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES ATRIBUIDOS AL CONTRATISTA

"Por su parte, el contrato llave en mano No. UCP-RHESSA-202/2006, desarrolló en la cláusula 42 lo referente a la rescisión del contrato; y, a su vez, la clasificó en: a) rescisión por conveniencia del contratante; b) rescisión por incumplimiento del contratista; y, c) rescisión por el contratista.

Para el caso importa observar lo prescrito para la rescisión por incumplimiento del contratista, ello, debido a que, la autoridad demandada en el romano ix) del acto administrativo impugnado, señaló como fundamento para la rescisión lo prescrito en la cláusula 42.2, letra c) de la sub-cláusula 42.2.2 de las CGC, la cual establecía lo siguiente: *«…42.2 Rescisión por incumplimiento del Contratista (…) 42.2.2. Si el Contratista (…) c) no ejecuta el Contrato de conformidad con lo especificado en él o descuida en forma persistente y sin justa causa el incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Contrato…».*

El procedimiento de extinción a seguir, de acuerdo a las cláusulas contractuales se resumía según se observa la CGC 42.2 en llevar a cabo una notificación mediante la cual el contratante comunicaría a la contratista la naturaleza del incumplimiento, solicitándole que subsane dicho incumplimiento. De no subsanarlo o no tomar las medidas para subsanarlo dentro de catorce días de recibida la notificación, la contratante podía rescindir el contrato mediante notificación de rescisión a la contratista.

Como consecuencia de esta última notificación, según la CGC 42.2.3 al recibir la notificación inmediatamente o en la fecha especificada en la notificación, la contratista debía: suspender todos los trabajos; rescindir todos los subcontratos -excepto los cedidos a la contratante-; entregar al contratante las partes de obras ejecutadas; ceder al contratante todos los derechos, títulos y beneficios sobre la obra, materiales y equipos -en la medida legalmente posible-; y, entregar todos los planos, especificaciones y otros documentos preparados por el contratista.

En el presente caso, al examinar el expediente administrativo se concluye que la autoridad demandada tuvo por establecido el incumplimiento contractual sin haberse seguido un procedimiento previo. No fue sino después de tenerlos por establecidos, que comunicó a la contratista los supuestos incumplimientos,

abrió un período para subsanar el incumplimiento, por el término de catorce (14) días; trascurridos éste término (sin que a juicio de la contratante cumpliera el contrato), procedió a rescindir el contrato el veintisiete de febrero de dos mil nueve y notificó dicha decisión al asocio temporal el tres de marzo de dos mil nueve (folios 90-92).

En el caso objeto de estudio, si bien es cierto la Administración pública desarrolló una suerte de procedimiento previo a la decisión de rescindir el contrato; dicho procedimiento iba encaminado a dar un plazo a la contratista para subsanar los incumplimientos que la Administración pública ya había dado por establecidos; por lo que no se desarrolló procedimiento alguno en el que se le brindara la oportunidad a la contratista para que se defendiera de los incumplimientos que desde un inicio se le atribuían; situación constitucional y legalmente exigida para llegar a decidir la terminación de un contrato. Por lo tanto, se concluye que la autoridad demandada no siguió el procedimiento previsto en el artículo 64 del RELACAP, el cual posibilita el correcto ejercicio del derecho de audiencia y defensa entre otros.

Ahora bien, la Sala de lo Constitucional en la sentencia del veintiocho de noviembre de dos mil quince, del proceso de Inconstitucionalidad referencia 64-2013, explicitó que: *[...]*

En esa misma línea, esta Sala en la sentencia referencia 200-2014 de las catorce horas cuarenta y cuatro minutos del veinte de octubre de dos mil diecisiete, sostuvo que: *[...]*

En esta inteligencia, la Sala de Constitucional ha sostenido que, para la deducción de responsabilidades, se debe respetar el debido proceso, entendido como: *[...]* (sentencia de inconstitucionalidad pronunciada a las doce horas del día trece de julio de dos mil dieciséis, de los procesos acumulados número 44-2013/145-2013).

A partir de lo anterior, este Tribunal determina que, la autoridad demandada no siguió procedimiento alguno para dar por establecidos los incumplimientos contractuales atribuidos al contratista, con lo cual se vulnera el derecho de defensa. En el caso de mérito, con la audiencia de catorce días conferida por el ministerio demandado, no se le otorgó al asocio la oportunidad de ser oída, alegar, rebatir y discutir los aspectos relativos al incumplimiento que pudiera conducir a poner fin a la relación contractual.

De lo anterior se comprueba, que, en el caso objeto de estudio, la ministra demandada no siguió el procedimiento previsto en el artículo 64 RELACAP para llegar a decidir la "rescisión" del contrato llave en mano UCP-RHESSA-20/2006 por lo que, el acto administrativo impugnado es ilegal.

Establecido que la actuación de la autoridad demandada es ilegal, resulta inoficioso entrar a conocer el segundo argumento vertido por la actora en relación a la falta de agotamiento de los mecanismos alternos de solución de conflictos que, previo a la rescisión del contrato debieron ser concluidos, pues cualquier otra argumentación vertida por la sociedad actora en nada modifica la consideración realizada."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 72-2009, fecha de la resolución: 12/06/2019

CRUZ ROJA SALVADOREÑA

ES UNA ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL, AJENA A CUALQUIER ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA Y LABORAL DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL

"3. En lo que importa al presente proceso, la actuación administrativa sometida a control de legalidad es la inscripción de la junta directiva de la seccional sindical "Servicios Ambulatorios de Cruz Roja del Ministerio de Salud" del SIGESAL.

Como primer punto debe señalarse que el acto antedicho -la inscripción- ha tenido por objeto regularizar -reconocimiento legal- las actuaciones de una "seccional" de un sindicato "*de empleados públicos*", sometidos ambos entes al régimen del derecho colectivo del trabado de la LSC.

El artículo 73 inciso 1° de la referida ley señala que "*Los servidores públicos tienen el derecho de asociarse libremente para defender sus intereses económicos y sociales comunes, formando asociaciones profesionales o sindicatos, de conformidad con las facultades y limitantes concedidas en la Constitución de la República, convenios internacionales y* [dicha] *ley*".

En este orden, el SIGESAL, de conformidad con el artículo 1 de sus estatutos, se ha constituido como un «*(…) Sindicato de Servidores Públicos, cuya denominación* [es] *la de Sindicato General de Empleados del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, que podrá abreviarse SIGESAL*»(el subrayado es propio).

Establecido lo anterior, debe señalarse que, para ser miembro directivo de un sindicato "*de empleados públicos*", el artículo 90 de la LSC establece como requisito, entre otros, «*(…)ser miembro del sindicato y empleado o funcionario de la institución (…)*» (el subrayado es propio).

Como se advierte, la vinculación a una institución pública, con la calidad de empleado o funcionario, *se estatuye comouna especial condición que permite integrar una junta directiva, tanto de un sindicato público como de una de sus seccionales*.

Sucede que esta misma condición ha sido replicada en los Estatutos del SIGESAL, a partir de la siguiente regulación.

El artículo 5 de tales Estatutos prescribe: «*Para ser admitido como miembro del Sindicato se requiere: a) Laborar en el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (…)*» (el subrayado es propio).

Por otra parte, el artículo 40 ordinal 3° del mismo ordenamiento señala que para ser miembro de la junta directiva general del SIGESAL se requiere, entre otros requisitos, «*Ser miembro del Sindicato (…)*». En este orden lógico, para ser miembro de la junta directiva del SIGESAL es requisito *sine qua non* ser empleado de la institución pública a la que se ha hecho referencia *supra*.

Finalmente, el artículo 41 de los Estatutos señala que "*Los miembros de las Juntas Directivas Seccionales tendrán los mismos requisitos y atribuciones consignadas para los miembros de la Junta Directiva General (…)*" (el subrayado es propio).

Así, conforme con las normas invocadas en los párrafos precedentes, es concluyente que, *para ser miembro de una junta directiva seccional* del SIGESAL es necesario, entre otros requisitos: (*i*) laborar en el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y (*ii*) ser miembro del SIGESAL."

4. Ahora, tal como se aprecia de los hechos a la base del presente caso, el SIGESAL, un sindicato "*de empleados públicos*", creó una seccional sindical con trabajadores de la Cruz Roja Salvadoreña-denominada "*Servicios Ambulatorios de Cruz Roja del Ministerio de Salud*"-, eligiendo a un grupo de esos trabajadores para integrar la junta directiva de dicha seccional.

Frente a ello debe recordarse que el fundamento de la pretensión descansa en la aseveración relativa a que la autoridad demandada *no verificó la vinculación laboral* de las personas que resultaron electas para tal junta directiva seccional, *con el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.*

Con fundamento en las normas jurídicas y estatutarias relacionadas en los apartados precedentes, esta Sala es del criterio que la autoridad demandada, previo a inscribir la junta directiva de la seccional sindical "Servicios Ambulatorios de Cruz Roja del Ministerio de Salud" del SIGESAL, *estaba en la obligación legal de verificar, entre otros requisitos, si las personas que resultaron electas para integrar el mencionado ente directivo eran empleados del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y, además, miembros activos del SIGESAL*."

5. La autoridad demandada afirmó que verificó que los miembros de la junta directiva seccional a la que se ha hecho referencia, cumplían los requisitos establecidos en el artículo 90 de la LSC, entre ellos, ser salvadoreño, mayor de dieciocho años y ser "*miembros del sindicato y ser empleado de la institución*" (folio 217 frente).

Sin embargo, tal afirmación no ha sido acreditada ante esta Sala, con ningún elemento de prueba, verbigracia y sin el ánimo de agotar supuestos, con una certificación del registro respectivo que de fe acerca de los miembros activos del SIGESAL, acompañada tal certificación de los expedientes de las personas que resultaron electas como miembros de la junta directiva seccional, en los que consten, entre otros, la solicitud para integrar el sindicato, la constancia de trabajo o tiempo laboral en el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, y demás documentación pertinente.

Al respecto, el artículo 321 del Código Procesal Civil y Mercantil -de aplicación supletoria al presente caso por disposición del artículo 53 de la LJCA-, establece que "*La carga de la prueba es exclusiva de las partes*".

En virtud de ello, toda afirmación de las partes debe ser objeto de prueba -artículo 313 ordinal 1° del Código Procesal Civil y Mercantil-, de lo contrario, ha de tenerse por desacreditado el hecho o circunstancia alegada para sustentar la pretensión o defensa.

Con lo dicho, la autoridad demandada debe soportar las consecuencias de su inactividad probatoria, esto es, el que este Tribunal no tenga por acreditada su afirmación relativa a que verificó que los miembros de la junta directiva seccional a la que se ha hecho referencia, cumplían los requisitos establecidos en el artículo 90 de la LSC, entre ellos, ser "*miembros del sindicato* [SIGESAL] *y ser empleado de la institución* [Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social]" (folio 217 frente).

6. Establecido lo anterior, la pretensión planteada exige de este Tribunal -en respeto de los principios de congruencia e imparcialidad-emitir una decisión clara y eficaz, que genere seguridad jurídica frente a los derechos e intereses que se pretende tutelar en el presente caso y, principalmente, ante el interés público que representa la actividad administrativa ejecutada por la autoridad demandada.

En razón de ello, esta Sala precisa lo siguiente.

i.El artículo1° de los estatutos de la Cruz Roja Salvadoreña prescribe: «*La Cruz Roja Salvadoreña es una Institución fundada por Decreto Ejecutivo de Gobierno de la República de El Salvador del trece de marzo de 1885, de acuerdo con los principios de la Convención de Ginebra de 1863. Reconocida como Institución autónoma de utilidad y beneficencia pública por Decreto Legislativo 2233 del 10 de octubre de 1956. El Comité Internacional de la Cruz Roja la reconoce el 25 de abril de 1925 y es miembro de la Federación Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja desde el 24 de julio de ese mismo año*» (el subrayado es propio).

El artículo 7° de los mismos estatutos establece: «*El Gobierno de la Cruz Roja Salvadoreña, está formado por los siguientes organismos: a) La Asamblea General, b) El Comité Nacional, c) El Consejo Ejecutivo, d) Las Asambleas Generales Departamentales, e) Las Delegaciones Departamentales, y f) Las Juntas Locales*».

Finalmente, el artículo 26° de mismo cuerpo estatutario instaura: «*El Patrimonio de la Cruz Roja Salvadoreña está constituido por sus bienes muebles e inmuebles y de las rentas que estos produzcan, por las subvenciones o subsidios que le asigne el Estado, por las cuotas de los socios, por las donaciones o legados que se le otorguen y por cualquier otra clase de bienes, que adquiera*».

ii.Pues bien, de los artículos transcritos esta Sala advierte que la Cruz Roja Salvadoreña es una organización no gubernamental, ajena a cualquier estructura administrativa y laboral del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social. Por el contrario, tal ente es categorizado como una "*institución de utilidad y beneficencia pública*", es decir, se trata una persona jurídica de naturaleza privada constituida, conforme con la ley, para desarrollar de manera permanente una actividad lícita, cuyos fines trascienden ala utilidad pública y social.

Su carácter de "autónoma" radica en su independencia y desvinculación de cualquier organización, inclusive de las instituciones públicas como el mencionado ministerio. En este sentido, las subvenciones estatales que recibe no modifican su naturaleza y, de ninguna forma, la integran en el aparato gubernamental."

LAS PERSONAS QUE MANTIENEN RELACIÓN LABORAL CON LA CRUZ ROJA SALVADOREÑA NO SON EMPLEADOS PÚBLICOS O FUNCIONARIOS DEL MINISTERIO DE SALUD, POR LO TANTO LA SECCIONAL SINDICAL ES ILEGAL

"En ese orden, y en lo que importa al presente caso, las personas que mantienen una relación laboral *exclusiva* con la Cruz Roja Salvadoreña y que, por ende, carecen de la condición de empleados públicos o funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, *no pueden formar parte de una seccional sindical del SIGESAL, ello, dado que este sindicato es de "empleados*

públicos", específicamente, integrado por empleados y funcionarios del ministerio relacionado supra.

7. Con fundamento en cada una de las consideraciones establecidas en los apartados anteriores, y dando relevancia, *en primer lugar*, a la omisión de la autoridad demandada de verificar y comprobar que los miembros integrantes de la junta directiva de la seccional sindical "Servicios Ambulatorios de Cruz Roja del Ministerio de Salud" del SIGESAL, mantenían una relación laboral con el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social e integraban, por ello, al SIGESAL, y, *en segundo lugar*, el hecho de que las personas que mantienen una relación laboral *exclusiva* con la Cruz Roja Salvadoreña, careciendo de la calidad de empleados públicos o funcionarios del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, no pueden formar parte de una seccional sindical del SIGESAL; esta Sala concluye que el acto administrativo es *ilegal*."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 151-2015, fecha de la resolución: 10/04/2019

DEBIDO PROCESO

LA OMISIÓN DE LAS FORMAS SÓLO ACARREA ILEGALIDAD CUANDO LA VULNERACIÓN IMPIDE QUE EL ACTO ALCANCE SU FIN

"3.1. Según se sostuvo en la sentencia definitiva del veintiséis de noviembre de dos mil quince, emitida en el proceso contencioso administrativo con referencia 333-2009, las ilegalidades de índole procesal se encuentran supeditadas al principio de relevancia o trascendencia de la misma, y a su oportuno planteamiento en la vía procesal.

El procedimiento administrativo es el vehículo [de tinte constitucional] utilizado por la autoridad para dictar actos administrativos, los cuales únicamente serán válidos, eficaces y legítimos, si en la consecución de los mismos se han respetado los derechos y garantías procedimentales. Así, con el objeto de realizar un efectivo control de legalidad, es necesario que esta Sala verifique si en dicho procedimiento, la Administración Pública le posibilitó al administrado el ejercicio real de su derecho de audiencia y defensa ante los actos administrativos de trámite y definitivos, que le causaron agravio; más allá de la verificación de simples irregularidades procedimentales, que pierden trascendencia bajo el principio de relevancia, y la teoría de la instrumentalidad de las formas.

En tal sentido, la omisión de las formas solo acarrea ilegalidad cuando la vulneración impide que el acto de que se trate alcance su fin."

LOS VICIOS SÓLO ACARREAN LA ILEGALIDAD DEL ACTO DEFINITIVO

"En otros términos, los vicios sólo acarrean la ilegalidad del acto definitivo, 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. Así, las etapas esenciales del procedimiento no pueden obviarse so pretex-

to de agilidad, sino que debe ser compatible con los derechos constitucionales del administrado, a fin de brindarle la oportunidad real de defenderse, siendo una etapa que posibilita la real defensa, por antonomasia la etapa probatoria, para que el administrado aporte la prueba de descargo que considere conveniente, la cual deberá valorar la Administración si es útil, pertinente y legal de conformidad al Código Procesal Civil y Mercantil, por la supletoriedad que habilita la LACAP."

VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO, ANTE LA OMISIÓN DEL TÉRMINO PROBATORIO EN EL PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

"3.2. De lo acontecido en sede administrativa se advierte lo siguiente.

De folios 268 al 270 del expediente administrativo se encuentra agregada la resolución de inicio del procedimiento administrativo de extinción del contrato, emitida el ocho de junio de dos mil once, mediante la cual se le confiere audiencia por el término de cinco días a la sociedad C.O.R.E.S.A.

A folio 273 del expediente administrativo corre agregada el acta de notificación realizada a la demandante.

Subsecuentemente, con fecha veintiocho de junio de dos mil once, la sociedad actora presentó escrito haciendo uso de la audiencia conferida -folios 278 y 279 del expediente administrativo-.

Posteriormente, a folios 296 al 298, consta la resolución pronunciada por la autoridad demandada el diecinueve de agosto de dos mil once -acto impugnado-, mediante el cual resolvió la extinción del contrato MARN 105/2010, por las causales estipuladas en los artículos 93 literal a) y 94 literal b) de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, suscrito con la parte demandante.

Finalmente, en el procedimiento administrativo de extinción de la relación contractual, no aparece resolución por parte de la autoridad demandada en la que abriera a prueba de conformidad con el artículo 64 del RELACAP, aunado ello en la resolución final tampoco se ha establecido que se otorgara un plazo a la contratista donde se le brindara la oportunidad de presentar prueba.

3.3. De lo desarrollado, se verifica que el procedimiento instruido a la demandante para declarar la caducidad fue el regulado en el artículo 64 de la RELACAP -derogado pero aplicable al presente caso- dicha disposición establecía que haya comparecido o no el interesado, se abrirá a prueba por un plazo «*no inferior a cinco días, ni superior a ocho*», para responder y presentar pruebas pertinentes, la parte actora alega que no se le concedió dicho plazo.

De la revisión del expediente administrativo, se ha constatado que la autoridad demandada no abrió a prueba el procedimiento administrativo por el plazo que regula el artículo 64 del RELACAP lo cual coarta la posibilidad del ejercicio material del derecho de defensa de la sociedad demandante.

Consecuentemente, en el caso planteado la Administración pública ha vulnerado el derecho al debido proceso de la parte actora, por omitir el término probatorio en el procedimiento de extinción de la relación contractual por la causal de caducidad regulado en el artículo 64 del RELACAP en relación con los artículos 93 y 94 literal b) de la LACAP, para el caso concreto, por no garantizar

el derecho de defensa al no permitirle aportar la prueba de descargo que consideraba conveniente.

En vista de lo establecido en los párrafos precedentes, el acto administrativo impugnado es ilegal.

4. 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 satisfacer en su plenitud determinada pretensión, en el presente caso es posible la estimación de la pretensión 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 inoficioso continuar el examen del resto de alegatos de ilegalidad planteados."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 470-2011, fecha de la resolución: 06/06/2019

DECLARACIONES ANTE NOTARIOS

FUERZA PROBATORIA DE LOS INSTRUMENTOS NOTARIALES

"(ii) Si bien los notarios están autorizados para dar fe de los actos contratos y declaraciones que se otorgan ante sus oficios, de conformidad con el artículo 1 de la Ley de Notariado, en el segundo inciso de ese mismo artículo se limita dicha "fe" en lo tocante al hecho de haber sido otorgados en la forma, lugar, día y hora que en el instrumento se expresa, pero no respecto de su veracidad.

Más aún, en el último inciso de esa misma norma se aclara el valor e pueden tener las actuaciones notariales, *"La fuerza probatoria de todo instrumento notarial se regula de conformidad con las leyes respectivas."*

Lo precedente indica ***por una parte*** que el Notario no es fedatario de la credibilidad de la declaración, solamente de que una persona la ha otorgado en la forma, hora, fecha y lugar que ha quedado consignada; ***por otra parte*** que las declaraciones que se otorgan ante notario tienen el valor que le sea atribuido en las leyes aplicables a cada caso.

(iii) Se concluye entonces que en los procedimientos sancionatorios que se iniciaron ante cualquier comisión del servicio civil antes de la vigencia del CPCM, la prueba debía producirse de conformidad con las reglas del Pr. C., por lo que, los testigos debían presentarse ante la comisión y rendir ahí su deposición para ser inmediada, y podían declarar de viva voz, o escribir personalmente lo que pretendieren testificar; en el transcurso de esa deposición podían ser sometidos a preguntas tanto por las partes como por la comisión.

Asimismo, se observa que en el Pr. C., no existía habilitación para que persona distinta del juez recibiese la deposición del testigo fuera del tribunal, lo cual, aplicado al procedimiento ante la Comisión o el Tribunal, significa que el testigo debía comparecer, ser juramentado y rendir su testimonio ante el juez, ya sea de viva voz, o escribiéndolo personalmente, y luego debía leérsele para que lo ratificara."

LAS DECLARACIONES JURADAS QUE SE RINDEN ANTE NOTARIO NO SON FORMAS REGULADAS EN EL PR. C PARA LA INTRODUCCIÓN DE PRUEBA TESTIMONIAL, NI CUMPLEN CON LAS EXIGENCIAS LEGALES DE OPORTUNIDAD DE CONTRADICCIÓN

"En ese sentido, las declaraciones juradas que se rinden ante notario no son formas reguladas en el Pr. C para la introducción de prueba testimonial ni cumplen con las exigencias legales de oportunidad de contradicción de lo depuesto ni de inmediación del testimonio que debe hacer el órgano decisor, por lo que, en el procedimiento sancionatorio promovido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia ante la comisión de servicio civil de esta institución contra la ahora demandante, no podía introducirse al debate ni valorarse la información que ofreció la señora EAGA mediante las declaraciones juradas de los señores ******** y ********.

3) El artículo 31 letra e) de la Ley de Servicio Civil establece que es obligación de los empleados públicos respetar con dignidad a sus superiores jerárquicos y obedecer sus órdenes en asuntos de trabajo.

Estos deberes son aquellos que se refieren directamente a las relaciones que corresponde mantener entre el superior y el subalterno, pues éste le debe obediencia a aquél en asuntos de trabajo. Por tanto, el subalterno debe acatar las órdenes que le imparte el superior jerárquico en asuntos de trabajo. El subalterno debe guardar respeto, es decir, debe responder a su superior con las consideraciones según su jerarquía para que se mantenga el orden y la disciplina en el establecimiento laboral y se pueda prestar mejor servicio; de no existir tal disposición habría desorden en detrimento del servicio llamado a prestar. Por esa razón, si el inferior no obedece las órdenes de trabajo que le imparte el superior jerárquico se rompería el principio de autoridad que debe de existir.

Es de obligatorio cumplimiento que todo trabajador antes de ausentarse de su trabajo debe dar el aviso previo y justificar tal hecho con los documentos correspondientes. Se advierte que la Jueza de Instrucción de Ilopango el día veinticinco de enero de dos mil siete le requirió a la señora GA la justificación pertinente por las ausencias de trabajo correspondiente a los días diecinueve de enero por la tarde, veintidós, veintitrés y veinticuatro del mismo mes y año; sin embargo dicha señora no justificó.

En otras palabras, la señora GA pasó por alto una orden de su jefe superior quien tenía la facultad de exigir justificación relativa a la ausencia de la señora, a fin de iniciar los procedimientos establecidos en la legislación, verbigracia para otorgar una licencia tomando en cuenta que la referida señora era una subordinada y se encontraba en el ámbito laboral bajo las órdenes de la titular de dicho juzgado, independientemente su plaza fuese adscrita a esta Corte.

Dicha conducta también la presentó con el Secretario de Actuaciones el día diecinueve de enero de dos mil siete, al expresarle que no tenía la autoridad para denegarle ningún permiso, ni para darle directrices labores, ni imponerle límites al horario de la jornada laboral. Dejando de lado que el artículo 82 de la Ley Orgánica Judicial contempla: «El Secretario es el Jefe inmediato del personal subalterno y tiene a su cargo la administración de la oficina. Cuidará, en consecuencia, de que los demás empleados cumplan sus obligaciones». De lo que resulta que es el encargado de vigilar que el personal cumpla con sus obligaciones.

El Instructivo de Asistencia, Permanencia y Puntualidad del Personal de la Corte Suprema de Justicia e Instituto de Medicina Legal regula en la letra I: «Cuando un servidor público, con la autorización de su jefatura inmediata, se retire ó (sic) ausente de su lugar de trabajo antes de concluir la jornada laboral, deberá de llenar el *formulario de licencia cumpliendo todos los requisitos del mismo (anexo A), expresando la justificación correspondiente».*

Se observó que la señora GA, simplemente se retiró de su lugar de trabajo antes de concluir su jornada laboral sin dar las justificaciones correspondientes, hechos que se constatan en los informes rendidos tanto por la Jueza de Instrucción de Ilopango como por el secretario de actuaciones. Ningún empleado que tome con seriedad el desempeño de su cargo puede ausentarse y abandonar sus labores sin contar con los permisos correspondientes. El respeto se ve como una consideración acompañada de sumisión al jefe superior, con que se trata a una persona y que lleva a acatar lo que dice o establece.

La Comisión de Servicio Civil de la Corte Suprema de Justicia en el correspondiente acto impugnado declaró: *«(...) existen las formas y mecanismos de cómo hacer efectivos los permisos para poder atender todas las situaciones que se han dejado señaladas y en caso de negativa, sin razones justificadas, también existe el mecanismo idóneo para poder hacer efectivo el permiso legal y necesario; pero bajo ninguna circunstancia, el mecanismo es irrespetando a las autoridades (...)»* (folio 18 frente del expediente judicial).

A folios 61 al 64 del expediente administrativo corren agregados los documentos que presentó la demandante en la etapa de prueba en el procedimiento de despido, pretendiendo justificar por qué no se presentó a trabajar los días veintidós y veintitrés de enero de dos mil siete, sin embargo, independientemente de que tuviera la prueba que justificara su ausencia, la actitud irrespetuosa, desafiante y orgullosa de la señora G A de no realizar las actuaciones pertinentes en el momento oportuno respecto del tiempo que se mantuvo fuera de su trabajo, no fue la correcta.

4) Esta Sala advierte que, con las declaraciones de los testigos quienes en sus deposiciones fueron contestes en relación a los hechos, la fecha, el lugar y la hora en que se cometieron las faltas, se comprueba un comportamiento incorrecto e inapropiado por parte de la señora GA en su lugar de trabajo para con sus superiores, el secretario de actuaciones y la Jueza de Instrucción de Ilopango, y con sus compañeros de trabajo, al hacer un escándalo, alzar la voz y retar al secretario de actuaciones, gritar e insultar a sus compañeros de trabajo al tildarlos de metidos, incluso hasta el grado de amenazar a sus superiores y al personal del juzgado que en ese momento se encontraba, amenaza que

también ratificó ante la jueza el día veinticinco de enero de dos mil siete. Tales comportamientos suelen perturbar las relaciones laborales y vulneran la armonía entre el jefe y los subalternos. De ahí que mantener una buena relación entre los servidores públicos de un concreto lugar de trabajo, es indispensable para el buen funcionamiento y servicio que se debe prestar a los usuarios. Por ello, es importante mantener una relación saludable, profesional, respetuosa, para crear un ambiente de trabajo productivo, efectivo y agradable y con ello reducir lo más posible el estrés laboral.

Relacionado con lo anterior, la Comisión de Servicio Civil de la Corte Suprema de Justicia expuso: «(...) la parte actora en el presente sumario aportó prueba documental suficiente y robusta para probar la infracción por la cual ha sido demanda (sic) la señora **EAGA,** se cuenta con informe rendido por la señora Jueza de Instrucción de Ilopango a la Dirección de Recursos Humanos informando la conducta mostrada por la demandada, informe rendido por el Secretario (sic) del Tribunal (...) en el cual detalla claramente el comportamiento inadecuado de la demandada, (sic) acta levantada por la señora Jueza y el secretario del mencionado durante la audiencia concedida (...) las anteriores razones son más que suficientes (...) para considerar cometido el hecho que se le atribuye a la demanda (sic) y que la responsable de tal hecho es la señora EAG(sic)A (...)» (folios 71 frente y 72 del expediente administrativo).

De manera que con las pruebas aportadas en sede administrativa se llega al convencimiento que las autoridades demandadas constataron la ocurrencia de las infracciones tipificadas en las letras e) y g) del artículo 31 de la Ley de Servicio Civil."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 273-2015, fecha de la resolución: 27/02/2019

DEFENSORÍA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

DELEGACIÓN DE COMPETENCIA

"La competencia es el conjunto de funciones y potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a cada órgano; es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. Constituye un elemento esencial de todo acto administrativo que condiciona necesariamente su validez. En tal sentido, se requiere de la existencia de una potestad habilitante con cobertura legal que otorgue competencia al órgano o funcionario emisor.

Cada órgano que está obligado legalmente a ejercer su competencia podrá realizarla de manera directa o indirecta. Esta última bajo las figuras de delegación, sustitución, avocación y suplencia.

La delegación se da cuando un funcionario confiere a sus inferiores jerárquicos alguna o algunas de las atribuciones asignadas en la ley, con el fin de asegurar la celeridad, economía y eficacia de los trámites administrativos. Delegación que, para ser válida, debe estar autorizada en la ley en sentido formal, de tal manera que los actos emitidos por el órgano delegado se considerarán emitidos por la autoridad delegante.

Para que la delegación de competencias se realice, debe cumplir ciertas condiciones: i) que la delegación esté prevista en la ley; que el órgano delegante esté autorizado para transmitir parte de sus facultades; iii) que el delegado pueda recibir tales facultades; y, iv) que la materia pueda ser delegada. No obstante, se debe hacer énfasis que, para realizar la delegación de una competencia, el órgano delegante debe de ostentarla y poderla ejercer de manera directa."

"D. Aplicación al caso en debate.

Para el análisis del presente caso, es necesario partir de la revisión de la normativa que ha sido citada, de lo que se colige que corresponde exclusivamente a la DNM la realización de las inspecciones que sean necesarias para verificar el cumplimiento de las disposiciones de la LM. Lo anterior, a través de la Unidad de Inspección y Fiscalización, la que debe contar con su propio personal debidamente acreditado e identificado; y que, para supervisar los precios de venta de los medicamentos y evitar posibles infracciones por abusos al consumidor, trabajará en coordinación con la Defensoría de Protección al Consumidor."

LA FALTA DE COMPETENCIA MATERIAL PARA REALIZAR LAS INSPECCIONES POR PARTE DEL PERSONAL DE LA DEFENSORÍA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR VICIA, POR SER SU CONSECUENCIA, LOS ACTOS DE IMPOSICIÓN DE MULTAS

"En el presente caso, la DNM suscribió con fecha cuatro de mayo de dos mil doce, un Convenio de Cooperación por tres meses prorrogables con la Defensoría del Consumidor, el cual se suscribió en los siguientes términos: [...]

En atención a lo apuntado en la normativa especial y del estudio del Convenio de Cooperación entre la DNM y la Defensoría del Consumidor; se colige que no existe habilitación legal que faculte expresamente a personal de la Defensoría del Consumidor para realizar inspecciones de verificación de cumplimiento de la LM; es decir, que no hay elementos que le brinden cobertura legal -ni siquiera de manera indiciaria- que se configure como una delegación de competencias.

De la lectura del referido convenio interinstitucional, se advierte que en nada aporta al debate, ya que éste no tiene una previsión especial que otorgue facultades especiales al personal de la Defensoría del Consumidor, situación que incluso de existir, no podría tener efectos jurídicos en vista que la facultad de inspección para verificar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la LM le corresponde exclusivamente a la DNM, sin que esta última tenga facultades de delegación de dicha función.

De lo desarrollado, se concluye que el personal de la Defensoría del Consumidor, [que carecía de una acreditación como personal de la DNM] realizó las inspecciones, sin tener competencia para ello. Actuación que se tradujo en la elaboración de actas de inspección; que, a su vez, sirvieron de prueba en el procedimiento sancionatorio. Razón por la cual, el vicio de falta de competencia en la realización de inspecciones, extendió sus efectos al procedimiento sancionatorio, que concluyó con la emisión de los actos administrativos definitivos que hoy se impugnan.

Así, de la vista de los expedientes administrativos se ha podido verificar que la Dirección Ejecutiva de la Dirección Nacional de Medicamentos con base en esas actas de inspección ordenó abrir procedimiento administrativo sanciona-

dor en contra de Farmacias Económicas, propiedad de la sociedad Farmacéuticos Equivalentes, S.A. de C.V, sucursales Plaza Mundo, Mejicanos, Chiltiupán, veintinueve calle poniente, Paseo General Escalón, Beethoven y, sucursal Las Terrazas, esta última propiedad de la sociedad El Copo, S.A. de C.V, por las supuestas infracciones de los artículos 78 letra c), 79 letra q) y 79 letra i) de la LM.

Finalizados los procedimientos administrativos, la Dirección Ejecutiva de la Dirección Nacional de Medicamentos sancionó con base a dichas inspecciones a las sociedades Farmacéuticos Equivalentes, S.A. de C.V, y El Copo, S.A. de C.V, con la cantidad de once mil doscientos cinco dólares de los Estados Unidos de América ($11,205.00), correspondientes a cincuenta salarios mínimos mensuales del sector comercio y servicios, por incurrir en cada uno de los establecimientos detallados en el párrafo anterior, en las infracciones establecidas en los artículos 78 letra c), 79 letra q) y 79 letra i) de la LM.

Dicho lo anterior, es evidente que existe ausencia manifiesta de competencia material por parte del personal de la Defensoría de Protección al Consumidor para realizar las inspecciones, ya que de la normativa examinada se advierte que no existe ninguna disposición que de manera expresa autorice a la DNM a delegar la competencia para practicar inspecciones a fin de verificar el cumplimiento de la LM y por tanto, toda la actuación realizada por la Defensoría de Protección al Consumidor carece de cobertura legal, ya que las actas producto de las inspecciones, no podían ser utilizadas dentro del procedimiento administrativo sancionatorio.

En todo caso, la participación habilitada del personal de la Defensoría de Protección al Consumidor es únicamente para supervisar los precios de venta de los medicamentos y evitar posibles infracciones por abusos al consumidor, tal cual lo establece la LM y la Ley de Protección al Consumidor. Así, los hallazgos [al margen del marco legal] de parte del personal de la Defensoría de Protección al Consumidor, únicamente podían ser utilizados como indicios del cometimiento de infracciones a la LM; para que, siendo del conocimiento de la DNM, en uso de sus facultades legales recabara la prueba necesaria y; de ser procedente, iniciara el procedimiento administrativo para la imposición de la sanción.

Ahora bien; no obstante, nuestra LJCA no confiere competencia a esta Sala para conocer de la impugnación directa de disposiciones de carácter general como el Convenio en referencia, si se puede revisar los actos definitivos que han sido consecuencia de éstos, y sobre todo si es evidente la existencia de una infracción de parte de la Administración pública que ha subsistido durante todo el procedimiento viciando el mismo y causando un grave perjuicio a un particular.

Por tanto, esta Sala considera que la falta de competencia material para realizar las inspecciones por parte del personal de la Defensoría de Protección al Consumidor vicia -por ser su consecuencia-, a los actos de imposición de multas, ya que los mismos son producto de la valoración de una prueba ilegal.

En virtud de lo anterior, esta Sala considera que si hubo violación a la normativa citada y a los principios de legalidad y seguridad jurídica y así debe declararse; consecuentemente, resulta inoficioso conocer sobre los demás puntos de ilegalidad alegados por la actora."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 248-2014, fecha de la resolución: 06/05/2019

DELEGACIÓN DE COMPETENCIA

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

"La parte demandante ha alegado la violación al principio de legalidad argumentando que al carecer el Director General de la facultad de fiscalización, éste no podía delegar legalmente en ninguno de sus técnicos la función fiscalizadora, por lo que se hacen las consideraciones siguientes:

La competencia es el conjunto de funciones y potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a cada órgano, es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. Constituye un elemento esencial de todo acto administrativo que condiciona necesariamente su validez. En tal sentido, se requiere de la existencia de una potestad habilitante con cobertura legal que otorgue competencia al órgano o funcionario emisor. Cada órgano que está obligado legalmente a ejercer su competencia podrá realizarla de manera directa o indirecta. Esta última bajo las figuras de delegación, sustitución, avocación y suplencia.

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.* (Sentencia definitiva dictada en el proceso contencioso administrativo ref. 95-2006, de las once horas cuarenta y cinco minutos del día trece de octubre de dos mil nueve).

La delegación se da cuando un funcionario confiere a sus inferiores jerárquicos alguna o algunas de las atribuciones asignadas en la ley, con el fin de asegurar la celeridad, economía y eficacia de los trámites administrativos. *Delegación que, para ser válida, debe estar autorizada en la ley,* de tal manera que los actos emitidos por el órgano delegado se considerarán emitidos por la autoridad delegante.

Para que la delegación de competencias se realice, debe cumplir ciertas condiciones: *i)* que la delegación esté prevista en la ley; es decir, que el órgano delegante esté autorizado para transferir el ejercicio de una parte de sus facultades; *iii)* que el delegado pueda recibir tales facultades; y, *iv)* que la materia pueda ser delegada. No obstante, se debe hacer énfasis que para realizar la delegación de una competencia, el órgano delegante debe de ostentarla y poderla ejercer de manera directa.

Desde un punto de vista formal, de conformidad con los artículos 86 y 131 N° 21 de la Constitución de la República, las competencias sólo pueden ser atribuidas a los diversos Órganos, mediante *"normas con rango de ley"*, lo cual implica que estas deben emanar de la Asamblea Legislativa, instituyendo una *"reserva de ley"* en lo que a la atribución de competencias a los diversos órganos del Estado se refiere; sólo 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 del ejercicio de competencias conferidas por el legislador.

De lo anterior resulta imposible jurídicamente que un órgano superior pueda delegar el ejercicio de sus funciones a un inferior jerárquico, cuando no esté expresamente habilitado por una ley en sentido formal, 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."

VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, AL REALIZAR LA DELEGACIÓN DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN FISCALIZADORA SIN ESTAR FACULTADO PARA ELLO

"En el presente caso, si bien es cierto el Reglamento Orgánico Funcional de la Dirección General de la Renta de Aduanas -de mil novecientos noventa y ocho- resulta aplicable, y que el mismo en sus artículos 9 letra p) y 22 establezcan la facultad del Director de delegar el ejercicio de sus funciones al prescribir que *"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 (…)";* no basta para considerar que la delegación de la facultad de fiscalizar realizada por el Director de la Dirección General de la Renta de Aduanas a los auditores es legal, pues como se ha señalado en la presente sentencia, al momento de realizarse la delegación dicha facultad únicamente encontraba su asidero legal en el reglamento orgánico citado y no en una norma con rango de ley.

En razón de lo anterior, esta Sala considera que en el caso bajo análisis existe violación al principio de legalidad, ya que el Director de la Dirección General de la Renta de Aduanas a la fecha de la fiscalización poseía la facultad de fiscalizar y sancionar; pero no tenía facultad -ley formal- para delegar, sus funciones.

Correspondiendo declarado ilegal los actos impugnados por violación al principio de legalidad, por haber realizado la delegación del ejercicio de la función fiscalizadora sin estar facultado para ello por ley, resulta innecesario valorar si hubo violación al principio de legalidad por falta de notificación de los resultados de la fiscalización."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 120-2008, fecha de la resolución: 21/05/2019

DELEGACIÓN DE FIRMA

MECANISMO QUE COADYUVA A DESCARGAR ÚNICAMENTE LA SUSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES QUE HAN SIDO EMITIDAS EN SU CONTENIDO POR EL TITULAR DE LAS ATRIBUCIONES LEGALES

"Ahora, si bien la delegación de firma es un mecanismo que coadyuva a descargar únicamente la suscripción de resoluciones que han sido emitidas en

su contenido por el titular de las atribuciones legales, ésta es una técnica que para su adopción debe reunir ciertos requisitos esenciales, entre éstos, y a manera de ejemplo, tal como señala la doctrina, la legislación comparada requiere que: *"[e]n las resoluciones y actos que se firmen por delegación se hará constar esta circunstancia y la autoridad de procedencia" [artículo 12 inciso numeral 3 de la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público -España-].* Dos aspectos son importantes a identificar en este punto: *(i)* que se haga constar en el documento o acto la delegación de la firma; y, (ii) la autoridad de procedencia.

En el *sub judice*, al examinar las resoluciones suscritas por el jefe de la unidad administrativa de la Dirección Reguladora de Hidrocarburos y Minas, aparece consignado en el acápite de cada una de ellas el lema: *"Dirección Reguladora de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía",* es decir, se identifica la autoridad de procedencia de la resolución, en este caso la dirección, y con ello se da cumplimiento a uno de los presupuestos de la delegación de firma.

Empero, la delegación de firma también exige que tal circunstancia se haga constar en el documento que se delega; verbigracia, en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 25 de Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, en cuanto a la delegación de actuaciones y de firma establece *«[e]l Superintendente y los Superintendentes Adjuntos podrán delegar en cualquier miembro del personal la práctica de inspecciones, revisiones, procedimientos de fiscalización, vigilancia, control, emplazamientos, citaciones, notificaciones, auditorías, celebración de audiencias conciliatorias, sustanciación de procedimientos, firma de correspondencia, transcripciones, certificaciones o cualquiera otra diligencia administrativa.* ***El delegado deberá relacionar la delegación con la que actúa en el acto administrativo respectivo. Dicha delegación no alterará la competencia del delegante. Los actos administrativos definitivos no podrán ser objeto de delegación de firma».***

De este modo, al examinar cada una de las actuaciones realizadas por el jefe de la unidad administrativa de la Dirección Reguladora de Hidrocarburos y Minas, no se advierte la calidad con la que actúa esta persona; es decir, solo se consignó su firma, pero no se distingue o relaciona en las diversas interlocutorias, la suscripción de documentos en representación y delegación del Director de la dependencia; por ello, aunque la autoridad demandada afirme que estamos en un supuesto de delegación de firma (de la cual incluso no es necesaria su publicación), esta Sala advierte que no se ha cumplido uno de los requisitos esenciales para ello, por lo que se descarta tal aseveración.

Ahora bien, al margen de lo anterior, del examen del expediente administrativo, se advierte que desde el folio 38 al 42, está agregado un memorando suscrito por el director de la Dirección Reguladora de Hidrocarburos y Minas, documento que contiene un análisis integral y sistemático de las actuaciones emitidas previamente por el jefe de la unidad administrativa, haciendo una valoración particular respecto a la existencia de probabilidad de la acción atribuida a la parte actora, entre otras cosas manifestó *«[l]a hipótesis de probabilidad contenida en la presente resolución acerca a la existencia de la infracción atribuida a la sociedad ********** (…) se fundamenta en la presente etapa en una cadena de indicios graves, precisos y concordantes, los que analizados en su conjunto permiten determinar los extremos legales exigidos por el legislador…».*

Este actuar del director, adquiere relevancia, ya que es el titular de la Dirección en la etapa instructora quien tiene un rol activo en cuanto al control y remisión de las actuaciones al Ministro de Economía, pero no se trata de un simple envío, sino de un análisis general sobre el contenido de la investigación; así, y conforme a esa valoración aquel concluyó: *«[q]ue después del análisis de las diligencias, esta Dirección ha determinado que la sociedad antes relacionada ha incumplido con las obligaciones contenidas en el Artículo (sic) 17 literal k) de la Ley de la materia, catalogada como una infracción grave y concluido en esta instancia, se trasladan para ante el señor Ministro para la emisión de la resolución correspondiente…».*

Lo que se establece del procedimiento, es que si bien el jefe de la unidad administrativa de la Dirección Reguladora de Hidrocarburos y Minas, no cumplió con lo referente a la delegación de firmas, advirtiéndose cierto yerro procedimental por la autoridad demandada; dicha irregularidad no se traduce al acto emitido por el Director, y es éste último quien ejerce un control de lo actuado y realiza su exegesis particular del caso en concreto, previo a la remisión del procedimiento sancionador al Ministro de Economía, dotando de legitimidad, con ese acto, la actuación del jefe de la unidad administrativa, en cuanto a las decisiones específicas de **trámite** que no configuren la decisión final, o acto administrativo que impone la sanción de multa, de ahí que para este Tribunal tal circunstancia no soslaya o afecta materialmente los derechos de la parte actora, en cuanto a la presunta violación al principio de legalidad.

Cabe apuntar además, que la *multa* la cual se traduce en el acto administrativo definitivo que afecta la esfera jurídica del administrado, siempre deberá estar conferida al control y valoración del Ministro de Economía (como ha sucedido en el presente caso); ello a partir de lo prescrito en el mismo artículo en análisis (19-B de la LRDTDPP), pues a diferencia de la competencia otorgada a la *Dirección* para la sustanciación de la investigación, en lo concerniente a la resolución que determina la sanción, dicho precepto **si** distingue y especifica la competencia estrictamente al titular del ministerio, al indicar: *«…[s]e trasladarán las diligencias **al Ministro** para que emita la resolución correspondiente dentro del plazo de los quince días hábiles siguiente».*

Se colige de lo expuesto, que no existe la violación al principio de legalidad por la falta de competencia alegada por el demandante."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 170-2015, fecha de la resolución: 11/12/2019

DERECHO A LA INTIMIDAD

COMO DERECHO FUNDAMENTAL BUSCA LA PROTECCIÓN A UN ESPACIO PRIVADO INTOCABLE, ÍNTIMO

"d) Ahora bien, la institución actora alegó además que los fideicomisarios o beneficiarios del FECEPE son entes privados que se encuentran protegidos por el derecho a la intimidad. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha anali-

zado el tema sobre la posibilidad de que personas jurídicas de Derecho Privado ostenten la titularidad de derechos fundamentales.

Específicamente, se ha reconocido que las personas jurídicas de Derecho Privado son titulares, entre otros, de derechos de contenido procesal (audiencia, defensa, protección jurisdiccional, etc.) y de contenido económico (propiedad, libertad de contratación, libertad de empresa, etc.). Sin embargo, en cualquier caso, la no mención de un derecho fundamental, por parte de la jurisprudencia, como derecho del cual pueda predicarse la titularidad de personas jurídicas no implica necesariamente que ello sea imposible, sino que deberá analizarse en el caso concreto la finalidad de la persona jurídica y la naturaleza del derecho fundamental alegado [sentencia de amparo con referencia 377-2012 del seis de junio de dos mil catorce].

Para el caso, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la intimidad hace referencia al ámbito que se encuentra reservado *ad intra* de cada persona y cuyo conocimiento importa únicamente a éste y en su caso, a un círculo concreto de personas seleccionadas por el mismo. Por tanto, en dicho ámbito opera la voluntad del individuo para disponer de todos aquellos aspectos que puedan trascender al conocimiento de los demás [sentencia de hábeas corpus con referencia 35-2005/32-2007 acumulado, del dieciséis de mayo de dos mil ocho].

Doctrinariamente, se identifican dos tipos de amenazas contra la intimidad: la acción o intrusión en un espacio o zona propia, y el conocimiento o intromisión informativa sobre hechos, datos o aspectos relativos a la vida privada de una persona. Puede hablarse en consecuencia, de una intimidad *territorial* y de una intimidad *informacional* [Carbonell Sánchez, Miguel. *Los derechos fundamentales en Méxicо,* Mexico, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005, p.2.]."

Así el derecho a la intimidad, como derecho fundamental, busca la protección a un espacio privado intocable íntimo, sobre el cual no es posible injerencia externa alguna, tanto porque se trata de una información que no afecta ni impacta a la sociedad ni a los derechos de los demás, por referirse a aspectos estrictamente personales o familiares; como porque el uso o conocimiento de esa información puede ser origen o causa de acciones discriminatorias frente a las cuales el individuo quedaría en absoluto estado de indefensión. La información susceptible o sensible de ser protegida, es por ejemplo la relacionada con el origen familiar, social y racial, las convicciones o preferencias políticas, las creencias y filiaciones religiosas, las preferencias y prácticas sexuales. Así el derecho a la intimidad se nutre del derecho de la auto determinación, puesto que esta información corresponde a la propia concepción del individuo sobre sí mismo, de ahí que no afecta ni interesa más que al propio individuo y a quienes él libremente se lo quiera compartir.

De lo señalado se colige, que el derecho a la intimidad es una facultad subjetiva reconocida a favor de la persona física, de no permitir la intromisión de extraños en lo que respecta al ámbito de su reserva individual. Sin embargo, se ha reconocido además que, a pesar de que el derecho a la intimidad parte de la esfera privada del individuo, el mismo no se puede alejar del contexto social donde se ejercita; es decir, que no se desliga completamente del entorno social

en el cual adquiere sentido y se relaciona con los otros miembros del colectivo social en forma individual o agrupada, lo que implica que el ejercicio de tal derecho puede encontrarse limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos [sentencia de amparo con referencia 118-2002 del dos de marzo de dos mil cuatro]."

LAS PERSONAS JURÍDICAS, EN LOS TÉRMINOS DESARROLLADOS POR LA LAIP, TIENEN DERECHO A CIERTA PRIVACIDAD, ESTA PRIVACIDAD DE INFORMACIÓN NO ES EQUIPARABLE A LA INTIMIDAD DE UNA PERSONA NATURAL

"En el sub júdice, si bien la parte actora ha alegado [en abstracto] que con la orden de acceso a la información solicitada se le está transgrediendo el derecho a la intimidad de personas jurídicas [las sociedades fideicomisarias] sin desarrollar los fundamentos de hecho y derecho que sustenten su argumento; dado el desarrollo *supra* sobre el derecho de la intimidad y su carácter personalísimo inherente y subjetivo a la persona natural, es incompatible inferir que este derecho fundamental, se traslade automáticamente hacia personas jurídicas.

En esta línea, esta Sala advierte que si bien las personas jurídicas, en los términos desarrollados por la LAIP tienen derecho a cierta *privacidad* [entendida y delimitada a la información reservada y confidencial], esta privacidad de información no es equiparable a la *intimidad* de una persona natural, ya que la base jurídica de esta última se funda en el derecho a proteger un ámbito que resulta indispensable para que una persona pueda realizarse y determinarse a sí mismo *«…vinculado estrechamente al libre desarrollo de la personalidad. De ahí que se afirme que las personas jurídicas no tengan derecho a la intimidad por cuanto carecen del derecho al libre desarrollo de la personalidad…»* [Gutiérrez, Walter. "Secreto bancario y reserva tributaria: derecho a la privacidad económica". *La Constitución Comentada: análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, tercera edición, 2015, pp. 156.].

Por ello, al delimitar que el derecho de las personas jurídicas es a la privacidad de cierta información, entendida y constreñida en la misma LAIP, y dado que en el apartado anterior se estableció que la información ordenada en el acto impugnado guarda una especial relación con el interés público, y por ello *no es confidencial,* pierde relevancia jurídica cualquier otra elucubración al respecto tendiente a la protección de la información solicitada concerniente a las empresas privadas que adquirieron la calidad de beneficiarios del FECEPE. En consecuencia, no se verifica la violación al derecho de la intimidad en los términos señalados.

e) En otro orden, dado que la información solicitada no encaja en los supuestos alegados para ser considerada como confidencial, tampoco es necesario que los entes obligados expresen su consentimiento en la divulgación de la misma, como sostuvo el actor citando el artículo 25 de la LAIP. Por el contrario, al ser información pública, su acceso es una obligación que debe obedecer el BDES.

Asimismo, el demandante asevera que, de proporcionar la información requerida, podría infringir disposiciones normativas e, incluso, hasta cometer delitos. Sobre este punto debe señalarse que pese a que la LAIP contempla la

confidencialidad de cierta información y la Ley de Bancos establece el secreto bancario como una excepción al derecho de acceso a la información pública, la interpretación de las leyes debe hacerse de una manera sistemática y congruente al caso sometido a controversia, conviene citar a la Sala de lo Constitucional, en los términos siguientes *«…la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan pues la inconsecuencia o la falta de previsión jamás debe suponerse en el legislador, por lo cual se reconoce como un principio básico que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto(…). Es así como, por un lado, las disposiciones legales, dentro del cuerpo normativo al que pertenecen, deben ser interpretadas teniendo en cuenta el conjunto de normas que conforman el cuerpo legal; es decir, es insuficiente que el intérprete de la ley extraiga los mandatos, las normas dimanantes de las disposiciones de una ley, sin tener en cuenta el contenido de las demás con las que conforma el cuerpo normativo, ya que la ausencia de una interpretación sistemática genera la posibilidad de llegar a conclusiones erróneas respecto de los mandatos que el legislador dicta a través de las leyes»* [sentencia de Inconstitucionalidad del trece de noviembre de dos mil uno en el proceso con referencia 41-2000].

En atención a lo expuesto, pese a que la LAIP establece como información confidencial el secreto fiduciario y bancario, se ha verificado que tales figuras no son aplicables al presente caso, por no existir intereses privados protegibles a la luz dela gestión y administración del FECEPE. Lo anterior, en razón que en el caso en autos los fideicomisarios intervinientes pese a ser personas jurídicas privadas, participaron en la administración de fondos públicos conferidos mediante un fideicomiso que se constituyó con un objetivo basado en un interés también público; y el BDES actúa como fiduciario en el ejercicio de una facultad pública y especial otorgada por ley, con el objeto de administrar los fondos públicos que se confirieron con la constitución del fideicomiso en comento [artículo 2 del Decreto Legislativo número quinientos sesenta y cinco].

Por tanto, el actor no podría incurrir en infracciones administrativas o delitos penales, puesto que, se reitera, la información cuya entrega se le ordena es pública y no posee el carácter de confidencial."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 366-2015, fecha de la resolución: 19/07/2019

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA ES UN DERECHO FUNDAMENTAL

"3.3. Precisadas las posiciones jurídicas de las partes, esta Sala procede a realizar las siguientes consideraciones:

a) Como punto de partida, es imprescindible resaltar que el acceso a la información pública se ha reconocido como un derecho fundamental que, además,

constituye una herramienta esencial para el control ciudadano de la gestión pública. Sobre esto, cabe citar lo apuntado por la Sala de lo Constitucional en materia de Presupuesto General de la Nación en el sentido que: *«…en una sociedad democrática es deber del Estado garantizar la transparencia en la actuación de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones oficiales, así como la publicidad en la administración y destino de los recursos y fondos públicos. Este deber de transparencia está en íntima conexión de interdependencia con el derecho de acceso a la información de interés público. La transparencia y la rendición de cuentas presupuestarias son necesarias para prevenir, combatir y erradicar toda manifestación o forma de corrupción en el manejo y destino de todos los fondos públicos, y son imprescindibles para fortalecer el Estado Constitucional y Democrático de Derecho»*[sentencia de inconstitucionalidad referencia 1-2010/27-2010/28-2010 de las catorce horas con quince minutos del día veinticinco de agosto de dos mil diez]."

LA INFORMACIÓN EN PODER DE LOS ENTES OBLIGADOS ES PÚBLICA, POR LO CUAL SU DIFUSIÓN DEBE SER IRRESTRICTA, CON LA SALVEDAD DE LAS EXCEPCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY

"De lo anterior se extrae que el acceso a la información adquiere una especial relevancia en el destino y manejo de los fondos públicos, puesto que se encuentra vinculado con el deber de transparencia, el cual, a su vez, permite prevenir y erradicar cualquier forma de corrupción que debilite el actuar estatal.

Por otro lado, ante el carácter de derecho fundamental que posee el acceso a la información pública, la regla general que ha de aplicarse es el principio de máxima publicidad [artículo 4 letra a) de la LAIP], en virtud del cual se establece que la información en poder de los entes obligados [en principio] es pública, por lo cual su difusión debe ser irrestricta, con la salvedad de las excepciones establecidas por la ley.

Para el caso en autos, la parte actora invoca dos excepciones legales establecidas en la misma LAIP: el secreto bancario y el secreto fiduciario; en atención a ello, se analizará la normativa alegada por la parte actora, para determinar si la información solicitada a la demandante es confidencial.

b) Ya se ha determinado que el BDES se constituye como un ente obligado a la LAIP, de conformidad a su artículo 7, inciso primero. Ahora bien, dentro del inciso segundo de la misma disposición se contempla que *«[t]ambién están obligadas por esta ley las sociedades de economía mixta y las personas naturales o jurídicas que manejen recursos o información pública (…) El ámbito de la obligación de estos entes se limita a permitir el acceso a la información concerniente a la administración de los fondos o información pública otorgados…».*

El argumento principal de la institución actora para invocar el carácter confidencial de la información solicitada por el ciudadano LA, consiste en que «…*no obstante en el caso del FECEPE, son fondos públicos, los fideicomisarios son entes privados que están sujetos al derecho a la intimidad…*» [folio 8 frente]. Por lo que es preciso analizar si el carácter de "entes privados" de los fideicomisarios que se beneficiaron con el FECEPE, convierte la información requerida en con-

fidencial por secreto bancario y fiduciario; y además, si los entes privados como las personas jurídicas, se encuentran protegidos efectivamente al derecho a la intimidad.

Para ello, cabe traer a colación que la Sala de lo Constitucional ha considerado que *«…la protección constitucional de la búsqueda y obtención de información se proyecta básicamente frente a los poderes públicos -órganos del Estado, sus dependencias, instituciones autónomas, municipalidades- y* ***cualquier entidad, organismo o persona que administre recursos públicos*** *o bienes del Estado o que en general ejecute actos de la Administración pues* ***existe un principio general de publicidad y transparencia de las actuaciones del Estado y la gestión de fondos públicos****»* [sentencia de amparo con referencia 614-2010 del uno de febrero de dos mil trece].

Así, se establece como regla general que toda la información que resguarden los entes obligados en el desempeño de sus funciones institucionales, debe ponerse a disposición del público y la negativa injustificada de su entrega, podría constituir una afectación al derecho de acceso a la información.

Ahora bien, una de las excepciones a la publicidad irrestricta es la información confidencial; que según la LAIP en su artículo 6, literal f), se define como*«… aquella información privada en poder del Estado cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal en razón de un interés personal jurídicamente protegido»*.

Del tenor literal de dicha definición se advierte, que la disposición tiene distintos componentes para que la información sea confidencial; así el primer requisito [lógico y connatural] es que la información solicitada sea privada; pero además y de manera concatenada, esta información privada debe ser protegible en razón de un interés personal. Ello es así, porque abundante jurisprudencia ha reconocido que no existen derechos absolutos y en caso exista una pugna entre dos o más derechos [por ejemplo: la intimidad versus el acceso a la información], se deberá realizar el test de ponderación para analizar cada caso particular cuál derecho es el que debe predominar.

En el sentido de otorgar acceso a información que, en principio, es privada, se ha pronunciado contundentemente la Sala de lo Constitucional, analizando la concurrencia de un interés eminentemente público; así en la sentencia de inconstitucionalidad por omisión, sobre el financiamiento de los partidos políticos se dictaminó que: [...]

Sin embargo, el carácter privado de dichos fideicomisarios debe analizarse frente al interés que persiguen, puesto que los fondos que estas empresas administraron son públicos y el fideicomiso se constituyó en una relación con entes públicos también; configurándose así, un ineludible interés público en la información relacionada a la administración del FECEPE.

Como complemento de lo anterior, el mismo objetivo del FECEPE [artículo 2 del Decreto Legislativo número quinientos sesenta y cinco, *supra* citado] demanda que los fondos conferidos a los beneficiarios del fideicomiso, sean administrados adecuadamente, puesto que se pretendía beneficiar al sector productivo del país y, con ello, a la economía de las familias salvadoreñas.

Así, se insta el deber que tienen el Estado y sus entes [centralizados o descentralizados: el BDES] de ser transparentes en el manejo de sus recursos, para

administrar y ejecutar de manera correcta y eficiente estos recursos, los cuales, además, deben utilizarse con el fin exclusivo de satisfacer las necesidades de la ciudadanía e impulsar el desarrollo del país, siendo evidentemente asuntos que atañen a la colectividad, con fondos que provienen del Estado mismo. [...]

Se advierte que la información detallada es tendiente a establecer de qué manera se ha cumplido el objetivo del FECEPE, y cómo se distribuyeron los beneficios que otorgaba el referido fideicomiso; por ello, esta Sala concluye que la información solicitada por el ciudadano LA se encuentra dentro del ámbito de obligación para entes privados que establece la LAIP.

En consecuencia, la excepción de la confidencialidad por secreto bancario y fiduciario no se configura en el presente caso, por no concurrir ambos presupuestos: que la información sea privada, y que sea protegible por un interés personal; ya que como abundantemente se ha desarrollado, las partes del fideicomiso bajo análisis son entes obligados por la LAIP y se trata del manejo de fondos públicos que atañen un interés general, al ser incentivos para la producción y mejora de las condiciones de empleo del país."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 366-2015, fecha de la resolución: 19/07/2019

DERECHO DE ASCENSO

OPORTUNIDAD DE LOS TRABAJADORES PARA OCUPAR PLAZAS EN CATEGORÍAS SUPERIORES, PUEDE OTORGARSE SI SE HAN CUMPLIDO TODOS LOS REQUISITOS DESARROLLADOS POR LA NORMATIVA APLICABLE

"IV. Esta Sala conocerá sobre la supuesta vulneración al derecho de ascenso y al uso de las facultades discrecionales de la Administración en la forma alegada por el demandante. Éste argumenta que la autoridad demandada no garantizó un debido proceso en la realización de las pruebas a los aspirantes a subinspector y tampoco en la evaluación de las mismas.

1. Sobre la vulneración al derecho de ascenso, el demandante expresó que: *«(…) el derecho al ascenso no debe considerarse garantizado con el simple hecho de permitir una postulación o someterse a ciertas evaluaciones, sino que debe de ir más allá, y considerarse plenamente garantizado en cuanto al desarrollo de un debido proceso tanto en la realización de las pruebas como en la evaluación de las mismas. El proceso de revisión y por tanto de evaluación de las pruebas, tiene una finalidad excluyente la cual va destinada a no garantizar el derecho de ascenso de los postulantes»* (folio 3 frente).

Se considera que el derecho de ascenso es la oportunidad de los trabajadores para ocupar plazas en categorías superiores. Por supuesto, este ascenso a un grado específico puede otorgarse si se han cumplido todos los requisitos desarrollados por la normativa aplicable.

Para el caso en estudio, los Decretos Legislativos 560 y 707 estaban encaminados a viabilizar de manera excepcional el ascenso para los miembros que ingresaron a la institución policial hasta la promoción cincuenta y siete del nivel

básico. El artículo 7 del Decreto 560 estableció una serie de requisitos, entre los que se encontraba aprobar las pruebas de conocimientos policiales, la física y la psicotécnica, con las que buscaba un perfil en el aspirante para ejercer funciones y responsabilidades policiales de mayor complejidad."

LOS RESULTADOS DE LAS EVALUACIONES CONDUJERON A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A NO SELECCIONAR AL DEMANDANTE PARA OPTAR AL GRADO DE SUBINSPECTOR; EN CONSECUENCIA, NO SE ADVIERTE LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE ASCENSO

"En el presente caso, el señor TM pretendió acogerse a los decretos legislativos en referencia, presentando su solicitud de aspirante a la promoción interna de la Policía Nacional Civil (PNC) para el grado de subinspector, y así acompañó los documentos requeridos.

Como resultado del procedimiento de selección, la autoridad demandada emitió la resolución del tres de septiembre de dos mil doce (folio 20 al 28 del expediente administrativo), mediante la cual declaró al señor en referencia no apto para la categoría de subinspector, ya que no aprobó la prueba psicotécnica. Siendo tal reprobación el objeto principal por el que considera que el acto es ilegal.

Los Decretos Legislativos 560 y 707 tenían como fin que los sargentos que no poseían título universitario tuvieran la oportunidad de ascender a la categoría de subinspector. En ese sentido, todos los aspirantes tenían que someterse al procedimiento de selección normal y, como se observa en el acta del dos de julio de dos mil doce (folios 5 al 11 del expediente administrativo), el señor TM fue tomado en cuenta como aspirante para optar a la categoría de subinspector.

Por su parte, las indicaciones para la recepción de solicitudes de promoción interna de cabos y agentes que posean título profesional universitario para optar a la categoría de subinspector de la Policía Nacional Civil, emitidas por el Director General de la Policía Nacional Civil, establece en el número 17 que: *«La prueba psicotécnica consistirá en la aplicación de cuatro tipos de tests escritos, donde se pretende medir la inteligencia, rasgos de personalidad, aptitudes y habilidades. Dicho tets serán aplicados, calificados e interpretados por un grupo de profesionales en psicología. Con el resultado de estas pruebas el aspirante será declarado "apto" o "no apto"»*.

Fue en el procedimiento de selección que el señor TM no aprobó el examen psicotécnico, el cual calificaba los resultados únicamente en las categorías de apto o no apto, en el caso particular éste fue determinado como no apto. Adicionalmente, dicho señor obtuvo la nota de seis punto nueve en la prueba de conocimientos policiales y sin puntaje alguno en la prueba física en virtud de haber presentado constancia médica, tal como lo regula el artículo 8 del Decreto Legislativo 506, emitido en el año dos mil diez, el cual señala: "*Los miembros de la Institución Policial, que sin menoscabar la Ley Disciplinaria Policial; hayan sufrido lesiones que les impidan o limiten su funcionalidad, podrán igualmente accesar al proceso de ascenso o promoción interna, siendo dispensados de aquellas pruebas incompatibles con su estado físico, previo dictamen emitido por Profesionales Médicos de la Unidad de Servicios Médicos de la PNC*". Los

resultados obtenidos se constataron en el acta 51/2012, del tres de septiembre de dos mil doce (folios 20 al 28 del expediente administrativo).

Como ya se mencionó en los párrafos anteriores, los resultados de las evaluaciones condujeron a la Administración Pública a no seleccionar al demandante para optar al grado de subinspector; en consecuencia, no se advierte la violación al derecho de ascenso en la forma en que ha sido alegada.

2. El señor TM alegó la violación a las facultades discrecionales de la Administración Pública. Señaló que: *[...]*

Al analizar este punto, se observa que, primeramente, la parte actora, cuando trata de explicar los motivos de ilegalidad, se contradice. Por un lado, afirma que las normativas relacionadas en el párrafo precedente establecen el perfil que se busca en los subinspectores y, por otro, enfatiza que no existe en ninguna norma un perfil objetivo del aspirante que inicie el procedimiento para optar a ese grado. Sobre este motivo, es preciso señalar que en las normas de la institución policial destaca, en general, el perfil de los aspirantes a la institución policial, en cuya organización aparece el nivel superior, que comprende, entre otras, la categoría de subinspector. Ya en el artículo 20 de la Ley de la Carrera Policial se establece: [...]

En ese sentido, es posible advertir un perfil general que debe reunir el aspirante a la categoría en estudio.

Por otro lado, el demandante señala que hubo subjetividad en el procedimiento de selección ya que no se siguió bajo criterios de imparcialidad. Denuncia la existencia de revisiones secretas sin permitir que otros profesionales en la materia puedan dar una opinión valedera. Ello, según el actor, constituye una desviación de poder por la aplicación de una facultad discrecional.

Sobre este punto, es preciso manifestar que el Decreto Legislativo 560 contemplaba algunos presupuestos que el aspirante debe tener en cuenta, entre estos, los establecidos en el artículo 4, que literalmente dice: "*En los procesos de ascenso o promoción interna o consolidación de categoría, regulados por el presente Decreto, no se exigirá requisitos de edad. No podrán participar quienes tengan en el historial de servicio anotación de sanción disciplinaria, por la falta grave o muy grave, no cancelada o quienes tengan antecedentes penales por delitos dolosos. Cuando al tiempo de iniciarse el proceso selectivo o durante el mismo, el aspirante que sea sometido a procedimiento disciplinario, por falta grave o muy grave, dicho ascenso quedara condicionado a que la resolución definitiva lo exonere de toda responsabilidad*".

Bajo la misma línea de cumplimiento de requisitos para optar a la categoría seleccionada, el artículo 7 del decreto *supra* referido literalmente expresa que: "*Los aspirantes al curso de ascenso o Promoción (sic) Interna a la Categoría (sic) de Sub (sic) Inspector (sic), deberán aprobar cada una de las siguientes fases: a) Concurso: Comprenderá una Prueba (sic) de Conocimientos (sic) Policiales (sic), Física (sic) y Psicotécnica (sic); b) formación: Comprende el proceso de formación Académica (sic) en la ANSP; y, c) Acreditación: Es la fase en la que al haber aprobado el curso de ascenso en la ANSP, el interesado se presentará al TIA, con el respectivo Diploma (sic) y la Constancia (sic) de Notas (sic), para que sea investido por el Director General de la PNC*"

A partir de lo anterior, se observa que el procedimiento para el ascenso comprendía tres fases que son: concurso, formación y acreditación. En la primera, los aspirantes deben aprobar una prueba de conocimientos policiales, una prueba física y otra psicotécnica. Esto significa que para pasar a la siguiente fase el señor TM debió aprobar las tres pruebas antes referidas. Esto último no sucedió, de ahí que no se le permitió continuar con el procedimiento de ascenso.

Ahora bien, el demandante refiere que "*(…) todo el proceso se basa en la subjetividad, la cual es llevada a cabo por el TIA por medio de la discrecionalidad con la cual evalúa todas las pruebas realizadas (…)*" en este punto es preciso aclarar que en este proceso no aportó los medios probatorios que permitieran a este Tribunal valorar tales afirmaciones. En ese sentido, las anteriores ideas no constituyen argumentos jurídicos que posibiliten inferir las violaciones concretas a sus derechos subjetivos; no hay duda que se trata de meras inconformidades con el resultado de las pruebas de selección, específicamente con las psicotécnicas, es por tal razón que no se advierte violación a las facultades discrecionales de la Administración Pública."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 57-2013, fecha de la resolución: 15/05/2019

DERECHO DE LIBRE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES

EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD RAÍZ E HIPOTECAS SÓLO PUEDE REQUERIR DOCUMENTACIÓN CUANDO ASÍ SE LO EXIJA EL ORDENAMIENTO POSITIVO

"IV. En síntesis, la parte actora argumenta la violación al derecho de libre disposición de los bienes [artículo 22 de la Constitución], en razón que las autoridades demandadas no le permitieron establecer un gravamen sobre un bien inmueble de su propiedad, basadas en una contradicción establecida entre el Registro de la Propiedad y Catastro. Además, alega que la oficina de mantenimiento de catastro del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas del departamento de Sonsonate se extralimitó en sus funciones, en el sentido que el documento presentado [mutuo hipotecario] no está incluido en los que menciona el artículo 48 de la Ley de Catastro y que el departamento de Sonsonate no está declarado como zona catastrada. También alega la violación a los principios de especialidad, legalidad y publicidad [artículos 42, 44 y 46 del Reglamento de la Ley de Reestructuración del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas (RLRRPRH), respectivamente] y a los requisitos que debe contener una inscripción [artículo 688 del Código Civil].

Luego de verificar la prueba que consta en el presente proceso y de una lectura a la Ley de Catastro contenida en el decreto número 604 del 12 de marzo de 1970, se advierte que, la única disposición que guarda alguna relación directa con el caso que nos ocupa, relativo al "trámite de inscripción" de instrumentos en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, es el artículo 37 que a la letra dice:

"En los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas se exigirán todos los datos contenidos en una ficha catastral, para inscribir instrumentos en que se

reconozca, transfiera, modifique o cancele el dominio de inmuebles situados en una zona declarada catastral o catastrada, siempre que se hubiere clasificado catastralmente el inmueble, o la certificación respectiva en caso de no existir dicha descripción".

Es el caso que, el inmueble objeto de controversia, goza de ficha catastral. Ello no está en discusión en el presente caso. No obstante, por el principio de legalidad que rige a la Administración Pública, es claro que el Registrador de la Propiedad Raíz e Hipotecas sólo puede requerir documentación para un determinado trámite, cuando así se lo exija el ordenamiento positivo."

NO EXISTE LA OBLIGACIÓN DE PEDIR LA FICHA CATASTRAL EN TRÁMITES REFERIDOS A INSCRIPCIÓN DE GRAVÁMENES SOBRE INMUEBLES

"De la lectura del artículo 37 en estudio, se advierte que no existe la más mínima obligación del Registrador, en pedir la ficha catastral en trámites referidos a inscripción de gravámenes sobre inmuebles, que es el caso particular que nos asiste, en tanto los demandantes pretenden inscribir un mutuo hipotecario.

No se está en presencia de un reconocimiento, una transferencia, una modificación o una cancelación de dominio de un inmueble, pues el mismo ya está a nombre de los demandantes. Por tanto, no es el supuesto fáctico que nos concierne.

Agustín Gordillo al abordar el tema concerniente a las formas jurídicas de la actividad administrativa, expresa: *"Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera".*

Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional, pues nunca se presenta de hecho la total libertad de hacer cualquier cosa, ni tampoco la total regulación de una conducta. A ello se agrega que la discrecionalidad, por lo demás, tiene ciertos límites que el administrador no puede ultrapasar: Limites jurídicos elásticos (razonabilidad, desviación de poder, buena fe) y limites técnicos. Gráficamente entonces, en cada acto el administrador tiene ciertos aspectos reglados: 1°) La competencia, 2°) eventualmente la forma o el objeto, y tiene también 3°) cierta libertad para actuar de acuerdo a su criterio, pero esta libertad debe ejercerla de tal modo que no transgreda límites jurídicos elásticos, ni 4°) limites técnicos."

EXCESO DE LÍMITES JURÍDICOS DE LA FACULTAD ADMINISTRATIVA DE LA REGISTRADORA AUXILIAR Y DIRECTORA GENERAL DEL CNR

"En el presente caso, la autoridad administrativa representada por la Registradora Auxiliar y Directora General del Centro Nacional de Registros, respecto

de sostener que para inscribir una hipoteca debe tomarse en cuenta el dictamen técnico del instituto nacional del catastro, resulta ser un exceso a los limites jurídicos elásticos de la facultad administrativa, puesto que más allá de la facultad reglada que tienen para inscribir actos jurídicos que les sean de su conocimiento, no pueden crear o construir procedimientos basados en la razón subjetiva o la buena fe, esto decantaría en una inmenso espacio de decisiones contradictorias en las calificaciones que se hagan a nivel registral, de actos jurídicos inscribibles, distando de crear uniformidad de criterios que devendría en inseguridad jurídica para los usuarios de la administración.

Totalmente documentado esta, que el departamento de Sonsonate no se encuentra Catastrado, por ende, lo informes técnicos que emita dicha dependencia del Centro Nacional de Registros en la precitada localidad, resultan hasta cierto punto no certeros, aunado que en el caso de naturaleza civil que se conoció por la pretensión reivindicatoria de dominio incoada por la ahora demandante, se tomó en consideración un informe técnico pericial de un empleado del Catastro, información que limitó como fuente a información de parcelas de aquel entonces. De ahí que, en esa causa hubiese sido ideal efectuar un estudio de campo a través de un reconocimiento judicial, para determinar técnicamente con tecnología geo satelital la ubicación de cada inmueble.

Así las cosas, no es entonces permitido para las autoridades administrativas demandadas haber puesto la decisión final de inscripción de la hipoteca en manos del Catastro, puesto que legalmente o regladamente no les habilita el legislador o por vía reglamento, a construir un procedimiento hasta cierto punto discrecional, inspirándose en Principios que en forma contraria a como fueron aplicados, son mecanismos de control de la facultad administrativa para no cometer excesos, como el cometido en el caso de marras.

El contenido jurídico de la decisión que las autoridades administrativas tomaron, es decir la inscripción de un instrumento deberá tomarse únicamente en cuenta los requisitos establecidos en los artículos 61 y 62 del Reglamento de la Ley de Reestructuración del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, dentro de los cuales no se encuentra contenido el requisito discrecional o subjetivo que las autoridades administrativas han sostenido sin razón legal, respecto de enviar al Catastro para el caso particular un instrumento en que se hipoteca un resto de inmueble, puesto que no se está fraccionando, modificando, actualizando o extinguiendo su cabida registral. Interesante es mencionar que el ultimo literal del artículo 62 del precitado reglamento, deja una rendija que permita incorporar otros requisitos, pero, con inmenso imperio al decir que cualquier otro requisito que, señale la Ley.

No se puede obviar, que exista una especie de confusión de la ubicación de inmuebles, pero ese no es asunto de esta jurisdicción, ni parte de la pretensión, sino que ello debe o debió ventilarse en la jurisdicción civil conforme la causa de pedir que corresponda, entonces, acá no ha existido más que un conflicto de criterios innecesarios, en razón de que ni la parte demandante y demandada debieron provocarlo cuando la misma Ley o Reglamento no da cabida para que el aplicador o usuario busquen encontrar su espíritu antes notoria claridad.

En ese sentido, la Escritura Pública de Mutuo Hipotecario presentada otorgada por la señora RJFDM y el señor MEMC a favor del señor CACE, no debió

ser denegada por la Registradora Auxiliar del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de la Tercera Sección de Occidente, producto de una supuesta falta de coincidencia de la capacidad superficial del inmueble entre el Registro y Catastro."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 14-2010, fecha de la resolución: 01/11/2019

DERECHO DE PROPIEDAD

ALCANCE

Esta Sala considera que el derecho a la propiedad invocado por el actor, en su acepción más común significa el derecho o la facultad de uso, goce y disposición de un bien dentro de los límites constitucionales y legales, es decir, se configura como el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por el que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley, siendo por tanto el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien."

LOS TRIBUTOS POR SU NATURALEZA Y FINALIDAD CONSTITUYEN UN LÍMITE AL DERECHO DE PROPIEDAD

"Los tributos por su naturaleza y finalidad constituyen un límite al derecho de propiedad, ya que en virtud de su aplicación, al configurarse los hechos generadores regulados en las normas tributarias, los administrados tienen el deber de contribuir con el pago de impuestos, tasas y contribuciones especiales, y de esa forma contribuir al gasto público. Asimismo, se regula la imposición de sanciones pecuniarias siempre y cuando se impongan por autoridad competente y conforme el procedimiento que establezca el CT, en respeto a los derechos y garantías del contribuyente infractor.

En el presente caso están siendo cuestionadas las sanciones de multas por infracciones a obligaciones formales reguladas en el CT de: [...]

El monto total de la multa fue ajustado por el TAIIA a ciento diecinueve mil treinta y tres dólares con cuarenta y tres centavos de dólar de los Estados Unidos de América ($119,033.43) - folio 660 del expediente administrativo -.[...]

Al respecto, es importante traer a cuenta lo regulado en el artículo 39 del Código Tributario, el cual establece "*Los contribuyentes están obligados al pago de los tributos y al cumplimiento de las obligaciones formales establecidas por este Código o por las Leyes tributarias respectivas, así como al pago de las multas e intereses a que haya lugar*". Asimismo, el artículo 85 de la misma normativa menciona que *"Son obligados formales los contribuyentes, responsables y demás sujetos que por disposición de la ley deban dar, hacer o no hacer algo encaminado a asegurar el cumplimiento de la obligación tributaria sustantiva o sea del pago del impuesto".*

Las referidas obligaciones formales tienen una finalidad específica, garantizar el efectivo control de la Administración Tributaria respecto de las operaciones que realiza el contribuyente. Por lo que, dichas obligaciones formales no son menos importantes que la obligación sustantiva de pago del contribuyente, pues estas obligaciones buscan dar transparencia en la realidad económica de la empresa y en las operaciones realizadas, para efectos de viabilizar el control por parte de la Administración Tributaria. De ahí que el legislador, en el régimen sancionatorio establece, las consecuencias jurídicas que tienen dichos incumplimientos por la trascendencia tributaria que tienen para efectos de cumplir con la actividad recaudadora y por tanto contribuyen al cumplimiento de un interés público.

Dichas sanciones tienen la finalidad de educar, concientizar y en todo caso corregir la conducta del contribuyente infractor. De ahí que al analizar las violaciones alegadas por la parte actora es necesario tomar en cuenta que dichas sanciones han sido impuestas como resultado del incumplimiento a las obligaciones formales que la demandante como contribuyente tiene y que, por el alcance de sus efectos en el cumplimiento o no de las obligaciones de pago, buscan que el infractor no vuelva a cometer dichas infracciones; pues, ante la comisión de una infracción que sea comprobada por la Administración mediante el procedimiento respectivo, corresponde una sanción.

De acuerdo a lo antes expuesto, se considera que el legislador al establecer las multas por incumplimientos a obligaciones formales lo que pretende es fomentar que los contribuyentes cumplan con las mismas y el pago del impuesto, ya que de lo contrario, no permite un adecuado control por parte de la Administración Tributaria, y el incumplimiento de dichas obligaciones puede ser trascendental, en la medida que el contribuyente reiteradamente practique este tipo de conductas."

LAS SANCIONES EN RELACIÓN A LAS OBLIGACIONES FORMALES CONTEMPLAN ATENUANTES EN CASO DE SUBSANAR DICHOS INCUMPLIMIENTOS, CON EL AFÁN DE RESPETAR LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LOS DERECHOS DEL CONTRIBUYENTE

"Sin embargo, las sanciones en relación a las obligaciones formales, contemplan incluso atenuantes en caso de subsanar dichos incumplimientos, con el afán de respetar las disposiciones constitucionales y los derechos del contribuyente, siendo el principal límite de la Administración Tributaria la misma ley, por principio de legalidad.

Del expediente administrativo se extrae que la Administración Tributaria para la imposición de las sanciones ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 260 del CT para la imposición de sanciones aisladas, respetándole los derechos y garantías del contribuyente, en las proporciones que la ley establece.

Se determinó que la Administración Tributaria aplicó las sanciones que correspondían junto con sus atenuantes. Si bien la cantidad total resultante de la imposición de las multas constituye un porcentaje sustancial del capital contable de la actora, este resultó de aplicar el porcentaje del *treinta por ciento* (30%) del

monto de la operación por cada documento de conformidad al artículo 239 literal b) del CT y el *cero punto uno por ciento*(0.1%) sobre el patrimonio o capital contable que figure en el balance general menos el superávit por revalúo de activos no realizado de conformidad al artículo 241 literal e) del CT, tomando en cuenta además que fueron varios los incumplimientos cometidos.

A partir de los razonamientos expuestos, no se vislumbra un perjuicio económico de carácter confiscatorio que afecte el patrimonio del contribuyente por el contrario dichas multas son consecuencia de incumplimientos a obligaciones formales que como contribuyente tenía y que no pueden dejar de sancionarse únicamente porque existe inconformidad del infractor debido a una disminución en su patrimonio. Además, se aplicaron las atenuantes respectivas, incluso el TAIIA modificó el monto de la multa impuesta con base al artículo 239 literal b) del CT referente a que se emitieron documentos obligatorios sin cumplir con uno o más de los requisitos o especificaciones formales exigidos por el CT, por lo que tal monto pasó de ciento treinta y cuatro mil quinientos siete dólares con setenta y nueve centavos de dólar de los Estados Unidos de América ($134,507.79) a ciento diecinueve mil treinta y tres dólares con cuarenta y tres centavos de dólar de los Estados Unidos de América ($119,033.43).

La proporción de cada multa en el presente caso, en ningún momento pretende ser confiscatoria o desproporcional, pues deviene de la aplicación de porcentajes estipulados en la ley; por tanto, en el presente caso se aplicó un porcentaje del treinta por ciento (30%) con base en las operaciones y el cero punto uno por ciento (0.1%) con base en el patrimonio, con la finalidad de evitar la conducta infractora del contribuyente.

Esta Sala advierte que las multas impuestas cumplen con los requisitos establecidos en el CT, las cuales guardan una relación razonable con la importancia del interés público que se trata salvaguardar, en relación a la capacidad contributiva del contribuyente.

Consecuentemente, al haber sido impuestas las sanciones de multa dentro de los límites legales de la Administración Tributaria y en virtud de la potestad sancionadora, después de haber seguido el procedimiento establecido para la imposición de las mismas, respetándole sus garantías y derechos constitucionales, este Tribunal considera que no se ha vulnerado el derecho de propiedad, ni los principios de proporcionalidad y de no confiscación.

Respecto a lo alegado por la parte actora en relación a que la Administración Tributaria no le ha determinado ningún impuesto complementario, lo que significa que ha dado cumplimiento tanto a las obligaciones formales y sustantivas y no ha actuado con dolo, esta Sala aclara, que la determinación complementaria de un impuesto, es independiente del cumplimiento de las obligaciones formales y por tanto, tal situación no tiene incidencia en las infracciones cometidas, pues el CT establece las obligaciones tanto sustantivas como formales que debe cumplir, para lo cual se establece que ante su incumplimiento existen consecuencias jurídicas que implican la imposición de sanciones como consecuencia por las infracciones que se cometan por el contribuyente.

De tal forma que se comprobó que la parte actora cometió las infracciones sin aportar ningún elemento que las desvirtuara, más bien subsanó los incum-

plimientos, haciéndolo acreedor del beneficio de las atenuantes reguladas en el artículo 262 del CT, y las cuales le fueron debidamente aplicadas."
Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 01-2012, fecha de la resolución: 25/02/2019

DEVOLUCIÓN DEL EXCEDENTE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

PROCEDIMIENTO ESPECIALÍSIMO QUE TIENE COMO FINALIDAD DETERMINAR SI PROCEDE O NO EL DERECHO A LA DEVOLUCIÓN

"**1.Sobre la violación al principio de legalidad y derecho de devolución, por errónea aplicación de los artículos 79, 104, 151, 175, 212 y 214 del Código Tributario y sobre la violación al principio de capacidad contributiva**

La parte demandante afirma que la DGII al emitir el acto administrativo impugnado ha violado el principio de capacidad contributiva al no resolver a su favor, pues considera que es un impuesto no debido al Estado, y al no ordenar la devolución correspondiente convirtió el excedente del impuesto pagado en un impuesto definitivo.

Esta Sala al analizar los alegatos de la parte demandante en este apartado, advierte que no se ha elaborado el fundamento concerniente a la violación al principio de capacidad contributiva, pues únicamente se han hecho argumentos relativos a la disconformidad con las resoluciones emitidas por la Administración Tributaria en la que por no haberse solicitado en tiempo se deniega la devolución del impuesto pagado en excedente, lo cual no tiene relación alguna con el principio de capacidad contributiva, en consecuencia, no se efectuará el análisis sobre la supuesta violación a dicho principio.

En cuanto a la violación del principio de legalidad y derecho de devolución, por errónea aplicación de los artículos 79, 104, 151, 175, 212 y 214 del Código Tributario se hacen las consideraciones siguientes: [...]

Este Tribunal al realizar el estudio del expediente administrativo ha verificado que la contribuyente presentó las declaraciones del impuesto sobre la renta de la forma siguiente:

La declaración de impuesto sobre la renta del ejercicio impositivo del año dos mil siete, fue presentada el día veintiocho de abril de dos mil ocho -folio 20 del expediente administrativo- teniendo un saldo a devolver por la cantidad de $472,434.63; la cual fue modificada el día veintiocho de mayo de dos mil ocho, -folio 21 del expediente administrativo- con un saldo a devolver por la cantidad de $457,054.91-;

La declaración de impuesto sobre la renta del ejercicio impositivo del año dos mil ocho, fue presentada el día veintinueve de abril de dos mil nueve -folio 22 del expediente administrativo-, teniendo un saldo a devolver por la cantidad de $3,782.12; la cual fue *modificada el día nueve de julio de dos mil catorce* -folio 23 del expediente administrativo-*,* con un saldo a devolver por la cantidad de $460,837.03;

La declaración de impuesto sobre la renta del ejercicio impositivo del año dos mil nueve, fue presentada el día veintiocho de abril de dos mil diez -folio 27

del expediente administrativo-, teniendo un saldo a devolver por la cantidad de $4,005.33; la cual fue *modificada el día nueve de julio de dos mil catorce* -folio 28 del expediente administrativo-*,* con un saldo a devolver por la cantidad de $461,060.24;

La declaración de impuesto sobre la renta del ejercicio impositivo del año dos mil diez, fue presentada el día catorce de abril de dos mil once -folio 32 del expediente administrativo-, teniendo un saldo a devolver por la cantidad de $4,086.69; la cual fue *modificada el día nueve de julio de dos mil catorce* -folio 33 del expediente administrativo-*,* con un saldo a devolver por la cantidad de $461,141.61;

La declaración de impuesto sobre la renta del ejercicio impositivo del año dos mil once, fue presentada el día once de febrero de dos mil doce -folio 37 del expediente administrativo-, teniendo un saldo a devolver por la cantidad de $4,140.34; la cual fue *modificada el día nueve de julio de dos mil catorce* -folio 38 del expediente administrativo-*,* con un saldo a devolver por la cantidad de $461,195.25;

La declaración de impuesto sobre la renta del ejercicio impositivo del año dos mil doce, fue presentada el día veintitrés de abril de dos mil trece -folio 40 del expediente administrativo-, teniendo un saldo a devolver por la cantidad de $4,055.90; la cual fue *modificada el día nueve de julio de dos mil catorce* -folio 41 del expediente administrativo-*,* con un saldo a devolver por la cantidad de $461,110.81;

La declaración de impuesto sobre la renta del ejercicio impositivo del año dos mil trece, fue presentada el día veintidós de abril de dos mil catorce -folio 43 del expediente administrativo-, teniendo un saldo a devolver por la cantidad de $4,055.99; la cual fue *modificada el día treinta y uno de julio de dos mil quince* -folio 44 del expediente administrativo-*,* con un saldo a devolver por la cantidad de $461,110.90;

La declaración de impuesto sobre la renta del ejercicio impositivo del año dos mil catorce, fue presentada el día catorce de abril de dos mil quince -folio 46 del expediente administrativo-, teniendo un saldo a devolver por la cantidad de $337.62; la cual fue *modificada el día diez de agosto de dos mil quince* -folio 47 del expediente administrativo-*,* con un saldo a devolver por la cantidad de $461,448.52;

De lo anterior se advierte que, aunque la contribuyente argumente que la devolución que ha solicitado a la Administración Tributaria es la correspondiente al ejercicio de dos mil catorce, es evidente que el saldo a devolver que se consigna en dicha declaración de renta por la cantidad de $461,448.52, *proviene en su mayoría del saldo a devolver del ejercicio de dos mil siete, presentado en la declaración de renta modificada el día veintiocho de mayo de dos mil ocho,* con un saldo a favor de $457,054.91.

Sin embargo, el error radica en que la contribuyente al realizar las declaraciones de renta de los ejercicios correspondientes a los años 2008, 2009, 2010 y 2011 no incluyó dicho saldo a favor, sino que lo hizo por medio de declaración modificatoria presentada hasta el día *nueve de julio de dos mil catorce,* lo cual de conformidad a los artículos 79 y 104 del CT, los sujetos pasivos que liquiden

en su declaración saldos a favor deben aplicarlo en la declaratoria del ejercicio o *período inmediatamente siguiente a su surgimiento* y referida al mismo tipo de impuesto; asimismo, prescriben que las declaraciones modificatorias en las que se aumente el saldo a favor, deberán efectuarse dentro de los dos años siguientes al vencimiento del plazo para declarar.

Por lo que, la contribuyente no cumplió con los requisitos establecidos en la ley para proceder a la devolución, pues no incluyó dentro de las declaraciones de renta de los ejercicios correspondientes a los años 2008, 2009, 2010 y 2011 el saldo a favor que correspondía al ejercicio 2007 -debiendo aplicarlo en la declaratoria del ejercicio inmediatamente siguiente a su surgimiento-, y tampoco presentó las modificaciones a dichas declaraciones dentro del plazo señalado en el artículo 104 del CT para tener por válidos dichos montos, haciéndolo hasta el día *nueve de julio de dos mil catorce,* fecha en la cual ya habían transcurrido más de dos años y por tanto caducado su derecho a efectuar la aplicación del saldo a su favor; y al haberse solicitado la devolución de los saldos a favor hasta el día quince de octubre de dos mil quince, es que de conformidad al artículo 213 del CT, también caducó su derecho de devolución.

Respecto al argumento de la parte actora que según lo establecido en el artículo 151 del Código Tributario, no existe límite para ejercer el derecho de acreditación en períodos anteriores o posteriores al liquidado, se hacen las consideraciones siguientes:

El artículo 151 del CT, se encuentra dentro del título III denominado "Deberes y obligaciones tributarias", capítulo II "Obligaciones de pago", Sección Segunda "Pago o anticipo a cuenta del impuesto sobre la renta", el cual en sus incisos 5° y 6° prescribe: *"(…) 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, éste podrá solicitar la devolución del excedente o podrá acreditarlo contra el pago de impuestos de renta pasados o futuros a opción de aquel.*

A este último efecto, el contribuyente podrá utilizar el remanente para acreditar en el siguiente ejercicio, el valor del anticipo correspondiente a cada mes hasta agotar el remanente. Si éste fuera menor que el anticipo mensual respectivo, habrá que pagar la diferencia, y si fuere mayor habrá un nuevo excedente que podrá ser utilizado en el mes siguiente y así sucesivamente hasta su agotamiento. Para los efectos de la devolución o acreditamiento aludidos, no será necesaria una fiscalización previa". (lo subrayado es nuestro)

La disposición citada regula lo relativo al "Pago o anticipo a cuenta del impuesto sobre la renta", estableciendo claramente que si al realizar las liquidaciones correspondientes resulta una diferencia a favor del contribuyente, éste podrá solicitar la devolución del excedente o podrá acreditarlo contra el pago de impuestos de renta pasados o futuros, y que además los contribuyentes podrán utilizar dicho remanente para acreditar en el siguiente ejercicio, hasta agotarlo; pero ello no significa que no exista restricción en que ejercicio se debe acreditar el derecho a favor determinado en declaraciones, ya que lo que establece el legislador es la acreditación del saldo a favor para los ejercicios subsiguientes hasta que se agote, pero dicha acreditación para ser válida debe ser realizada

conforme a las reglas establecidas en los artículos 79 y 104 del CT, es decir, aplicarse en las declaraciones del ejercicio inmediatamente siguiente a su surgimiento, y en caso de modificarse las liquidaciones de los impuestos que conlleven a un aumento de los saldos a favor, deberán realizarse dentro de los dos años siguientes al vencimiento del plazo para declarar, de acuerdo a las citadas disposiciones legales, lo cual no ocurrió en el presente caso por las razones expuestas en la presente sentencia, en conclusión, no procede el presente motivo de ilegalidad."

"Sobre la violación al derecho de audiencia y defensa.

La parte actora considera que se ha violado su derecho de audiencia y defensa, debido a que la DGII emitió resolución sin haberle notificado auto que ordenara la verificación y que se generara como resultado de ello un informe mediante el cual se cuantificaran los ingresos, costos y gastos que permitieran establecer la cuantía a su favor; y que tampoco se ordenó fiscalización encaminada a cuantificar y resolver sobre el derecho de devolución.

Al respecto, tanto la parte actora como la Administración Tributaria en relación con las facultades de verificación hacen alusión al artículo 175 del CT que dispone *"La caducidad a que se refiere este artículo no opera respecto de los agentes de retención y percepción que no han enterado las cantidades retenidas o percibidas ni para la imposición de sanciones a que hubiere lugar respecto de los actos ilícitos incurridos por ellos. Tampoco opera, cuando los contribuyentes invoquen o realicen actos en los que reclamen beneficios, deducciones, saldos a favor, remanentes de crédito fiscal o cualquier otro derecho, respecto de los períodos o ejercicios en los que éstos se originan, ni de aquellos posteriores a los que afecta (…)".*

Sin embargo, se advierte que, dicha disposición jurídica se encuentra dentro del capítulo denominado "Fiscalizaciones", el cual a su vez posee la sección primera que se denomina "Facultades de fiscalización y control", por lo que, el artículo citado aplica a la facultad fiscalizadora y sancionatoria de la Administración Tributaria, mientras que el ***presente caso se trata de una solicitud que ha realizado la contribuyente para obtener la devolución de renta.***

Por lo que, se aclara que la etapa de verificación, se diferencia del procedimiento de fiscalización, en el que, "*la primera se refiere a los actos y elementos consignados en la declaración tributaria, en tanto que la fiscalización afecta a los que no hayan sido objeto de la declaración o lo hayan sido de modo parcial "(*Kuri de Mendoza, Silvia Lizette y otros, Manual de Derecho Financiero, primera edición, 1993, pág. 361).

En relación a lo expuesto, esta Sala señala, que el procedimiento para solicitar la devolución se encuentra regulado en los artículos del 212 al 216, del capítulo V del CT, denominado "LA REPETICIÓN O DEVOLUCIÓN DE LOS IMPUESTOS", que disponen la forma de proceder en el caso de devolución tanto para la Administración Tributaria como para el contribuyente, cuando existan "*saldos a favor en sus declaraciones tributarias con derecho a devolución según las normas especiales o hubieren efectuado pagos por tributos o accesorios, anticipos, retenciones o percepciones indebidos o en exceso"* -art. 212 del CT-.

Es necesario advertir que dicho procedimiento es especialísimo y tiene como finalidad determinar si procede o no el derecho a la devolución.

De lo anterior se extrae que, la facultad de verificación que posee la Administración Tributaria, en el presente caso al tratarse de una solicitud de devolución de impuesto sobre la renta, la Administración no se encontraba en la obligación de ordenar una fiscalización encaminada a cuantificar y resolver sobre el derecho de devolución, sino más bien se encontraba en la obligación de realizar una verificación de conformidad al artículo 214 del CT, la cual posee un procedimiento diferente a la fiscalización.

En ese sentido, la Administración Tributaria para determinar la procedencia de la devolución primeramente debe verificar que la misma haya sido solicitada en el plazo legalmente establecido para ello -artículos 79, 212 y 213 del CT-, y una vez comprobado dicho requisito formal, debe proceder a efectuar las comprobaciones que considere necesarias a efecto de determinar la existencia y cuantía del saldo cuya devolución se solicita, así como requerir informe a la Dirección General de Tesorería de que las sumas cuya devolución se trata, han ingresado al Fondo General de la Nación -artículo 215 del CT-.

De dicho procedimiento se tuvo como resultado el informe de verificación anexado a folios 51 y 52 del expediente administrativo, el cual se relacionó en la resolución impugnada, y mediante el cual se hizo constar lo siguiente: "(…) *los contribuyentes para disminuir los valores a pagar o aumentar los saldos a favor, disponen de dos años, contados a partir del vencimiento del plazo para la presentación de la correspondiente declaración, por lo que en el presente caso la fecha límite para presentar la declaración del ejercicio impositivo de 2008 fue el día 30 de abril de 2009, por lo que el plazo para modificar dicha declaración disminuyendo el impuesto a pagar o aumentando el saldo a su favor venció el día 30 de abril de 2011; no obstante a lo anterior, la contribuyente social presentó la declaración modificatoria hasta el día 09 de julio de 2014, es decir fuera del plazo de los 2 años establecidos en el artículo 104 del Código Tributario. Por lo antes expuesto, se establece que el excedente trasladado en las declaraciones modificatorias de los ejercicios de 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, es improcedente, en vista que provienen de un saldo de una declaración modificatoria efectuada fuera del plazo legal".*

Por lo que, la DGII en el presente caso al realizar el procedimiento de verificación primeramente constató que la solicitud de devolución no fue realizada conforme a los requisitos establecidos en la ley, por tanto, la Administración Tributaria actuó conforme a derecho y no es procedente el presente motivo de ilegalidad."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 323-2016, fecha de la resolución: 04/02/2019

DIRECTIVO SINDICAL

PARA SER CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA UNA SUPRESIÓN DE PLAZA, SE REQUIERE, ENTRE OTROS REQUISITOS, LEVANTAR EL FUERO SINDICAL

"La parte actora señaló también la violación a la inamovilidad sindical, pues, el señor R, al momento en que se suprimió la plaza, era el secretario general del

Sindicato de Empleados y Empleadas Municipales de la Alcaldía Municipal de San Salvador (SEEMAS).

La Sala de lo Constitucional, tal como se ha manifestado anteriormente, sostiene, respecto de la supresión de una plaza, que: *«(…)previo a ordenar la supresión de un puesto de trabajo se requiere que la autoridad competente cumpla con las formalidades siguientes (…) (iv) levantar el fuero sindical, en aquellos supuestos de empleados aforados conforme al art. 47 inc. 6° de la Cn»* [sentencia de amparo de referencia 328-2013 y acum. de las once horas once minutos del ocho de julio de dos mil quince].

El artículo 47 inciso sexto de la Constitución establece que: *«(…) Los miembros de las directivas sindicales deberán ser salvadoreños por nacimiento y durante el período de su elección y mandato, y hasta después de transcurrido un año de haber cesado en sus funciones, no podrán ser despedidos, suspendidos disciplinariamente, trasladados o desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa calificada previamente por la autoridad competente»*. De igual manera, tal precepto normativo ha sido plasmado en el artículo 248 del Código de Trabajo.

Dicha regulación es un elemento excepcional a verificar en el derecho de estabilidad laboral de los empleados que tienen fuero sindical.

La Sala de lo Constitucional sostiene también que: *«(…) las características jurídico-constitucionales del derecho fundamental de libertad sindical, cabría apuntar las siguientes: 1º) Posee dos facetas: como libertad sindical individual se predica de los trabajadores y como libertad sindical colectiva se establece respecto de los sindicatos ya constituidos. 2º) Se concreta en una libertad positiva -para constituir un sindicato (libertad de constitución) y para afiliarse a uno ya constituido (libertad de afiliación)-, y en una libertad negativa -como libertad para no sindicarse o para abandonar el sindicato al que estuviese afiliado-. 3º) La libertad sindical colectiva, por su parte, se concreta en una serie de facultades específicas tales como la libertad de reglamentación, la libertad de representación, la libertad de gestión, la libertad de disolución y la libertad de federación. 4º) Finalmente, la libertad sindical, como derecho fundamental exige algo más que su simple reconocimiento jurídico, puesto que debe ser garantizado frente a todos aquellos sujetos que pudieran atentar contra ella (el Estado, los empresarios u organizaciones empresariales o el propio sindicato). Respecto a esta última característica, cuando el posible agraviante es el empleador o las organizaciones patronales, el denominado Fuero Sindical se constituye como el conjunto de medidas que protegen al dirigente contra cualquier perjuicio que pueda sufrir por el ejercicio de su actividad sindical (…) El fuero sindical constituye presupuesto de la libertad sindical, ya que de no existir aquél, esta libertad sería una mera declaración sin posibilidad de ejecutarse realmente, por lo que ambas categorías configuran pilares interrelacionados que se requieren de modo recíproco: el fuero sindical es el derecho protector y la libertad sindical es el derecho protegido. El fuero sindical no es una simple garantía contra el despido, sino contra todo acto atentatorio de la libertad sindical (verbigracia, desmejora en las condiciones de trabajo, traslado a otro establecimiento de la misma empresa sin causa justifica-*

da etc.). Es decir, si bien el despido se erige como la sanción de consecuencias más graves, no es la única. Ahora bien, respecto de esta garantía, la jurisprudencia constitucional -específicamente la inconstitucionalidad 26/99- acotó que en el caso de los directivos sindicales, su estabilidad laboral opera únicamente cuando no existe justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, que haya sido calificada previamente por la autoridad competente. Es decir, que cuando el trabajador, en estas circunstancias, incurre en una causal de terminación del contrato sin responsabilidad para el patrono y la misma es declarada por la autoridad competente, el patrono está facultado para despedirlo, aun cuando se encuentre fungiendo como directivo sindical o no haya transcurrido un año de haber cesado en sus funciones como tal. Ahora bien, si el directivo sindical no ha incurrido en ninguna de las causales a las que se ha hecho referencia y se le separa del cargo, el despido no surte efectos constitucionales y legales» [sentencia de referencia 468-2005, de las nueve horas veintinueve minutos del dieciocho de abril de dos mil siete].

Cabe mencionar que el artículo 464 del Código de Trabajo regula que: *«Cuando un directivo sindical o una mujer que se halle en la situación prevista por el Art. 113, demandare pago de salarios no devengados por causa imputable al patrono, siendo dicha causa un despido de hecho o en su caso, un despido con juicio previo, comprobados que hayan sido los extremos de la demanda, el juez condenará a que se paguen dichos salarios durante todo el tiempo que, según la ley, se mantuvieron vigentes el contrato y la garantía especial de estabilidad que protege al trabajador, determinándose que el pago ha de ser en la cuantía, lugar, tiempo y forma en que se hubiere venido haciendo; todo como si el trabajador continuare al servicio del patrono. En estos casos el incumplimiento de cualquiera de los pagos de salarios en que el patrono incurriere, dará lugar a que el trabajador pueda pedir la ejecución de la sentencia»*.

En el presente caso, a folio 10 del expediente judicial consta una copia de la certificación emitida por el Departamento Nacional de Organizaciones Sociales de la Dirección General de Trabajo, en la que aparece que el señor JAR era el secretario general delSindicato de Empleados y Empleadas Municipales de la Alcaldía Municipal de San Salvador (SEEMAS); y que las funciones de la junta directiva iniciaron el 21 de mayo de 2015 y finalizarían el 20 de mayo de 2016.

Según las normas mencionadas, el señor R no podía ser despedido sin justa causa durante su período y hasta un año después de terminado; es decir, de acuerdo con el documento agregado, hasta en mayo de dos mil diecisiete.

Ahora bien, en este caso se está en presencia, formalmente, de una supresión de plaza no de un acto de despido. Ya la Sala de lo Constitucional, en la jurisprudencia citada, señaló que, para ser constitucionalmente válida una supresión de plaza, se requiere, entre otros requisitos, levantar el fuero sindical; hecho que no consta en el acto impugnado. De ahí que, también en este punto, el acto en cuestión es ilegal."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 302-2015, fecha de la resolución: 16/08/2019

ELECCIÓN DEL DECANO Y VICEDECANO DE LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

NORMATIVA APLICABLE AL PROCESO DE ELECCIÓN

"1.3) El demandante señaló que los actos administrativos impugnados carecen de motivación; sin embargo, en la exposición razonada de los hechos, básicamente, alegó que se configuró una supuesta nulidad relativa en el proceso de elección de candidatos a decanos y vicedecanos de la Facultad Multidisciplinaria Paracentral de la Universidad de El Salvador llevado por el Comité.

En ese sentido, sobre la base del principio *iura novit curia*, esta Sala efectuará el examen de legalidad de los actos impugnados, conforme al supuesto vicio de nulidad relativa que no fue declarado por la autoridad competente.

Para resolver el presente caso, es necesario verificar la normativa aplicable que rige a la Universidad de El Salvador respecto a los procesos de elección de decanos y vicedecanos. El artículo 54 del reglamento electoral establece: «*Las irregularidades en los procesos electorales no contempladas en el artículo anterior serán nulidades relativas (…)*»

El citado artículo señala que son supuestos de nulidad relativa cualquier irregularidad detectada en el proceso de elección, siempre que no se encuentre contemplada en el artículo 53, que hace referencia a las causas de nulidad absoluta.

Así las cosas, la parte actora alega que el procedimiento llevado por el Comité contiene un vicio de nulidad relativa, acotado en dos irregularidades, la primera, porque no comparecieron los miembros de la Asamblea como observadores; la segunda, porque no se cumplió la calendarización y publicidad del proceso de elección. Señala que el Comité estaba obligado a observar el artículo 22 del reglamento electoral, que regula: «*El Comité Electoral Profesional No Docente tendrá las atribuciones y deberes siguientes: (…) l) Elaborar y hacer pública la programación del proceso electoral de que se trate (…) El día en que se celebren las elecciones, la Junta Directiva de la AGU deberá enviar observadores, a fin de garantizar la legalidad del proceso*».

Es procedente examinar el expediente administrativo relacionado con el presente caso, el cual consta de una sola pieza con 86 folios, en el que se dejó constancia del proceso de elección de decano y vicedecano de la Facultad Multidisciplinaria Paracentral de la Universidad de El Salvador, período 2011-2015, llevado a cabo por el personal académico, el sector estudiantil y el sector profesional no docente. [...]

Es necesario aclarar que en el proceso de elección de decanos y vicedecanos de la Universidad de El Salvador, la Asamblea General Universitaria, de conformidad con el artículo 19 letra e) de la ley orgánica, tiene competencia para efectuar los nombramientos de los referidos funcionarios de las propuestas presentadas por las asambleas del personal académico, de las asociaciones de profesionales no docentes y de los estudiantes.

Ahora, corresponde examinar el procedimiento llevado por el Comité, debido a que el demandante argumenta que se configuró una nulidad relativa y que la Asamblea omitió declarar.

En ese sentido, consta a folio 12 del expediente administrativo el acta del Comité en la cual quedó electa la licenciada AMCU como precandidata a vicedecano de la Facultad Multidisciplinaria Paracentral de la Universidad de El Salvador. Este acto administrativo ha sido impugnado por el demandante, alegando que no hubo publicidad en el procedimiento de elección y que no se designaron observadores para verificarlo.

La licenciada CU, según lo expuesto por la parte actora en folios 6 de la demanda, fue electa por la Asamblea General Universitaria de la Universidad de El Salvador, como vicedecano de la Facultad Multidisciplinaria Paracentral de la referida institución. [...]

El demandante alegó que este procedimiento contiene un vicio de nulidad relativa, primero, porque no se cumplió el artículo 22 del reglamento electoral, específicamente la letra l) y el inciso final de la citada norma.

En el expediente administrativo no consta que el Comité haya elaborado y hecho del conocimiento público el proceso para la elección de candidatos a decanos y vicedecanos de la Facultad Multidisciplinaria Paracentral de la Universidad de El Salvador; dicha programación tiene la finalidad de convocar a los aspirantes que reúnan los requisitos de ley para que puedan participar en el mismo."

EL ACTO ORIGINARIO IMPUGNADO ADOLECE DE UN VICIO DE NULIDAD RELATIVA

"Al no haber efectuado la publicidad del proceso de elección de los candidatos a decanos y vicedecanos, obligación establecida en el artículo 22 letra l) del reglamento electoral, el Comité cometió un vicio de nulidad relativa que debió ser declarado por la Asamblea General Universitaria con base en el artículo 54. El vicio en cuestión, según esta última norma, no podía ser subsanado ya que la irregularidad que conlleva fue de tal gravedad que incidió sustancialmente en los resultados de la elección. Lo anterior por el hecho que al señor TAJM se le vedó la oportunidad de concursar junto con la licenciada AMCU, en igualdad de condiciones.

Además, se advierte que el Comité, al momento de ratificar a los candidatos a decano y vicedecano de la Facultad Multidisciplinaria Paracentral de la Universidad de El Salvador, hizo comparecer al ingeniero Carlos Armando Villalta, presidente de la Asamblea General Universitaria, como delegado verificador del proceso; sin embargo, dicho señor no firmó el acta para dejar constancia de su presencia. De ahí que también se incumplió el mandato del inciso final del artículo 22 del reglamento electoral.

En este último punto, es importante recalcar que la Junta Directiva de la Asamblea debe enviar observadores el día que el Comité celebre elecciones, para garantizar la legalidad del proceso, así lo exige la última norma citada, por lo que al no haberse cumplido, el acto originario impugnado adolece de un vicio de nulidad relativa, que también debió haber sido declarado por la Asamblea.

Por las anteriores razones, la actuación impugnada adolece de los vicios de ilegalidad señalados por el demandante.

Finalmente, es preciso señalar que en un proceso de elección llevado por el Comité no están obligados a llegar como observadores representantes del

Fiscal General ni de la Defensoría de los Derechos de los Miembros, ambos de la Universidad de El Salvador. Esto se aclara porque el demandante considera necesaria la presencia de tales personeros."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 172-2012, fecha de la resolución: 25/06/2019

EMPLEADOS CONSULARES

MIEMBROS DEL SERVICIO EXTERIOR EXCLUIDOS DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, POR LA NATURALEZA DE SUS FUNCIONES

La autoridad demandada sostuvo que, de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Servicio Civil, los miembros del servicio exterior no están comprendidos en la carrera administrativa, por la naturaleza de sus funciones y como consecuencia, a dichos empleados, se les debe aplicar la Ley Orgánica del Servicio Consular de la República de El Salvador.

El inciso 3° del artículo 2 de la Ley de Servicio Civil señalado excluye de la carrera administrativa, por la naturaleza de sus funciones, a los *miembros del servicio exterior*, sin que de la redacción del texto se pueda entender claramente si incluye a los funcionarios y empleados administrativos.

En el proceso de amparo marcado con referencia 101-2009, en la sentencia de las diez horas cuarenta y siete minutos del dieciséis de marzo de dos mil once, la Sala de lo Constitucional interpretó los regímenes disciplinarios para los miembros del servicio exterior, iniciando con la interpretación del artículo 311 de la Ley Orgánica del Servicio Consular de la República de El Salvador, señalando lo siguiente: «*De la referida disposición, se advierte que tales sanciones son aplicables a los funcionarios consulares, a quienes la Convención sobre Relaciones Consulares los define como: "toda persona, incluido el jefe de la oficina consular, encargada del ejercicio de las funciones consulares", y cuyas funciones, entre otras, consisten en: "comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor"; "fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas entre el Estado que envía y el Estado receptor, y promover además las relaciones amistosas entre los mismos, de conformidad con la presente Convención"*». [...]"

LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO CONSULAR DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, CONFERIDA AL MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES, ES PARA SANCIONAR A LOS *FUNCIONARIOS CONSULARES*, NO ASÍ A LOS *EMPLEADOS CONSULARES*

"De acuerdo con la anterior jurisprudencia, se colige que la potestad sancionatoria del artículo 311 de la Ley Orgánica del Servicio Consular de la República de El Salvador, conferida al ministro de relaciones exteriores es para sancionar

a los *funcionarios consulares*, no así a los *empleados consulares*, dentro del que se encuentra el cargo de asistente administrativo, que tenía el señor JCAV al momento de su despido.

Según el criterio de la Sala de lo Constitucional sentado en la jurisprudencia citada *supra*, respecto del procedimiento de destitución aplicable, en el caso que analizó «*(…) se comprobó por medio de la certificación del expediente laboral del peticionario, que éste, como asistente administrativo, estaba vinculado con el referido Ministerio por medio de una relación laboral bajo el Régimen de Ley de Salarios, siendo aplicable el procedimiento de destitución establecido en la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos (sic) en la Carrera Administrativa, la cual regula el procedimiento que habrá de seguirse en caso de destitución*».

Quedó establecido en la jurisprudencia constitucional citada, que el procedimiento de destitución aplicable a los empleados administrativos del ministerio de relaciones exteriores, que tengan vínculo laboral bajo el régimen de Ley de Salarios, es el establecido en la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa.

En el caso en estudio, el demandante agregó una copia certificada del acuerdo N° ***, del tres de enero de dos mil doce (folio 10), en el cual se ratificó su nombramiento, como empleado del ministerio de relaciones exteriores; en dicho documento, consta que el señor JCAV, al momento de la emisión del acto impugnado, tenía la plaza de asistente administrativo, y del cual se colige que estaba vinculado, con dicho ministerio, bajo el régimen de Ley de Salarios.

En consecuencia, se concluye que debido al tipo de plaza, asistente administrativo, que tenía el señor JCAV dentro del ministerio de relaciones exteriores y sobre todo que estaba vinculada bajo el régimen de Ley de Salarios, *el procedimiento legalmente* establecido para la imposición de cualquier tipo de sanción era el señalado en la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia para los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa.

3) Examen del acto impugnado con relación a los vicios de nulidad de pleno derecho atribuidos.

No existe controversia entre las partes en lo concerniente a que el acto administrativo impugnado fue emitido previo un procedimiento llevado por el ministro de relaciones exteriores, quien aplicó directamente la Constitución debido a que la Ley Orgánica del Servicio Consular de la República de El Salvador no establece procedimiento alguno para sancionar a los funcionarios del servicio exterior, sólo la potestad sancionatoria conferida en el artículo 311 de la referida ley."

PROCEDIMIENTO PARA LA DESTITUCIÓN DE ASISTENTE ADMINISTRATIVO

"Asimismo, no existe contradicción en cuanto a que el señor JCAV, al momento de su despido, tenía el cargo de asistente administrativo; sino más bien fue la controversia inició por el régimen disciplinario que debe ser aplicable a este tipo de miembros del ministerio de relaciones exteriores.

Sin embargo, según se ha dicho, y la jurisprudencia constitucional se tiene claridad que, de conformidad con la Convención sobre Relaciones Consulares,

la plaza del demandante es un cargo que desarrolla funciones de colaboración en las gestiones propias de la oficina consular; además, por estar vinculado bajo el régimen de Ley de Salarios, el procedimiento para su destitución, es el establecido en la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa.

Según la ley antes mencionada, el procedimiento para la destitución debe seguirse ante el Juez de Primera Instancia que conozca en materia Civil, artículo 4 letra a) de la referida ley. Asimismo, esta ley establece que el procedimiento a seguir es el siguiente: 1) la autoridad o funcionario superior comunicará por escrito en original y copia a la autoridad judicial señalada del domicilio donde el demandado desempeñe el cargo; 2) expresar las razones legales que tiene para su despido o destitución, así como establecer los hechos y proponer la prueba; 3) se le dará traslado al demandado por tres días, sino contesta se tendrán por ciertos los hechos, y en caso de oponerse, se abrirá a prueba por cuatro días, de ser necesario, en caso contrario se pronunciará la «*sentencia*» respectiva, sin más trámite ni diligencia."

PROCEDE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE PLENO DERECHO, ANTE LA OMISIÓN DEL PROCEDIMIENTO LEGAL ESTABLECIDO PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN A EMPLEADOS CONSULARES

"Siguiendo ese orden de ideas, se concluye que el ministro de relaciones exteriores no era el funcionario materialmente competente para emitir el acto de remoción; en consecuencia, la resolución MRREE/DGAJ/76/2012, de las quince horas del quince de octubre de dos mil doce, mediante la cual se removió al señor JCAV como asistente administrativo en la representación consular de El Salvador en Comitán de Domínguez, Chiapas, México, es un acto que adolece del vicio de nulidad absoluta o de pleno derecho por haberlo emitido un funcionario incompetente en razón de la materia.

Por los argumentos expuestos, quedó evidenciado que el acto administrativo impugnado es nulo de pleno derecho, en el sentido que el procedimiento para la imposición de una sanción para los *empleados consulares*, dentro de los que se encuentra el asistente administrativo, es el establecido en la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa, norma que otorga la potestad sancionadora al Juez de Primera Instancia con competencia en materia Civil correspondiente."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 72-2013, fecha de la resolución: 14/01/2019

EMPLEADOS DE CONFIANZA

CARACTERÍSTICA DE LOS CARGOS DE CONFIANZA

"b. En este punto es importante señalar que no ha sido presentado algún medio de prueba que permita a esta Sala ilustrarse sobre las labores, funciones

y ubicación jerárquica del cargo de *jurídico* en la municipalidad de Usulután. En ese sentido, únicamente se cuenta con los argumentos que tanto el demandante como el Concejo Municipal de Usulután han expuesto sobre las actividades laborales asignadas a dicho cargo.

Se ha expuesto que el señor RDPS laboró para el Municipio de Usulután desde el uno de mayo de dos mil seis hasta el ocho de octubre de dos mil nueve, desempeñando el cargo de *jurídico* del Departamento de Fiscalización, que sus labores consistían, según el demandante, en dar asistencia jurídica a los diferentes departamentos de la municipalidad, tales como Ingeniería, Catastro, Empresas, Cuentas Corrientes, Recuperación de Mora, entre otros.

De lo anterior, se colige que ambas partes coinciden en que las actividades del cargo que ocupaba el demandante consistían en dar asistencia jurídica a los diferentes departamentos de la municipalidad; adicionalmente, el Concejo Municipal refiere que además, actuaba como apoderado general judicial del mismo y del Municipio de Usulután. De lo anterior, resulta importante resaltar si las actividades señaladas en el puesto de *jurídico* cumplen las características de un cargo de confianza, conforme a la jurisprudencia antes citada.

c. Así, la primera característica de los cargos de confianza es relativa a: «*(i) que el cargo sea de alto nivel, en el sentido de que es determinante para la conducción de la institución respectiva, lo que puede establecerse analizando la naturaleza de las funciones desempeñadas -más políticas que técnicas- y la ubicación jerárquica en la organización interna de la institución -en el nivel superior-»*.

Esta característica denota que la función de que se trata es *"determinante para la conducción de la institución"* prevaleciendo la función política sobre la técnica. Al tomar en consideración esta premisa y las funciones del actor, descritas por él y por el concejo demandado, el hecho de "*dar asistencia jurídica*" es una actividad genérica que lleva inmersa la posibilidad de intervenir como apoderado judicial, tales labores son de carácter técnico e inherentes al desempeño del cargo en sí. No es posible advertir alguna función laboral de naturaleza política; es decir, que sea determinante para la conducción del municipio, para este cargo.

Como segundo aspecto de la primera característica señalada, se debe analizar la ubicación jerárquica en la organización interna de la institución. Con relación a ello, debe tenerse en cuenta que no fueron aportados elementos de prueba por medio de los cuales pudiera comprobarse la ubicación en el organigrama municipal del cargo de *jurídico*. Solamente, a folios 45 al 47, se encuentra el acuerdo municipal de nombramiento por ley de salario y ahí aparece que el demandante está comprendido en el Departamento de Fiscalización.

La segunda característica está referida a: "(*ii) que el cargo implique un grado mínimo de subordinación al titular de la institución, en el sentido de que el funcionario o empleado posee un amplio margen de libertad para la adopción de decisiones en la esfera de sus competencias"*.

Con relación a este requisito, de la mera denominación del cargo de *jurídico* no se advierte que posea un amplio margen de libertad para tomar decisiones, sino que está vinculado por la asesoría legal que, eventualmente, esté obligado

a brindar a las distintas dependencias municipales o, en su caso, por la procuración que ejerza la que está limitada por el mandato conferido.

Finalmente, como tercera característica, corresponde verificar: "*(iii) que el cargo implique un vínculo directo con el titular de la institución, lo que se infiere de la confianza personal que dicho titular deposita en el funcionario o empleado respectivo o de los servicios que éstos le prestan directamente al primero*".

La confianza personal es aquella que el titular municipal deposita directamente en un empleado quien se encuentra circunscrito a los servicios que directamente le presta; en virtud de ello, las tareas, labores y actividades diarias responden a la designación según la necesidad del funcionario. Prácticamente un empleado de confianza personal está a disposición única y exclusiva del titular para efectos de responderle directamente según sea la actividad que le asigne.

En el caso analizado, la función de defender los intereses del municipio o de brindar asistencia jurídica a los departamentos que integran la municipalidad constituye una actividad general, técnica y propia del cargo en sí, la cual puede ser desempeñada por un procurador habilitado para ejercer la profesión de abogacía o de asesor jurídico, no es una actividad que necesariamente conlleve un vínculo directo con el titular o que el empleado esté única y exclusiva al servicio de aquél. Es así que no concurre algún elemento de confianza personal con la máxima autoridad."

LAS FUNCIONES DEL JURÍDICO SON ACTIVIDADES GENERALES, TÉCNICAS Y OPERATIVAS INHERENTES AL CARGO, NO TIENE AMPLIO MARGEN DE TOMA DE DECISIONES

"d. Así, es posible afirmar que las funciones de *jurídico* en el Municipio de Usulután son actividades generales, técnicas y operativas inherentes al cargo en sí; que no tiene un amplio margen en la toma de decisiones porque sus actividades laborales están dirigidas a dar asistencia jurídica y, eventualmente, representar los intereses del municipio. En el ejercicio del cargo se responde a las directrices de un superior jerárquico que determina las funciones y límites del mandato y no, directa y necesariamente al titular de la Municipalidad. A partir de ahí, se concluye que el señor RDPS no era un empleado de confianza, por ende, está incluido en la carrera administrativa municipal.

2. Establecido lo anterior, debe tenerse en cuenta que el artículo 59 número 1 de la LCAM dispone que los funcionarios o empleados de la carrera municipal gozan de estabilidad en el cargo; en consecuencia, no pueden ser destituidos, suspendidos, permutados, trasladados o rebajados de categoría sino en los casos y con los requisitos que establece la ley. Siendo importante tomar en cuenta que, previo a cualquier decisión tomada por las autoridades municipales relativas a separar del cargo a un empleado municipal, debe cumplirse el procedimiento que estipula el artículo 71 para la imposición de la sanción de despido, en caso de concurrir alguna de las causales establecidas en el artículo 68 de la LCAM.

Por tanto, deberá procederse a analizar si, en el caso de autos, existió vulneración al debido proceso por parte de las autoridades demandadas; es decir, Concejo Municipal, Juzgado de lo Civil de Usulután y Cámara de la Segunda Sección de Oriente. **[...]**

La decisión del Concejo Municipal de Usulután, contenida en la nota anteriormente relacionada, relativa a prescindir de los servicios laborales prestados por el señor RDPS como *jurídico*, debido a que su nombramiento fue efectuado por el Concejo Municipal anterior y no gozar de entera confianza, permite concluir a esta Sala que la decisión tomada en el acto impugnado constituye un despido en perjuicio del trabajador; además, que el mismo, fue acordado sin seguir el procedimiento regulado en el artículo 71 de la LCAM, que establece: *«Para la imposición de la sanción de despido se observará el procedimiento siguiente: 1. El Concejo, el Alcalde o la Máxima Autoridad Administrativa comunicará por escrito en original y copia al correspondiente Juez de lo Laboral o Jueces con competencia en esa materia del municipio de que se trate, su decisión de despedir al funcionario o empleado, expresando las razones legales que tuviere para ello, los hechos en que la funda y ofreciendo la prueba de éstos (…)»*

En razón del acuerdo anterior, le asistía al trabajador el derecho conferido en el artículo 75 de la LCAM, de iniciar las diligencias de nulidad de despido ante el juez de lo laboral o juez con competencia en esa materia del municipio de que se trate.

Así las cosas, se concluye que se está en presencia de un despido ilegal."

LOS ACTOS EMITIDOS DEVIENEN EN ILEGALES POR VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO, AL NO HABERLE DADO EL TRÁMITE CORRESPONDIENTE A LA DEMANDA DE NULIDAD DE DESPIDO

"b. Por otra parte, el día veintiocho de octubre de dos mil nueve el Juzgado de lo Civil de Usulután recibió un escrito de demanda con el que dio inicio a las diligencias de nulidad de despido interpuestas por el señor PS, con número de referencia: *186-NDL-788/09-R3*. Dicho juzgado dictó el auto de las ocho horas treinta minutos del tres de noviembre de dos mil nueve, mediante el cual admitió la demanda y concedió una audiencia al Concejo Municipal de Usulután (folio 9 del expediente 186-NDL-788/09-R3).

El Concejo Municipal de Usulután contestó la demanda en sentido negativo (folios 11 al 16 del expediente 186-NDL-788/09-R3). En el mismo escrito, pidió la revocatoria del auto de admisión y alegó la improponibilidad de la demanda, argumentando que el trabajador desempeñaba un cargo de confianza y, por tanto, no le era aplicable el procedimiento de nulidad de despido regulado en la LCAM por estar excluido de la misma.

Ante tal petición, el Juzgado de lo Civil de Usulután, sin más trámite, dictó la resolución de las quince horas con treinta minutos del trece de enero de dos mil diez, mediante la cual revocó el auto de admisión de la demanda y declaró improponible la misma. Basó su decisión en el siguiente análisis: *[...]*

La decisión del juzgado fue impugnada mediante el recurso de revocatoria y, posteriormente, con el de revisión ante la Cámara de la Segunda Sección de Oriente, quien, en el expediente marcado como *6/2010*, emitió la resolución, que consta a folios del 6 al 9, -que constituye el tercer acto impugnado-, a las doce horas cinco minutos del diecinueve de febrero de dos mil diez, en la cual confirmó la decisión recurrida, bajo los siguientes términos: [...]

De la resolución emitida por el Juzgado de lo Civil de Usulután se puede determinar que, al momento de calificar las labores desempeñadas por el señor PS, se trataba de un puesto de confianza, específicamente de confianza personal, debido a que, como asesor jurídico, era *«(…) responsable y administrador o jefe del departamento jurídico(…)»* (folio 27 vuelto del expediente con referencia 186-NDL-788/09-R3).

Por su parte, la Cámara de la Segunda Sección de Oriente consideró que el cargo de *jurídico* del demandante *«(…) se puede considerar que es un nombramiento que requiere de alto grado de confianza y de fidelidad personal, pues sus funciones a realizar, tales como dar asistencia jurídica a los diferentes departamentos de municipalidad tales como Ingeniería, Catastro Empresas, Cuentas Corrientes, Recuperación de Mora y otros, se estiman que solo las puede desarrollar una persona en quien se haya depositad la confianza requerida (…)»* (folios 8 vuelto y 9 frente del expediente con referencia 6/2010).

Ahora bien, retomando el concepto elaborado por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, que ha sido desarrollado en el número 1 del presente apartado de esta sentencia, relativo a los cargos de confianza, se advierte que los referidos tribunales únicamente tomaron en cuenta el último de los requisitos que integran el concepto de cargos de confianza, relativo a la confianza personal, que está delimitado de la siguiente forma: «*(…) son aquellos desempeñados por funcionarios o empleados públicos cuyo cargo: (iii) implique un vínculo directo con el titular de la institución, lo que se infiere de la confianza personal que dicho titular deposita en el funcionario o empleado respectivo o de los servicios que éstos le prestan directamente al primero»*.

Como ya se dijo, la confianza personal es aquella que el titular municipal deposita directamente en un empleado quien se encuentra circunscrito a los servicios que directamente le presta; en virtud de ello, las tareas, labores y actividades diarias responden a la designación según la necesidad del funcionario. En la práctica un empleado de confianza personal está a disposición única y exclusiva del titular que lo nombra para efectos de responderle directamente por cada actividad que le asigne.

En el caso analizado, la función de defender los intereses del municipio a través de brindar asistencia jurídica a los departamentos que integran la municipalidad o procurar en nombre de ésta, constituye una actividad general, técnica y propia del cargo en sí, la cual puede ser desempeñada por aquel procurador habilitado para brindar asesoría jurídica; no se trata, pues, de una actividad única y exclusiva al servicio del titular; por ello, no se advierte algún elemento de confianza personal con la máxima autoridad.

En razón de lo señalado, los actos emitidos tanto por el Juzgado de lo Civil de Usulután como por la Cámara de la Segunda Sección Oriente también devienen en ilegales por violación al debido proceso, al no haberle dado el trámite correspondiente a la demanda de nulidad de despido promovida por el señor RDPS, conforme con lo establecido en el artículo 75 de la LCAM.

A partir de lo anterior, es posible afirmar que, en el caso analizado, las autoridades demandadas, con el respectivo acto que emitieron, violentaron el debido proceso, por estar frente a un despido que no siguió el procedimiento establecido

en el artículo 71 de la LCAM para dar por terminada la relación laboral del señor RDPS con la referida municipalidad. Por tal razón, los actos impugnados devienen en ilegales y así ha de declararse en el fallo de esta sentencia.

Advertida la ilegalidad de las actuaciones impugnadas, por el motivo señalado, resulta inoficioso examinar los restantes motivos de ilegalidad alegados por la parte demandante relativos a la vulneración de su derecho de audiencia y defensa, la seguridad jurídica y la estabilidad laboral, así como la violación a su derecho de no ser discriminado por motivos de carácter político, a ser evaluado en el desempeño de su cargo y a ser protegido de manera proporcional y racional ante la limitación de sus derechos; ya que en nada modificaría la conclusión abordada."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 223-2010, fecha de la resolución: 21/08/2019

ESQUELAS DE INFRACCIÓN

CONSTITUYE UN DOCUMENTO CON VALOR PROBATORIO

"c. En este punto resulta importante señalar que las "esquelas de infracción" a la base del presente proceso contienen la relación del hecho que sustenta la violación al ordenamiento jurídico atribuida a la parte demandante.

La verificación de tales hechos fue realizada de manera directa por un agente de la División de Tránsito Terrestre de la Policía Nacional Civil.

Los agentes adscritos a la mencionada división administrativa poseen como función, entre otras, "*Garantizar el cumplimiento de las leyes, reglamentos, ordenanzas y demás disposiciones legales (…)*"(artículo 4 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil), además, "*(…)en cuanto al ejercicio de sus funciones, tendrán para todos los efectos legales, la consideración de agentes de autoridad*" (artículo 18 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil).

Dicho lo anterior, la verificación fáctica realizada por los agentes de la División de Tránsito Terrestre de la Policía Nacional Civil goza de presunción de veracidad, misma que solamente puede ser destruida mediante una prueba fehaciente, de parte del administrado, acerca de la ausencia de su responsabilidad.

Así las cosas, una "esquela de infracción", dado su contenido, la autoridad administrativa que la emite, la función pública ejercida para emitirla y la presunción de veracidad de la constatación fáctica relacionada en la misma, constituye un documento con valor probatorio, mientras no se demuestre lo contrario.

Ahora, el artículo 121 de la de la LTTTSV señala "*En lo no previsto por la presente Ley, se aplicarán las normas del derecho común, en tanto no contraríen el espíritu de la misma*".

La anterior norma permite tener en consideración, a efecto de calificar la naturaleza probatoria de las "esquelas de infracción", el artículo 260 ordinal 1º del Código de Procedimientos Civiles (aplicable a la fecha de los hechos de la controversia en el presente caso), que señala: "*Hacen plena prueba, salvo los casos expresamente exceptuados, los instrumentos auténticos. Se entienden por tales:*

1º Los expedidos por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones (…)"

Conforme con las normas precisadas, resulta evidente que las "esquelas de infracción" a las que se refiere la parte actora, si bien según el artículo 119 de la LTTTSV tienen el "*carácter de actos de notificación y emplazamiento*", dicho calificativo no excluye su naturaleza de medios de prueba legalmente establecidos y, por ende, el valor probatorio que pueden proporcionar en cada caso.

Conforme con tal conclusión, es acertado el análisis probatorio hecho por la Jefa de la Unidad de Procedimientos Legales de Transito, Transporte y Carga del Viceministerio de Transporte, en las letras "K" y "L" de cada una de las resoluciones que emitió: [...]

Ciertamente, las resoluciones emitidas por la autoridad mencionada tienen a su base la valoración de los hechos y circunstancias constatadas *in situ* por los agentes de la División de Tránsito Terrestre de la Policía Nacional Civil respectivos.

En este punto, esta Sala considera necesario precisar que la sociedad actora no ha desvirtuado la presunción de veracidad que ostentan las "esquelas de infracción" impuestas por los mencionados agentes. Por el contrario, la demandante se ha dedicado únicamente a objetar su valor probatorio.

Ahora, analizadas que han sido las actuaciones del caso, se advierte la inexistencia, en los expedientes administrativos y en el expediente judicial, de algún elemento probatorio que permita desvirtuar las infracciones atribuidas a la actora.

En este orden de ideas, la parte actora no desvirtuó en sede administrativa ni ante esta Sala las infracciones al ordenamiento jurídico que le eran atribuidas; en otras palabras, no destruyó la presunción de validez de la constatación fáctica realizada por los agentes relacionados *supra*. Consecuentemente, el cuestionamiento probatorio de las "esquelas de infracción" en el presente caso es incapaz de relevar a la impetrante de la responsabilidad infractora que le fue atribuida en sede administrativa.

d. Así las cosas, debe desestimarse el alegato de la actora relativo a que las "esquelas de infracción" del caso no constituyen medios de prueba según la normativa aplicable y que, por lo tanto, no poseen valor probatorio."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 8-2009, fecha de la resolución: 06/02/2019

ESTADO DE CUENTA

SE INSTITUYE COMO VERDADERO ACTO ADMINISTRATIVO DE DETERMINACIÓN TRIBUTARIA

"2. Al respecto, la autoridad demandada manifestó que no fue necesario iniciar un procedimiento de determinación oficiosa de los tributos adeudados, porque el *estado de cuenta* impugnado no se constituye como un acto administrativo de *determinación oficiosa de la obligación tributaria,* sino que se erige

como una mera *notificación de cobro* de tributos que fueron previamente determinados.

Fundamenta que la determinación previa de la obligación tributaria se ha dado porque, primero, la actora ha pagado reiteradamente los tributos que hoy, con el acto impugnado, se pretenden cobrar; y, segundo, considera que los hechos generadores de los tributos cobrados se causan de *"única ocasión"* y no, como lo pretende la actora, de *"prestación eventual".* En consecuencia califica como *"absurdo e irracional"* pretender que cada mes se deba seguir, por el incumplimiento de la actora de pagar la obligación tributaria, un procedimiento de determinación oficiosa.

En definitiva, señala: *«*[C]*on lo anterior queda en evidencia que el Acto Impugnado* (sic) *no es el Acto* (sic) *originario, es decir aquel por medio del cual surge el Hecho Generador* (sic), *sino la continuación del cobro del tributo generado y cobrado desde hace mucho tiempo atrás».*

Por último, la autoridad demandada alega -luego de afirmar que el procedimiento de *determinación oficiosa de los tributos* no es la única forma para establecer la obligación tributaria- que, conforme con el artículo 101 de la LGTM, la Administración Tributaria Municipal también puede determinar esa obligación *«(…) con fundamento en los antecedentes que obren en su poder; así como también se puede establecer la Obligación Tributaria* (sic) *por medio de declaración».*

De ahí la autoridad demandada señala que en el acto impugnado *«no se está determinando una obligación tributaria, sino más bien* (sic)*, notificando el quantum correspondiente a un período dado, correspondiente a una tasa cuya determinación se dio mucho tiempo atrás, y no se puede argumentarse que este Estado de Cuenta* (sic) *es una determinación (…)».*

3. Establecidas las posiciones jurídicas de las partes, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

i. La argumentación de la parte actora sobre la *nulidad de pleno derecho* por la ausencia de un procedimiento previo, presupone la existencia de un acto administrativo de determinación tributaria. No obstante, la autoridad demandada niega que el *estado de cuenta* impugnado cumplan con las características de un acto de determinación sino que se erige en una mera *notificación de cobro* de tributos que fueron previamente determinados.

De ahí que esta Sala, previo a conocer del *vicio radical* alegado, considera menester determinar si el *estado de cuenta* impugnado se constituye, conforme con el artículo 100 de la Ley General Tributaria Municipal, en adelante LGTM, como *acto de determinación tributaria* o, como lo redarguye la parte demandada, como *acto de cobro*.

ii. El acto emitido el uno de marzo de dos mil dieciséis, por el Departamento de Recaudación Tributaria de la Alcaldía Municipal de San Marcos, agregado a folio 70, no obstante no tenga la apariencia de resolución administrativa, sí constituye verdadero acto administrativo de determinación de tributos, por lo siguiente. [...]

Por otra parte, no se evidencia del expediente administrativo la existencia, previo al referido *estado de cuenta* impugnado, de resoluciones emitidas por la

Administración Tributaria Municipal de San Marcos que determinen las obligaciones tributarias detalladas en ese *estado de cuenta;* ello, como para considerar que el acto impugnado se constituye como *acto de cobro* (como lo ha sostenido la autoridad demandada).

De ahí que el acto emitido el uno de marzo de dos mil dieciséis, por el Departamento de Recaudación Tributaria de la Alcaldía Municipal de San Marcos, se erige, conforme el inciso 1º del artículo 100 de la LGTM, como acto administrativo de determinación tributaria.

iii. Por otra parte, la autoridad demandada sostiene que los tributos cobrados se causan *"en una sola ocasión"* y, por ende, no es necesario seguir un procedimiento previo al cobro de cada ejercicio o período fiscal. De ahí que le atribuye al *estado de cuenta* impugnado la única finalidad de *notificar* el *quantum* de la obligación tributaria.

No obstante que esta Sala ha determinado que el referido *estado de cuenta* se instituye como verdadero acto administrativo de determinación tributaria y, por ende, es un acto que detrae del patrimonio del sujeto pasivo ciertas cantidades de dinero en concepto de tributos; es necesario aclarar que los tributos pretendidos por la autoridad demandada se generan -conforme se establece del *estado de cuenta* adjunto al acto impugnado, agregado a folio 69 del expediente administrativo- de forma mensual y anual, lo que denota la realización independiente de los diferentes hechos generadores y, por ende, la autonomía de cada uno de los períodos o ejercicios fiscales.

En consecuencia, los tributos pretendidos por la Administración Tributaria Municipal son de realización mensual y anual y no, como erróneamente lo señala la autoridad demandada, *"de una sola ocasión"*."

LA FASE DE DETERMINACIÓN OFICIOSA DEL TRIBUTO MUNICIPAL O «*PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE OFICIO*», COMO LO DENOMINA EL ARTÍCULO 106 DE LA LGTM, CONSTITUYE UNA ETAPA CONTRADICTORIA

"De conformidad con los artículos 72, 76, 81 y 82 de la LGTM, la Administración Tributaria Municipal posee como funciones básicas la «*determinación, aplicación, verificación, control y recaudación de los tributos municipales*».

Así, la Administración local posee la facultad de determinar la obligación tributaria municipal. Sin embargo, el ejercicio de dicha facultad no es arbitrario, sino que está sujeto, formalmente, a los procedimientos establecidos en el Capítulo III de la LGTM, denominado «*DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO MUNICIPAL*» (artículos 92 al 123), cuya sección segunda regula el especial procedimiento para determinar la obligación tributaria aludida.

El artículo 105 de la LGTM establece que la Administración Tributaria Municipal procederá a determinar de oficio la obligación tributaria, en tanto no prescriba la facultad correspondiente; por su parte, el artículo 106 de la LGTM establece el procedimiento para tales efectos.

Al respecto, es importante aclarar que, a partir del diseño dispuesto por la misma LGTM, la determinación oficiosa de la obligación tributaria municipal se

ejerce por medio de un procedimiento administrativo compuesto por dos fases: *fiscalización* y *determinación oficiosa del tributo municipal.*

La fase de *fiscalización* inicia con la notificación del *auto de designación de auditor* y concluye con la emisión del correspondiente *informe de auditoría.* El auto de designación aludido constituye la orden de control, inspección, verificación e investigación, firmada por el funcionario competente, en el que se indica, entre otras cosas, la identidad del sujeto pasivo, los períodos o ejercicios, impuestos y obligaciones a controlar, verificar, inspeccionar e investigar, así como el nombre del auditor o auditores que realizarán ese cometido. Esta fase se encuentra delimitada de forma expresa en el artículo 82 inciso 1° de la LGTM.

Luego de concluida dicha fase, inicia la determinación oficiosa del tributo municipal propiamente dicha, o como la misma LGTM lo denomina: el «*procedimiento para la determinación de oficio*».

Esta fase da inicio con la *notificación del informe de auditoría* -cuya emisión dio por concluida la fase de *fiscalización*- y finaliza con la *resolución de la Administración Tributaria Municipal que determine la obligación tributaria*. Esta etapa se encuentra delimitada de forma expresa en el artículo 106 de la LGTM, la cual puede resumirse de la siguiente forma: (a) La Municipalidad deberá notificar y transcribir al administrado todas las observaciones o cargos que tuviere en su contra, incluyendo las infracciones que se le imputen. (b) El contribuyente o responsable deberá formular y fundamentar sus descargos, dentro del plazo señalado –quince días-, y cumplir con los requerimientos que se le hicieren. En esta etapa tiene derecho a ofrecer pruebas con el objeto de probar sus argumentos. (c) El procedimiento se abrirá a prueba por el término de quince días, en el caso que lo solicite el contribuyente de forma expresa. Sin embargo, la Administración Tributaria Municipal podrá de oficio o a petición de parte, ordenar la práctica de otras diligencias dentro del plazo que estime apropiado. (d) En el caso que el contribuyente o responsable no formule ni fundamente sus descargos, le caducará dicha facultad. (e) Con toda la documentación e información recopilada, la Administración Municipal deberá -en un plazo de quince días- determinar la obligación tributaria, de acuerdo a los supuestos comprobados durante el procedimiento.

Es importante señalar que el artículo 82 inciso 1° de la LGTM establece que el informe de auditoría «*deberá ser debidamente notificado al sujeto pasivo y servirá de base para iniciar el procedimiento establecido en el artículo 106 de la presente Ley*».

En consecuencia, la fase de determinación oficiosa del tributo municipal o «*procedimiento para la determinación de oficio*», como lo denomina el artículo 106 de la LGTM, constituye una etapa contradictoria, la cual implica la configuración de un procedimiento de audiencia y apertura a pruebas; es decir, la conjunción de una serie de actos de participación y alegación que permitan al sujeto pasivo ejercer su derecho de defensa contra las cargas tributarias y objeciones planteadas en el informe de auditoría que le fue notificado y que dio inicio con la determinación de oficio propiamente tal."

LA OMISIÓN TOTAL DEL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE OFICIO, TORNA *NULO DE PLENO DERECHO* EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

"b. En lo que importa al presente caso, no consta en el expediente administrativo remitido por la autoridad demandada, ni en el expediente judicial del presente proceso, alguna documentación -al margen del *estado de cuenta* impugnado y otras notificaciones de cobro y estados de cuenta- que denote, directa o indiciariamente, alguna actividad de la Administración Tributaria Municipal de San Marcos que previamente se haya realizado para determinar los tributos contenidos en el acto administrativo cuestionado.

Establecido lo anterior, la Administración Tributaria Municipal de San Marcos no cumplió con el «*PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO MUNICIPAL*» regulado en el Capítulo III de la LGTM.

Así, en virtud de la inexistencia de prueba que, por lo menos, infiera la existencia de un procedimiento que preceda a la determinación oficiosa de la obligación tributaria contenida en el*estado de cuenta* emitido el uno de marzo de dos mil dieciséis (folio 70 del expediente administrativos); en el presente caso se vulneró el derecho de defensa de Telefónica Móviles El Salvador, S.A. de C.V.

Consecuentemente, la omisión total del procedimiento antedicho torna *nulo de pleno derecho* el acto administrativo impugnado*."*

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 232-2016, fecha de la resolución: 03/07/2019

EXPROPIACIÓN

ES CUANDO LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN CIERTOS CASOS PUEDE LIMITAR EL DERECHO DE LA PROPIEDAD PARTICULAR, PARA EL PROVECHO DEL INTERÉS GENERAL O LA CONSECUCIÓN DE LOS FINES DEL ESTADO

"Por mandato constitucional, el derecho de propiedad no es absoluto; sin embargo, el mismo solo podrá verse limitado de manera legal por causas justificadas ya sea en la Carta Magna o en la ley en sentido formal.

Para efectos del caso en estudio, es importante partir del artículo 103 inciso 1º de la Constitución, que «(...) *reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social (...)»,* por ello se justifica que en ciertos casos la Administración Pública, puede limitar el derecho de la propiedad particular, para el provecho del interés general, o la consecución de los fines del Estado. Estas consideraciones llevan a la conclusión que la autoridad se encuentra investida de una facultad de exigir unilateral y coactivamente ciertos bienes que le son precisos para llevar a cabo los cometidos de interés y utilidad pública que le están asignados. Esta facultad es lo que se llama expropiación."

LOS INMUEBLES QUE ADQUIERA EL ESTADO, SEAN DE FORMA VOLUNTARIA O FORZOSA, DEBERÁN INSCRIBIRSE EN LOS REGISTROS CORRESPONDIENTES A FAVOR DEL ESTADO

"Se acepta pues un poder constitucional de expropiar en manos del Estado (artículo 106 de la Constitución inciso 1°), capaz de eliminar la propiedad privada, pero inmediatamente la misma Constitución instaura un sistema de garantías a favor del afectado: necesidad pública evidente y manifiesta *(utilidad pública o de interés social);* constatación por ley de esa causal de limitación a la propiedad privada *(legalmente comprobados);* e indemnización, que debe constitucionalmente ser *justa* en su cuantía.

Por ello, sin la constatación de estos requisitos esenciales, no es posible perfeccionarla, así, con mayor desarrollo se describen distintos procedimientos que garantizan la consecución de estos elementos en la citada LEOBE.

Por consiguiente, al examinar la LEOBE, se perfilan diferentes modalidades de expropiación, y cuyos requisitos difieren de conformidad a la clasificación que se trate. Sin embargo, al margen del tipo de expropiación que se perfile, ésta debe contener (al menos) los elementos esenciales constitucionales *supra* mencionados, incluso en los casos del citado artículo 3, que culmina necesariamente con la expropiación.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 40-F de la LEOBE, los inmuebles que adquiera el Estado en virtud de esa ley, sean de forma voluntaria o forzosa, deberán inscribirse en los registros correspondientes a favor del Estado.

Ahora bien, en el caso en estudio, se constata del expediente administrativo a folios 32 que la Administración en el año dos mil seis manifestó «(...) *que en (...) expediente el que solicita, no consta mayores documentos originales solamente copias habiéndosele mostrada, todo el expediente, y que se le podían proporcionar las copias de todos los documentos necesarios en cuanto exista un acuerdo o cuando el expediente pudiese estar listo para escriturar a favor del Estado (...)»* [subrayado nuestro] y once años después, el doce de junio de dos mil quince, expuso a folios 209 congruentemente que «(...) *De acuerdo a su petición, le comunico que se han hecho las gestiones necesarias para ubicar el expediente administrativo de adquisición (...) donde dicha área señala que al no hallarse en sistema digital ha sido imposible su ubicación física (...)».*

A partir de lo constatado, se advierte que el actor nunca tuvo acceso a la integridad del expediente administrativo, previo a realizar su demanda, por lo cual intuyó que la Administración actuó de la manera ordinaria prevista en la ley.

No obstante, lo anterior, la autoridad demandada alegó que no existe un acto administrativo de expropiación.

Por ello, es procedente desarrollar inmediatamente algunas nociones básicas entre la nulidad de pleno derecho y las actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 371-2016, fecha de la resolución: 23/12/2019

FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA

SALA DEBE COMUNICARLE LA EXISTENCIA DE PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS

"IV. La licenciada Ana Cecilia Galindo Santamaría, delegada del Fiscal General de la República, invoca una nulidad de pleno derecho, la fundamenta en que el Director Ejecutivo del Centro Nacional de Registros, según el artículo 6 de la *«Ley de Creación del Centro Nacional de Registros y su Régimen Administrativo»* [Decreto Ejecutivo Nº 62, de fecha 5 de diciembre de 1994, publicado en el Diario Oficial Nº 227, tomo Nº 325, del 7 del mismo mes y año], no es competente para conocer el recurso de apelación contra la denegatoria de inscripción del instrumento. Esta Sala realizará ciertas consideraciones respecto de lo anterior.

El artículo 193 ordinal primero de la Constitución establece que corresponde al Fiscal General de la República *«Defender los intereses del Estado y de la sociedad»*.

Particularmente, el artículo 13 de la LJCA regula que:*«El Fiscal General de la República intervendrá en el juicio, en defensa de los intereses del Estado y de la sociedad»*; a la vez el artículo 22 de la misma norma preceptúa, en lo pertinente, que *«Recibido el informe o transcurrido el plazo sin que el demandado lo rindiera, la Sala resolverá sobre la suspensión (…) Esta resolución se notificará al Fiscal General de la República, para los efectos prescritos en el artículo 13»*.

En tal sentido, esta Sala debe comunicar la existencia del proceso contencioso administrativos al Fiscal General de la República y, por ende, darle intervención, cuando comparezca, como defensor de los intereses del Estado y de la sociedad. No obstante, es necesario destacar cuál es la participación que tendrá en el proceso contencioso administrativo.

La Sala de lo Constitucional sostiene que *«(…) la figura del Fiscal General de la República en el proceso de inconstitucionalidad, cabe identificarla más adecuadamente como la de un interviniente con características muy particulares: (i) debe limitarse a proporcionar su opinión técnico-jurídica en relación a los motivos expuestos por las partes; (ii) no puede en su intervención exponer otros elementos de argumentación tendentes a sustituir, modificar o ampliar los ya manifestados por las partes, actuando como sujeto activo o pasivo de la pretensión constitucional; y (iii) la opinión que emite no es vinculante para este tribunal»* [sentencia con referencia 15-1999/17-1999 acumulada, de las quince horas del trece de agosto de dos mil dos]."

SU INTERVENCIÓN SE LIMITA A EMITIR OPINIÓN TÉCNICO JURÍDICA EN RELACIÓN A LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES, NO ES VINCULANTE PARA LA DECISIÓN

"Si bien las características esenciales del proceso de inconstitucionalidad son diferentes al contencioso administrativo, en razón que en el primero se verifica la constitucionalidad de una norma y en el segundo, la legalidad de un acto de

la Administración Pública, en ambos procesos impera el principio de congruencia [artículos 6 número 3) de la Ley de Procedimientos Constitucionales y 32 de la LJCA];en tal sentido, la decisión de ambas Salas se debe ajustar a lo solicitado por las partes. En el proceso contencioso administrativo la parte actora aduce una violación a un derecho o interés legítimo la cual modificó su esfera jurídica en sentido negativo.

Así, lo solicitado por la agente auxiliar del Fiscal General de la República constituye una pretensión distinta de la planteada por la parte actora, respecto de la cual se defendió la autoridad demandada, máxime cuando ha sido formulado en la etapa de traslados, y el debate ya estaba cerrado con el informe de quince días.

Según el artículo 47 de la LJCA *«Los términos o plazos a que se refiere la presente ley comprenderán solamente los días hábiles, serán perentorios y no habrá necesidad de acusar rebeldía para tenerlos por concluidos»*. La perentoriedad a que se refiere el artículo citado denota la conclusión de una etapa procesal y la continuidad de la siguiente. Así, por ejemplo, los quince días que regula la LJCA para que la autoridad demandada exprese los argumentos de defensa [según informe requerido en el artículo 24], es un plazo para que ella controvierta los alegatos planteados por la parte actora en la demanda o, en su caso, en la ampliación, aclaración o subsanación; de ahí que, por seguridad jurídica, defensa y contradicción, ya no es posible, posterior a la presentación del segundo informe requerido, agregar otros motivos de ilegalidad diferente de los que se defendió la autoridad demandada, en vista que el debate se encuentra cerrado.

Cabe recordar que los traslados es una etapa que utilizan las partes para reafirmar lo que se ha probado en el plazo probatorio, según las pretensiones o defensa ejercida. Ya no es posible, en los traslados, introducir alegatos o motivos de ilegalidad distintos a los establecidos por las partes oportunamente, pues ha precluido la etapa pertinente para ello; de hacerlo, como lo hizo la agente auxiliar interviniente, se vulnera el principio de congruencia y los derechos de audiencia y defensa porque las partes, principalmente la que resultaría perjudicada con el nuevo vicio introducido por la agente auxiliar, ya que no tendría oportunidad de controvertirlo, mucho menos de probar su defensa.

En tal sentido, se debe concluir que la intervención del Fiscal General de la República, por medio de su agente auxiliar, en el proceso contencioso administrativo, regulada en los artículos 13, 22 y 28 de la LJCA, se limita a emitir una opinión técnico-jurídica en relación a los argumentos de las partes que no es vinculante para la decisión de la Sala. Consecuentemente, el referido funcionario no tiene posibilidad de agregar o modificar los argumentos formulados por las partes, tal como ha sido diseñado el proceso contencioso administrativo en la LJCA derogada. De ahí que, la nulidad pedida por la agente auxiliar del Fiscal General de la República debe de ser declarada sin lugar."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 154-2005AC, fecha de la resolución: 05/07/2019

INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

REQUISITOS

"De lo anterior se extrae que el acceso a la información adquiere una especial relevancia en el destino y manejo de los fondos públicos, puesto que se encuentra vinculado con el deber de transparencia, el cual, a su vez, permite prevenir y erradicar cualquier forma de corrupción que debilite el actuar estatal.

Por otro lado, ante el carácter de derecho fundamental que posee el acceso a la información pública, la regla general que ha de aplicarse es el principio de máxima publicidad [artículo 4 letra a) de la LAIP], en virtud del cual se establece que la información en poder de los entes obligados [en principio] es pública, por lo cual su difusión debe ser irrestricta, con la salvedad de las excepciones establecidas por la ley.

Una de dichas excepciones es precisamente la información confidencial, que según la LAIP en su artículo 6, literal f), se define como *«…aquella información privada en poder del Estado cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal en razón de un interés personal jurídicamente protegido».*

Del tenor literal de dicha definición se advierte, que la disposición tiene distintos componentes para que la información sea confidencial; así el primer requisito [lógico y connatural] es que la información solicitada sea privada; pero además y de manera concatenada, esta información privada debe ser protegible en razón de un interés personal. La Sala de lo Constitucional ha establecido, que no existen derechos absolutos [para el caso, el derecho de acceso a la información privada, sobre el derecho que una persona tiene a que su información privada sea salvaguardada]; y en caso exista una pugna entre dos o más derechos [por ejemplo: la intimidad versus el acceso a la información], se deberá realizar el test de ponderación para analizar en cada caso particular cuál derecho es el que debe predominar."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 139-2016, fecha de la resolución: 31/07/2019

INSCRIPCIÓN DE JUNTA DIRECTIVA SINDICAL

ORGANISMO COMPETENTE PARA LA INSCRIPCIÓN O REGISTRO DE ORGANIZACIONES SINDICALES

"**3.** La LOFSTPS fue creada para modernizar la estructura interna del Ministerio de Trabajo, a fin de dotarlo de un rol protagónico en la búsqueda de la armonización de las relaciones empleado-empleador.

Así, el artículo 1 de la referida ley establece: «*La presente Ley determina el ámbito y composición del sector trabajo y previsión social; la competencia, funciones y estructura orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social; y su vinculación con las instituciones pertenecientes a dicho sector*».

i. En el desarrollo del mismo cuerpo normativo el legislador determinó que el Ministerio de Trabajo y Previsión Social es la Secretaría de Estado rectora de la administración pública del trabajo y le corresponde formular, ejecutar y supervisar la política socio laboral del país.

Así mismo, corresponde a dicha cartera de Estado las siguientes actividades: formular, ejecutar y supervisar las políticas de relaciones laborales; inspección del trabajo; seguridad e higiene ocupacional, medio ambiente de trabajo; previsión y bienestar social; migraciones laborales; entre otras (artículos 5 y 7 de la LOFSTPS).

Resaltando sus funciones específicas, el artículo 8 prescribe que [...]

Ahora, en cuanto a la Dirección General de Trabajo, el artículo 22 de la LOFSTPS establece, en lo relevante: [...]

ii. De las normas transcritas, y en especial del artículo 22, se advierte la atribución abstracta, a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, de la competencia referente a la inscripción o registro de organizaciones sindicales (actividad de control y registro).

Conforme con la potestad encomendada, la autoridad administrativa antedicha está en la obligación de recibir y tramitar todas las solicitudes de inscripción de juntas directivas de los sindicatos, federaciones y confederaciones, ciñéndose a verificar que las solicitudes cumplan con los requisitos establecidos en el Código de Trabajo y en los estatutos de los entes sindicales respectivos.

Ahora, en lo que importa al presente proceso, el acto administrativo impugnado fue suscrito por el Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales.

Esta autoridad administrativa, según la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, se ubica en un nivel jerárquico inferior de la Dirección General de Trabajo quien, a su vez, se encuentra, en un nivel jerárquico inferior del Ministro y Viceministro de Trabajo y Previsión Social, tal como lo establece el artículo 9 de la normativa en estudio.

En este orden de ideas, dado que el Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales esta adscrito a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social (entidad con la competencia para registrar y controlar las inscripciones de juntas directivas sindicales), su eventual incompetencia para emitir tal acto no sería "*material"*—causal de nulidad de pleno derecho— sino "*jerárquica*".

En este punto debe recordarse que, no todo tipo de incompetencia produce una nulidad de pleno derecho, sino que, como ya se estableció, la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en reducir tal vicio insubsanable a la falta de competencia *material* o territorial; excluyéndose la incompetencia jerárquica o funcional.

En ese sentido, esta Sala advierte que el argumento de la parte actora relativo a la ausencia de una potestad para emitir el acto administrativo impugnado, respecto del Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales, no se encuadra, formalmente, en el supuesto de nulidad de pleno derecho antedicho, al tratarse de una incompetencia jerárquica, en el contexto organizativo interno del Ministerio relacionado *supra*. Por el contrario, tal vicio, en el caso de comprobarse su concurrencia, constituiría una «nulidad relativa»*."*

INSCRIBIR UNA NÓMINA DE JUNTA DIRECTIVA SINDICAL CORRESPONDE POR LEY A LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, A SU DIRECTOR, Y NO AL JEFE DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE ORGANIZACIONES SOCIALES

"**4.** Sentado lo anterior y, además, verificado que ha sido el cumplimiento de los presupuestos procesales para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, entre otros, el agotamiento de la vía administrativa y la presentación de la demanda dentro del plazo legal; esta Sala determinará si, en el presente caso, el vicio de nulidad relativa arriba precisado (incompetencia jerárquica del Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales para emitir el acto cuestionado), efectivamente concurre.

i. La competencia es la capacidad de actuación dada por ley a un órgano administrativo, estableciendo por ella la extensión de sus límites para adoptar decisiones o ejecutar actuaciones materiales. De ahí que esta investidura legal sea considerada como la expresión máxima del principio de legalidad y como una garantía para los particulares de que los funcionarios públicos actuarán, solamente, de acuerdo a las facultades concedidas con anterioridad.

Se reconocen, en principio, tres clases de competencia administrativa: (a) material, que se refiere al ámbito objetivo de actuación, verbigracia: turismo, deporte, telecomunicaciones, entre otras; (b) jerárquica, que viene dada por el rango superior o inferior de los funcionarios que la ejercen; y, (c) territorial, que se manifiesta en la aplicación de la actividad administrativa en una determinada circunscripción.

Es importante acotar que la competencia del órgano administrativo se instituye como una premisa necesaria de validez que, en principio, es improrrogable.

Ahora bien, tal como se destacó en párrafos precedentes, mientras la incompetencia material y territorial es constituyente de un vicio de nulidad radical, es decir, insubsanable y requiere la eliminación del acto contrario a derecho; la incompetencia jerárquica, por su parte, solo determina la anulabilidad o nulidad relativa del acto administrativo, ello, en atención a que el superior jerárquico puede subsanar el vicio y convalidar el acto dictado por el inferior incompetente conservando, de esta manera, el acto administrativo y sus efectos jurídicos.

ii. En la dinámica que resulta de la redistribución de competencias o de la reorganización de la estructura administrativa, se pone de manifiesto la figura de la *delegación de competencias*, mediante la cual se confiere el ejercicio de una potestad a un órgano jerárquicamente subordinado, con el objeto de mejorar la eficacia y descargar de trabajo a los órganos superiores.

Pues bien, por la delegación de competencia, el órgano delegante ya no puede ejercer la potestad de la que es titular. Sin embargo, los actos administrativos dictados en virtud de la delegación no se atribuyen al órgano que los dicta, sino que se imputan al órgano delegante, ello, en virtud que el titular de la competencia sigue siendo el superior jerárquico de aquel, a quien se le atribuyen los efectos derivados de la actuación administrativa.

Cabe mencionar que, para la organización administrativa centralizada de nuestro país, el órgano titular de una competencia ha de estar habilitado, por norma expresa, para delegar la potestad encomendada, ha de indicarse expre-

samente esta circunstancia en el acuerdo de delegación y publicarse en el Diario Oficial. Por su parte, el funcionario delegatario debe relacionar en las actuaciones administrativas que ejecute, la calidad por la que actúa y debe insertar los datos relevantes de la respectiva publicación en el Diario Oficial (artículo 68 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo).

iii. La anterior teorización resulta importante para el presente caso pues, tal como se relacionó *supra*, el artículo 22 de la LOFSTPS otorga a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, la competencia para inscribir o registrar las actividades concernientes a las organizaciones sindicales.

Así, la actividad administrativa de inscribir una nómina de junta directiva sindical corresponde, originalmente y por ley, a dicha dirección, específicamente a su Director, y no al Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales."

LOS ACTOS QUE SE EMITAN POR ACUERDO DE DELEGACIÓN HAN DE SER SUSCRITOS POR EL ÓRGANO DELEGATARIO; DE NO EXISTIR ACUERDO DE DELEGACIÓN, LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEBERÁN SER SUSCRITOS POR EL ÓRGANO TITULAR DE LA COMPETENCIA

"La Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social es la autorizada y obligada de recibir y tramitar todas las solicitudes de inscripción, ciñéndose a verificar que las mismas cumplan con los requisitos establecidos en el Código de Trabajo y en los estatutos de los entes sindicales respectivos.

Lo afirmado no implica que la Dirección General de Trabajo no pueda valerse de órganos administrativos adscritos al referido ministerio y de rango inferior (verbigracia, el Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales), para tramitar y diligenciar los procedimientos administrativos con el objeto de optimizar los recursos y mejorar el desempeño de la potestad encomendada.

Ahora, es importante puntualizar que los actos que se emitan por acuerdo de delegación han de ser suscritos por el órgano delegatario; empero, de no existir dicho acuerdo, los actos administrativos que decidan la situación jurídica de los administrados deberán ser suscritos por el órgano titular de la competencia.

iv. En lo que importa al presente proceso, la resolución de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del diecisiete de enero de dos mil catorce, mediante la cual se: «*(…) INSCRIB*[IÓ] *la nómina de la Junta Directiva General* [del SUTC] *la cual fue electa el día once de enero del año dos mil catorce, para el ejercicio que inici*[ó] *el día veintiséis de enero del año dos mil catorce (…) y que* [finalizó] *el día veinticinco de enero del año dos mil quince (…)*» (folio 161); constituye un acto de inscripción sindical cuya emisión, tal como se ha concluido anteriormente, corresponde a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

No obstante, la referida resolución ha sido suscrita por el Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales, un inferior jerárquico de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

En consecuencia, la autoridad demandada no se encontraba habilitada, de origen, para inscribir la nómina de la Junta Directiva General del SUTC, tal como lo ha sostenido la parte actora.

Esta Sala precisa puntualizar que, en la demanda, la parte actora ha sido categórica en sostener que el Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales «*actúo* [con] *base al ejercicio de un poder no atribuido previamente por ley*» (folio 06 vuelto) y «*sin una atribución legal previa de potestades*» (folio 15 frente).

Frente a tal afirmación, debe destacarse que la autoridad demandada no ha acreditado ante esta Sala, con elementos de prueba idóneos, que en efecto contaba con la habilitación legal para emitir el acto administrativo de inscripción de una junta directiva sindical. En otro sentido, ni siquiera ha intentado acreditar una legítima actuación con la presentación de un acto o acuerdo de delegación, a tal fin.

Al respecto, el artículo 321 del Código Procesal Civil y Mercantil —de aplicación supletoria al presente caso por disposición del artículo 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa—, establece que *"La carga de la prueba es exclusiva de las partes".*

En este punto debe señalarse que el argumento de la parte actora se afinca en la inexistencia de habilitación legal de la autoridad demandada para emitir el acto impugnado, argumento que se corrobora con la verificación de la norma sectorial que atribuye la competencia respectiva, es decir, el artículo 22 de la LOFSTPS que establece: «*Son funciones de la Dirección General de Trabajo: (…) b) Facilitar la constitución de organizaciones sindicales y cumplir con las funciones que el Código de Trabajo y demás leyes le señalan en cuanto a su régimen y registro (…)*» (el subrayado es propio).

Frente a tal determinación, la autoridad demandada (el Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales) no proporcionó, en esta sede judicial, prueba documental alguna de la habilitación para emitir el acto administrativo de inscripción de junta directiva del SUTC, verbigracia, un acuerdo de delegación.

Así mismo, esta Sala ha examinado el expediente administrativo del caso y no se advierte en el mismo un acuerdo de delegación de potestades ni un acto administrativo mediante el cual se haya convalidado la actuación ejecutada por el referido Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales.

De ahí que, la infracción al ordenamiento jurídico por la falta de competencia jerárquica advertida acarrea, en el presente caso, la nulidad relativa del acto administrativo impugnado, ello, por violación a los principios de legalidad y seguridad jurídica; y así ha de declarase en el fallo de esta sentencia."

ALCANCES DEL PRINCIPIO DE REGRESIÓN PROCESAL FRENTE A LA NULIDAD RELATIVA

"v. Determinada la incompetencia funcional de la autoridad demandada para suscribir el acto administrativo cuestionado, importa analizar los alcances del principio de regresión procesal frente a la nulidad relativa advertida y las particularidades del presente caso.

De manera general, el anterior principio supone la anulación del acto que genera agravio para los demandantes y, simultáneamente, la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo el vicio advertido, con la finalidad de que la autoridad pública respectiva subsane el defecto en cuestión, al tratarse de un vicio de nulidad relativa.

inistrativa, con la competencia funcional para inscribir una junta directiva sindical, proceda a realizar el examen de legalidad (cumplimiento de requisitos) y determinar la procedencia de la inscripción de la nómina de la junta directiva del SUTC, electa para el período del veintiséis de enero de dos mil catorce al veinticinco de enero de dos mil quince.

Sin embargo, dado que los efectos jurídicos del acto impugnado estaban circunscritos a un periodo concreto (veintiséis de enero de dos mil catorce al veinticinco de enero de dos mil quince), a la fecha de emisión de la presente sentencia no es posible la aplicación del principio de regresión procesal, puesto que tal acto ha consumado plenamente sus efectos. En otras palabras, dado que el periodo de vigencia del ejercicio de los cargos sindicales respectivos ya ha concluido, no es posible la reposición del acto de inscripción por la autoridad competente.

De ahí que, esta Sala pasará a pronunciarse sobre una medida que resulte *idónea*, a las particularidades del caso, para reparar el eventual daño soportado por los demandantes por el actuar ilegal de la autoridad demandada; pronunciamiento contenido en el siguiente apartado de esta sentencia."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 144-2014, fecha de la resolución: 23/12/2019

INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

NO PUEDE EXIGIR LA ENTREGA DE UNA INFORMACIÓN QUE NO SE ENCUENTRA BAJO CUSTODIA, QUE NO SE POSEE MATERIALMENTE

"1.1 La demandante hace descansar el vicio en que la autoridad demandada no tenía la *competencia* para ordenar al INPEP que, por medio de su Presidente, en calidad de miembro del Consejo de Administración del Fondo de Obligaciones Previsionales, entregara en un plazo de cinco días hábiles contados a partir de la notificación de dicha resolución, la información consistente en: a) proyecciones de beneficios realizados por las Administradoras de Fondos de Pensiones, correspondiente a los años dos mil catorce y dos mil quince, y que fueron entregadas al INPEP por la Superintendencia del Sistema Financiero, en cumplimiento del artículo 13 inciso tercero de la LFOP; y, b) documento (en cualquier formato de resguardo, sea papel o registro electrónico) contentivo de los planes anuales de cumplimiento de obligaciones previsionales, aprobados por el Consejo Directivo de la Junta Directiva del INPEP, dentro de su presupuesto, sobre la base del artículo 13 inciso segundo de la LFOP correspondiente a los años dos mil catorce y dos mil quince.

Lo anterior, en virtud de que quien resguarda la documentación es el fiduciario del fideicomiso y la decisión de su entrega se concreta en las facultades del

Consejo de Administración con base en el artículo 10 letra i) de La LFOP [folio 9 frente].

1.2 La autoridad demandada expresó que el artículo 7 de la LAIP establece la obligación al cumplimiento de determinadas instituciones que manejan recursos o información pública dentro de las cuales se encuentra el INPEP y que contrario a lo alegado por la actora, el presidente de dicha institución al ser miembro del Consejo Directivo del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales, debía cumplir con el requerimiento de información solicitado [folio 80].

1.3 De lo expuesto por la actora, esta Sala advierte que la ilegalidad procesal invocada por la falta de competencia del Tribunal que emitió la resolución impugnada no hace referencia propiamente a que el funcionario emisor sea incompetente en razón de la materia o territorio, sino que concretamente se fundamenta en que el IAIP no puede exigirle la entrega de una información que no se encuentra bajo su custodia y por tanto, no posee materialmente. En otras palabras, el exceso de facultades se materializa [según la parte actora], en el hecho de que no es el INPEP el titular de la información solicitada, sino el *«fiduciario del Fideicomiso»*. Lo anterior implica que no puede dar acceso a la documentación solicitada ya que sería contrario a lo establecido en el artículo 10 letra i) de La LFOP.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 194-2016, fecha de la resolución: 10/07/2019

INSTITUTO NACIONAL DE PENSIONES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

SUJECIÓN COMO ENTIDAD AUTÓNOMA A LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

"De conformidad con el artículo 1 de la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos -en lo sucesivo LINPEP-, el INPEP es una **entidad oficial autónoma** de derecho público y como tal, se encuentra sometida al cumplimiento de lo establecido en la LAIP, en consecuencia, la actora debe darle cumplimiento a todas las obligaciones que ésta le impone.

En este sentido, la LAIP en su artículo 58 letra b) establece que el IAIP debe garantizar el debido ejercicio del derecho de acceso a la *información pública* y a la protección de la información *personal.* Por ello, el artículo 82 de la LAIP le faculta al IAIP, a dar trámite y resolver los recursos interpuestos por los ciudadanos a quienes se les hubiese denegado el acceso a información pública de parte de una institución obligada por la ley a proporcionarla.

Establecida la competencia del IAIP, y la sujeción de la institución demandante [INPEP] como entidad autónoma a la LAIP; es procedente analizar si la resolución emitida por el IAIP es ilegal por ser el Consejo de Administración del Fideicomiso quien de conformidad al artículo 10 de la LFOP, debe decidir el acceso a la información solicitada; y no el INPEP, como lo argumenta la actora.

Al respecto, el artículo 13 de la LFOP, dispone que *cada emisión de CIP´s que realice el Banco de Desarrollo de El Salvador -BDES- debe ser aprobada por*

el Consejo de Administración del Fideicomiso, de acuerdo a los planes anuales de cumplimiento de obligaciones previsionales [documentación solicitada por la señora GMRM] y enmarcado dentro de un "programa anual de emisiones".

Asimismo, establece que será el Consejo de Administración del Fideicomiso quien es encargado de consolidar las necesidades expresadas en estos planes anuales por parte del Consejo Directivo del ISSS y de la Junta Directiva del INPEP.

De conformidad al inciso tercero de la disposición en referencia, la Superintendencia del Sistema Financiero deberá revisar la razonabilidad de las proyecciones de los planes contentivos de las necesidades de pago de los beneficios de los artículos 184, 186, 187, del 196 al 211, y 215 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones -Ley SAP- para entregárselos a cada uno de los organismos de dirección del ISSS y del INPEP, quienes tienen la calidad de fiduciarios del Fideicomiso de Obligaciones Previsionales; asimismo, la Superintendencia del Sistema Financiero los comunicará al Consejo de Administración del Fideicomiso, al fiduciario y a las Administradoras de Fondos de Pensiones [AFP'S]."

Con el trámite administrativo relacionado se busca asegurar y garantizar el pago de los beneficios a que se refieren los artículos 184, 186, 187, 196 al 211, y el 215 de la Ley SAP; así como para los beneficios contemplados para los afiliados que se pensionen por vejez que optaron por cambiarse al sistema de ahorro para pensiones; a través de la emisión de los CIP´s. De lo anterior se desprende que, si bien el Consejo de Administración del Fideicomiso y la Superintendencia del Sistema Financiero se encuentran involucrados en el procedimiento de la consolidación, revisión y aprobación de los planes anuales de cumplimiento de las obligaciones previsionales, el INPEP y el ISSS, en calidad de fideicomisarios se benefician del dinero producto de la emisión de los CIP´s, por ello tienen la obligación legal de tener en su poder y bajo su resguardo la información solicitada por la señora RM. Más aún, como se señaló en párrafos anteriores, al ser el INPEP una autónoma de derecho público, se encuentra sometida al cumplimiento irrestricto de lo establecido en la LAIP.

De esta manera, el INPEP debía tener en sus archivos la información solicitada, porque a partir de las necesidades reflejadas en los planes anuales de cumplimiento de obligaciones previsionales elaborados, una vez aprobados, se le asigna lo consignado en dichos programas.

Advertida de esta manera la inexistencia del vicio de ilegalidad alegado por la parte actora respecto a la falta de competencia para ejecutar la orden del IAIP, se revisará si la información solicitada cumple con los requisitos legales para ser declarada confidencial y de esta manera justificar la negativa al acceso al derecho a la información pública.

2.3 De lo expuesto por la actora, esta Sala advierte que su argumento tiene su fundamento en que, por ser la información requerida confidencial, era ilegal ordenar su entrega ya que dicha circunstancia vulneraba el artículo 33 de la LSRSF.

Para abordar este punto de ilegalidad, se debe partir del análisis del artículo 33 de la LSRF, disposición que según la actora ha sido vulnerado al ser interpretado de manera errónea por parte del IAIP.

Este artículo establece, que la información *"recabada"* por la Superintendencia del Sistema Financiero será confidencial y solo podrá ser dada a conocer al Banco Central, al Comité de Apelaciones del Sistema Financiero, al Instituto de Garantía de Depósitos, a la Corte de Cuentas de la República en la fiscalización de fondos públicos, a la Fiscalía General de la República, a las autoridades judiciales cuando corresponda, a la Corte Suprema de Justicia y a otras instituciones, cuando de forma expresa lo autorice la ley.

Ahora bien, en el romano VII, número 1.3 de esta sentencia, quedó establecido que, si bien el Consejo de Administración del Fideicomiso y la Superintendencia del Sistema Financiero se encuentran involucrados en el procedimiento de la consolidación, revisión y aprobación de los planes anuales de cumplimiento de las obligaciones previsionales entre ellas las del INPEP, es éste quien genera la información sobre sus necesidades, que son plasmadas en estos planes anuales una vez aprobadas por su junta directiva, y que posteriormente son comunicados al fiduciario BDES, Consejo de Administración del Fideicomiso y a las AFP´s por parte de la Superintendencia del Sistema Financiero.

Luego, de conformidad con el artículo 16 de la LFOP, una vez colocados los CIP´s, el fiduciario [BDES] entregará los fondos captados al INPEP en su calidad de fideicomisario, de conformidad a sus planes anuales de cumplimiento de obligaciones; y es por ello que lógicamente tiene en su poder y bajo su resguardo esa documentación [exclusivamente la que se refiere al INPEP]; situación que deja sin ningún sustento el argumento de la parte actora, ya que la información requerida no puede considerarse incluida en esta excepción de acceso a la información en atención a que la función de la Superintendencia del Sistema Financiero es "validar" la viabilidad y no generar información nueva, como parte de las facultades especiales que la LFOP le otorga a dicho ente regulador."

LA INFORMACIÓN QUE RESGUARDEN LOS ENTES OBLIGADOS EN EL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES INSTITUCIONALES DEBE PONERSE A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO

"En otro orden de ideas, pero siempre en la línea de la no confidencialidad de la información, es pertinente señalar que al entrar en vigencia la LAIP [abril de 2011], por medio de su artículo 110, derogó todas las disposiciones contenidas en leyes generales o especiales que eran contrarias a los principios establecidos en la LAIP, siendo uno de ellos el de máxima publicidad [salvo las excepciones que la misma ley dispuso].

En el mismo artículo, expresamente se describió un listado que de manera taxativa estableció las disposiciones de diferentes cuerpos normativos que quedaban exentas de la derogatoria de la LAIP, dentro de las cuales no se encuentra el artículo 33 de la LSRF; y por tanto, además de lo dicho supra, la parte actora tampoco podía invocar la violación a una normativa que no es aplicable por estar derogada tácitamente por la LAIP, que es para el caso en estudio, la legislación especial aplicable.

En virtud de ello, y estando fuera de contexto cualquier análisis al artículo 33 de la LSRF, la información solicitada deberá someterse al análisis de confidencialidad de conformidad con la LAIP y así será desarrollado en la presente sentencia.

De esta manera, es imprescindible resaltar, que el acceso a la información pública es un derecho fundamental [sentencia de inconstitucionalidad con referencia 43-2013, del veintidós de agosto de dos mil catorce], y como tal, la regla general que ha de aplicarse es el principio de máxima publicidad [artículo 4 letra a) de la LAIP], en virtud del cual se establece que la información en poder de los entes obligados [en principio] es pública, y por tanto, su difusión debe ser irrestricta, con la salvedad de las excepciones establecidas por la ley. Para el caso en autos, la parte actora alega que la información recabada por la Superintendencia del Sistema Financiero *per se* es confidencial por así establecerlo el artículo 33 de la LSRSF; en atención a ello y en aplicación del principio de congruencia, pese a no ser aplicable esa normativa, esta Sala verificará si la información solicitada a la demandante era confidencial.

En atención a este punto, la referida Sala de lo Constitucional expresó que *«…la protección constitucional de la búsqueda y obtención de información se proyecta básicamente frente a los poderes públicos -órganos del Estado, sus dependencias, **instituciones autónomas**, municipalidades- y cualquier entidad, organismo o persona **que administre recursos públicos** o bienes del Estado o que en general ejecute actos de la Administración pues existe un principio general de publicidad y **transparencia de las actuaciones** del Estado y la gestión de fondos públicos»* (resaltado suplido) [sentencia de Amparo con referencia 614-2010 del uno de febrero de dos mil trece].

Se establece como regla general que toda la información que resguarden los entes obligados en el desempeño de sus funciones institucionales, debe ponerse a disposición del público y la negativa injustificada de su entrega, podría constituir una afectación al derecho de acceso a la información, y un incumplimiento legal."

LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL ES UNA DE LAS EXCEPCIONES A LA PUBLICIDAD IRRESTRICTA

"Así, al ser la información confidencial, una de las excepciones a la publicidad irrestricta, y dado que el alegato del actor es que la no entrega deviene en que la información solicitada es confidencial, conviene ahora estudiar dicho concepto, para posteriormente analizar si procede -o no- su aplicación al caso en concreto.

La LAIP en su artículo 6, literal f), define como información confidencial *«… aquella información **privada** en poder del Estado cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional **o legal** en razón de un **interés personal** jurídicamente protegido»* (resaltado suplido).

Del tenor literal de dicha definición se advierte, que la disposición tiene distintos componentes para que la información sea *confidencial*; así el primer requisito [lógico y connatural] es que la información solicitada sea privada; pero además y de manera **concatenada**, esta información privada debe ser protegible en razón de un interés *personal*. Ello es así, porque jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha establecido, que no existen derechos absolutos [para el caso, el derecho de acceso a la información *privada*, sobre el derecho que una perso-

na tiene a que su información *privada* sea salvaguardada]; y en caso exista una pugna entre dos o más derechos [por ejemplo: la intimidad versus el acceso a la información], se deberá realizar el test de ponderación para analizar cada caso particular cuál derecho es el que debe predominar.

Ahora bien, establecida la relevancia del acceso a la información pública, la cual es la regla general, será imprescindible analizar el fin de la protección de información confidencial, como excepción al acceso de la misma.

A este respecto se ha referido la Sala de lo Constitucional en los términos siguientes: *«[e]l punto de partida para aproximarse al derecho de acceso a la información debe ser su condición indiscutible de derecho fundamental, anclada en el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión (art. 6 Cn.), que tiene como presupuesto el derecho de investigar o buscar y recibir informaciones de toda índole, pública o privada, que tengan* ***interés público****»* (resaltado suplido) [sentencia de inconstitucionalidad referencia 13-2012 de las once horas del cinco de diciembre de dos mil doce].

En atención al *íter* que se viene desarrollando, resulta ahora imprescindible analizar la naturaleza de la información solicitada, consistente en *las proyecciones de beneficios realizados por las Administradoras de Fondos de Pensiones, correspondiente a los años dos mil catorce y dos mil quince, y los planes anuales de cumplimiento de obligaciones previsionales, aprobados por el Consejo Directivo de la Junta Directiva del INPEP, dentro de su presupuesto, correspondiente a los años dos mil catorce y dos mil quince."*

LA INFORMACIÓN RELATIVA A LA RESPECTIVA EMISIÓN DE LOS CIP´S, NO ES CONFIDENCIAL

"Estos planes anuales de cumplimiento de obligaciones previsionales elaborados por los fideicomisarios [INPEP e ISSS], contienen las proyecciones de beneficios de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la LFOP, que esperan sean obtenidos de la venta y colocación de los certificados de inversión previsional -CIP's-, títulos de obligación negociables emitidos por el BDES, en el marco de la LFOP, que constituyen un mecanismo de financiamiento del Estado y; los beneficios captados, son entregados al ISSS y al INPEP [en calidad de fideicomisarios].

En la sentencia referencia 394-2015 de las catorce horas con cuarenta y dos minutos del treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho; esta Sala desarrolló abundantemente la compleja estructura de la emisión y colocación de los CIP´s, así como del origen de sus fondos, llegando a la conclusión, luego del análisis de confidencialidad de la documentación que contenía todo lo relativo a la inversión de los fondos provenientes de las AFP´s para su emisión, que la misma no podía rebasar al principio de máxima publicidad en atención a que se trataba de la transparencia en la gestión de dinero que involucraba el interés público.

En esa inteligencia, al ser el INPEP una institución autónoma obligada a rendir cuentas sobre su gestión y dado que la información relativa a la respectiva emisión de los CIP´s, no es confidencial de conformidad con el respectivo análisis realizado por esta Sala, tampoco lo será la información relativa a las

utilidades y beneficios obtenidos por éstos por estar íntimamente relacionada al ser parte de al misma operación financiera realizada por las instituciones estatales involucradas y por tratarse del manejo de dinero que busca la satisfacción de intereses de carácter público, ya que éstos son destinados como se ha señalado, al pago de beneficios previsionales a todos aquellos afiliados al ISSS y al INPEP que optaron por cambiarse al sistema de ahorro para pensiones. Por tanto, la negativa a proporcionar la documentación requerida no puede amparase en ninguna excepción de las establecidas por las leyes para restringir el acceso a la información pública.

En atención a lo expuesto, no son atendibles las alegaciones en cuanto a que la documentación solicitada era confidencial, ya que, en el caso en autos, se trata de información relativa a fondos destinados al pago de los beneficios a que se refieren los artículos 184, 186, 187, 196 al 211, y el 215 de la Ley SAP; así como para los beneficios contemplados para los afiliados que se pensionen por vejez que optaron por cambiarse al sistema de ahorro para pensiones [artículo 16 inciso segundo de la LFOP].

Por lo tanto, el IAIP ha realizado una correcta interpretación de la normativa y una ponderación de bienes jurídicos, prevaleciendo por las razones apuntadas, el derecho de acceso a la información pública, plasmando sus argumentos de derecho y motivando de manera suficiente su decisión en el literal B. del romano II de la resolución de fecha veintinueve de septiembre de dos mil quince.

Por lo antes dicho, esta Sala determina que la información solicitada, cabe dentro de la regla general, es decir que le es aplicable el principio de máxima publicidad al que está sometida la información en poder de los entes obligados. En consecuencia, considera que la resolución emitida por el IAIP que revocó la resolución de la Oficial de Información del INPEP y le ordenó que permitiera a la señora GMRM el acceso a la información pública solicitada, es legal."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 194-2016, fecha de la resolución: 10/07/2019

JUSTO IMPEDIMENTO

EXISTE CUANDO POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR NO SE HA CUMPLIDO UNA OBLIGACIÓN

"Con relación al justo impedimento, esta Sala ya se ha pronunciado en resoluciones anteriores [v. gr. sentencia de las catorce horas con treinta y nueve minutos del veintisiete de mayo de dos mil diez, bajo la referencia 231-2008], donde se ha sostenido que el *justo impedimento* es un principio general del derecho, en virtud del cual al impedido con justa causa no le corre término.

La expresión *justa causa* significa que ella debe ser apreciada prudentemente por el juzgador de acuerdo con los principios generales, pues las normas regulan únicamente la enunciación del principio, sin especificar los supuestos fácticos que pueden configurarse como tal. Existe justo impedimento cuando por *caso fortuito* o *fuerza mayor* no se ha cumplido una obligación.

El *caso fortuito* es un acontecimiento natural inevitable que puede ser previsto o no por la persona obligada a un hacer, pero a pesar que lo haya previsto no lo puede evitar, y, además, le impide en forma absoluta el cumplimiento de lo que debe efectuar. Constituye una imposibilidad física insuperable.

La *fuerza mayor* es el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también, *"en forma absoluta"*, el cumplimiento de una obligación.

El artículo 43 del Código Civil incorpora ambos conceptos, y establece que se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir. En forma genérica y tradicionalmente se entiende que concurre *justa causa* o justo impedimento para cumplir con una carga, cuando el caso fortuito o la fuerza mayor hicieren imposible la realización del acto pendiente."

EL JUSTO IMPEDIMENTO POR FUERZA MAYOR NO PUEDE FUNDAMENTARSE EN INSEGURIDAD JURÍDICA OCASIONADA POR EL MISMO SUJETO OBLIGADO

"En el caso en estudio, la parte actora no calificó si el *justo impedimento* alegado obedecía a un caso fortuito o fuerza mayor, sin embargo, esta Sala advierte que lo alegado por la impetrante está encaminado a establecer un *justo impedimento por fuerza mayor,* puesto que el obstáculo por el cual manifiesta que no cumplió en debida forma con la obligación de nombrar auditor fiscal, se circunscribe a hechos realizados por el hombre.

2. C. Aclarado lo anterior es procedente acotar que, conforme a lo expuesto por la parte actora, el hecho en que el demandante fundamenta el justo impedimento es que *«…durante la tramitación administrativa el señor S se encontraba con problemas judiciales, existiendo una orden de detención penal, concurriendo además rebeldía judicial por no haberse presentado a la audiencia preliminar por el hecho de tener un expediente abierto en la sede judicial del Juzgado Tercero de Instrucción de Santa Ana debido a que imputaba un delito»,* y que *«… con fecha trece de junio de dos mil trece la Policía Nacional Civil capturó al señor S poniéndolo a la orden del juzgado* [sic] *tercero* [sic] *de instrucción* [sic] *estableciéndose fecha para la celebración de audiencia preliminar, un día después, momento en que se le otorgado* [sic] *la cesación de la detención provisional por adolecer todo el expediente de nulidad absoluta y ese mismo día fui* [sic] *puesto en libertad irrestricta».*

Esta Sala al revisar el expediente administrativo llevado por la DGII, verificó que corre agrega como prueba documental, copia de la certificación emitida por la secretaría de la Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, a las ocho horas con veinte minutos del veintiocho de enero de dos mil trece, de la resolución emitida por la mencionada cámara a las quince horas con cincuenta minutos del veinticuatro de enero de dos mil trece [folios del 25 al 29]; mediante la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución proveída por la Juez Tercero de Instrucción de Santa Ana en audiencia especial de revisión de medidas de las once horas treinta minutos del diecinueve de diciembre de dos mil doce en la parte que sustituye la medida cautelar de la detención provisional impuesta al imputado SV. [...]

De lo anterior y de lo expuesto por las partes, es pertinente subrayar que:

Durante el plazo para cumplir con la obligación tributaria formal de nombrar auditor fiscal, se encontraba en trámite el proceso penal seguido contra del señor SV, ante el Juzgado Tercero de Instrucción de Santa Ana, por atribuírsele los delitos de *tenencia, portación o conducción de armas de guerra* y *contrabando de mercaderías*.

Mediante resolución proveída por la Juez Tercero de Instrucción de Santa Ana, en audiencia especial de revisión de medidas de las once horas con treinta minutos del diecinueve de diciembre de dos mil doce, sustituyó la medida cautelar de la detención provisional impuesta con anterioridad al señor SV.

En fecha siete de enero de dos mil trece el señor SV rindió caución juratoria, y se ordenó *ponerlo en libertad mediante la sustitución de la detención provisional* [folio 24 del expediente administrativo llevado por la DGII].

La Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente en resolución emitida a las quince horas con cincuenta minutos del veinticuatro de enero de dos mil trece, resolvió declarar de oficio la nulidad absoluta de la audiencia especial de revisión de medida, realizada a las once horas con treinta minutos del diecinueve de diciembre de dos mil doce, en la que fue sustituida por otras medidas cautelares la detención provisional decretada contra el señor LSV; asimismo, declaró de oficio la nulidad del auto objeto de alzada, por ser conexo con dicha audiencia nula.

Vale mencionar que la referida cámara en sus consideraciones razonó que, al declararse nula la audiencia especial de revisión de medida y la decisión objeto de alzada, el expediente volvería al estado en que se encontraba y se le ordenaría a la juez *a quo* que si el imputado LSV comparecía a esa sede judicial, procediera a continuar con el proceso, haciendo efectiva la detención provisional ya decretada.

En fecha trece de junio de dos mil trece el señor SV fue detenido por la Policía Nacional Civil.

El catorce de junio de dos mil trece el Juzgado Tercero de Instrucción de Santa Ana decretó la *cesación de la detención provisiona que en su momento fue decretada contra el imputado LSV* [folios 30 y 31del expediente administrativo llevado por la DGII].

2. D. Con base en lo relacionado con anterioridad, se advierte que durante el plazo para cumplir con la obligación tributaria formal de nombrar auditor para dictaminarse fiscalmente en el ejercicio impositivo de dos mil trece, la libertad ambulatoria del demandante no se vio limitada. Es decir, que entre el uno de enero y el treinta y uno de mayo de dos mil trece, el actor se encontraba en libertad con la capacidad de nombrar auditor.

Lo anterior se traduce en que el demandante SV, pudo cumplir personalmente, en el plazo legal, con la obligación tributaria formal.

En cuanto a que fue declarado rebelde en el proceso penal seguido en su contra, es necesario mencionar que el *justo impedimento por fuerza mayor*, no puede fundamentarse en la inseguridad jurídica ocasionada por el mismo sujeto obligado y el quebrantamiento del orden jurídico por una conducta evasiva.

Aunado a lo anterior, del contenido del artículo 131 del Código Tributario se advierte que existían otros medios por los cuales el demandante podía cumplir

en el plazo legal la obligación de nombrar auditor fiscal, pues se permite que tal nombramiento se realice, en defecto del propio contribuyente, por su representante.

El artículo 61 inciso uno, letra a) del Reglamento de Aplicación del Código Tributario desarrolla lo referido al nombramiento por personas naturales de la siguiente forma: *«Las personas naturales que cumplan con las condiciones prescritas en los literales a) y b) del artículo 131 inciso 1º del Código, lo harán por si mismas o por medio de su representante o apoderado debidamente acreditado para tal efecto, a más tardar dentro de los primeros cinco meses del período anual a dictaminar».*

Al respecto, la Sala de lo Constitucional, ha establecido que *«…para que para que un impedimento configure justa causa y habilite la suspensión de un plazo procesal, debe provenir de fuerza mayor o caso fortuito que coloque a la parte en la imposibilidad de realizar el acto por sí o por mandatario. Esto es así porque dichas situaciones constituyen circunstancias ajenas a la voluntad de la parte, caracterizadas por su imprevisibilidad e irresistibilidad, que la colocan en la imposibilidad de realizar el acto, no configurándose, por lo tanto, la justa causa de impedimento cuando el acto haya podido realizarse por un representante de la parte imposibilitada o cuando exista una mera dificultad…»*[resolución de las diez horas con dieciséis minutos del diez de enero de dos mil siete, en el proceso de amparo 784-2006, y sentencia de las nueve horas con cuarenta y un minutos del seis de junio de dos mil catorce, en el proceso de amparo 689-2012].

2. E. En conclusión, esta Sala no advierte la existencia de una imposibilidad absoluta que justifique el cumplimiento extemporáneo de la obligación por parte de demandante, ya que, en el período legal para cumplirla, de conformidad al artículo 131 literal a) del Código Tributario, en *primer lugar*, pudo nombrar el auditor fiscal directamente por no encontrarse físicamente en detención; en *segundo lugar,* independientemente de su situación jurídica respecto al proceso penal incoado en su contra, pudo nombrar un apoderado –en caso de no haberlo tenido– con las facultades suficientes para cumplir con su obligación; y, *en tercer lugar*, no se puede tener como justo impedimento la declaratoria de rebeldía del contribuyente, pues es consecuencia de su desobediencia a una orden judicial." *Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 1-2017, fecha de la resolución: 14/08/2019*

LEY DE PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DEL ARRESTO O MULTA ADMINISTRATIVOS

OBJETO

"La LPIAMA [vigente en aquel momento] aplicable al caso en autos en sus considerandos señalaba que su promulgación devenía de la necesidad de contar con una ley que desarrollara, con trámites breves y sencillos, el ejercicio de la facultad de imponer las sanciones que el artículo 14 de la Constitución confiere

a las autoridades administrativas, de ahí que, en la misma se regulaba un procedimiento simplificado con plazos más cortos.

El artículo 1 de la LPIAMA establecía que, el objeto de dicha ley era [en caso no exista en la ley de la materia] la de regular un procedimiento constitucionalmente configurado que otorgue al administrado las garantías de audiencia, contradicción, defensa, entre otros, que de conformidad a la carta magna son indispensables para que se considere constituido el debido proceso.

Lo anterior se aplica en armonía a la sujeción que la Administración pública tiene al principio de legalidad, en su vinculación positiva ya que el referido procedimiento solamente podrá aplicarse de manera supletoria; es decir en ausencia de éste en la ley especial.

En el caso de la LACAP, el legislador también ha dispuesto para la Administración pública, el ejercicio de la potestad sancionadora, de manera que, ha prescrito en el artículo 160 en relación con el artículo 157 del mismo cuerpo legal, un procedimiento para la imposición de sanciones. Es en virtud de ello que, al proceder la autoridad administrativa a la imposición de una multa por mora -artículo 85 del mismo cuerpo normativo- da paso a la tramitación del referido procedimiento sancionatorio. Sin embargo, resulta necesario precisar que, esta normativa no desarrolla en su articulado lo relativo a la prescripción de la acción o sanción.

En armonía a lo prescrito en LPIAMA, la LACAP en el artículo 5: APLICACIÓN DE LA LEY Y SU REGLAMENTO determina que *«…[p]ara la aplicación de esta Ley y su Reglamento se atenderá a la finalidad de las mismas y a las características del Derecho Administrativo. Solo cuando no sea posible determinar, por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones de esta Ley, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del Derecho Común (...) [e]n todo lo que no hubiere sido previsto por esta Ley podrá recurrirse a las disposiciones del Derecho Común, en cuanto fueren aplicables...»”*

Es evidente que, de la parte final de la disposición referida en el párrafo *supra*, se habilita la posibilidad de recurrir a otras disposiciones para darle contenido al vacío normativo, en todo aquello que no hubiese sido previsto en la LACAP, y que le fuere aplicable.

Es importante destacar que las disposiciones supletorias en el procedimiento administrativo y contratos cuando no estén previstos en la LACAP son [*en principio*] las del Código Civil, Código de Procedimientos Civiles -normativa derogada- y el Código Procesal Civil y Mercantil.

Esta figura jurídica [supletoriedad] tiene como requisito *sine qua non,* que la normativa a complementar **no estipule** dentro de su contenido la institución jurídica de la cual se recurre vía supletoriedad; o, aun estableciéndolas, las regule de manera **deficiente**; de ahí que, vacíos o deficiencias, habilitan la posibilidad de adoptar de manera supletoria otro cuerpo normativo, al que por su naturaleza se pretende dar contenido, con el objetivo de solucionar un conflicto jurídico determinado.”

ESTA LEY AL SER DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA SANCIONADORA, HABRÁ DE INTEGRARSE SISTEMÁTICAMENTE A LA LACAP EN LO QUE A PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS COMPETE

"Ahora bien, para el caso en autos es importante destacar que reiterada jurisprudencia de esta Sala [verbigracia, sentencia referencia 248-2009 emitida a las doce horas veinte minutos del veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho], y de la Sala de lo Constitucional [por ejemplo, sentencia de inconstitucionalidad referencia 18-2008, emitida el veintinueve de abril de dos mil trece]; han establecido que tanto el procedimiento sancionatorio, como el proceso penal; devienen del mismo *ius puniendi* del Estado, el cual al ser uno, deben de aplicarse los principios del derecho penal al procedimiento administrativo sancionador [con los matices lógicos y propios del derecho administrativo]. En esta inteligencia, la LPIAMA, al ser de naturaleza administrativa sancionadora habrá de integrarse sistemáticamente a la LACAP, en lo que a procedimientos sancionatorios compete.

Se colige de lo señalado, que en el caso de los procedimientos administrativos sancionatorios sujetos a conocimiento de la Administración pública, y cuando se trate de asuntos de naturaleza estrictamente procesal que no tuvieran una regulación específica en dicho cuerpo normativo, han de aplicarse supletoriamente las disposiciones de la LPIAMA.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 367-2012, fecha de la resolución: 03/05/2019

LICITACIÓN PÚBLICA

DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO DEBE MANTENERSE UN TRATO IGUALITARIO ENTRE LOS OFERENTES, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEBE BUSCAR LA CONCURRENCIA DE LA MAYOR CANTIDAD DE OFERTAS EN BENEFICIO DEL INTERÉS PÚBLICO

"3. Precisadas las posiciones jurídicas de las partes, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

i. De lo acontecido en sede administrativa, se advierte. [...]

En ese sentido, es claro que los documentos relacionados en el párrafo *supra* son distintos a la oferta económica (cuadro resumen de precios) prevista en el literal d) del mismo fólder.

En el presente caso la CEO consideró que la sociedad tercera beneficiada no «cumplió» con los documentos requeridos en la oferta, estableciendo que la «… *Oferta económica (cuadro resumen de precios), carece de firma y sello del ofertante; oferta económica es un documento no subsanable», por lo que no le previno, y por eso no pasó a la siguiente etapa de evaluación*».

Es así que, al ser la sociedad SSELIMZA una de las ofertantes que, sí cumplía con dicho requisito, continúo siendo evaluada, junto con la sociedad Servicios Renovados de Seguridad Sociedad Anónima de Capital Variable

(SSERVAL, S.A de C.V.), obteniendo la primera una ponderación total del 99% y de 94.5% la segunda.

Posteriormente, la sociedad COSAINAPS presentó recurso de revisión, en el trámite del mismo la CEAN en su recomendación expresó que: [...]

Con la recomendación realizada por la CEAN, la autoridad demandada resolvió adjudicar, a la sociedad COSAINAPS, tercera beneficiada, por medio del acto emitido el cinco de enero de dos mil quince.

iii. Durante la sustanciación del procedimiento licitatorio debe mantenerse un trato igualitario entre los oferentes. Ello, en síntesis, se traduce en la estricta observancia de la legalidad, aplicando el ordenamiento que rige la licitación pública sin ningún tipo de discriminación que beneficie o perjudique injustamente a unos en perjuicio de otros.

Asimismo, la Administración pública debe buscar la concurrencia de la mayor cantidad de ofertas en beneficio del interés público, ya que esto le permite elegir al contratante que satisfaga mejor las expectativas del ente administrativo. Por tanto, el interés de la Administración al prevenir al ofertante para el cumplimiento de los requisitos, no es el de procurar su descalificación, ni el simple cumplimiento de una etapa formal, sino la obtención de toda la información que le permita identificar, mediante las siguientes etapas, la oferta que mejor satisfaga el interés público que se persigue."

LA ADMINISTRACIÓN EN VÍA DE RECURSO VALIDÓ UN DOCUMENTO QUE LAS MISMAS BASES DE LICITACIÓN HABÍAN CALIFICADO COMO NO SUBSANABLE, POR LO QUE LA DECISIÓN DE LA AUTORIDAD DEMANDADA DE REVOCAR LA ADJUDICACIÓN, ES ILEGAL.

"Importa en el presente caso, según el cuadro de evaluación de ofertas (folio 792 vuelto de la pieza 2 del expediente administrativo), la Administración identificó que la «… *Oferta económica (cuadro resumen de precios), carece de firma y sello del ofertante; oferta económica es un documento no subsanable», por lo que no le previno, y por eso no pasó a la siguiente etapa de evaluación*», presentado por la tercera beneficiada.

La autoridad demandada no procedió a realizar prevención alguna en el procedimiento de adjudicación, en vista que las bases establecían claramente en el acápite 25 cuáles eran los documentos que sí podían ser subsanados, en los que se encontraban los comprendidos en el literal e) del folder número 3 "Otros documentos comprendidos en la oferta", en los cuales no está la oferta económica (cuadro resumen de precios).

Posteriormente, la Administración en vía de recurso aplicando un criterio propio omitió dicha regla establecida en las bases de licitación, aún y cuando advierte también que el cuadro únicamente contiene el nombre del Representante Legal, pero sin firma y sello, y que el mismo no podía ser modificable por ningún medio por el ofertante, procediendo a tener por aceptada la documentación y evalúo la oferta presentada siguiendo las demás etapas, concluyendo que COSAINAPS tenía los resultados con el porcentaje más alto y le adjudicó la licitación pública número 01/2015-ISBM.

En el caso concreto, la Administración pública debía ceñirse a lo previsto en las bases de licitación, que de conformidad al artículo 43 de la LACAP, son el instrumento particular que regula la contratación, en las que los ofertante conocerán 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 anterior en concordancia con el artículo 45 de la misma ley, que prevé que las bases deberán contener, además, las exigencias sobre las especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales, administrativas y el modelo general del contrato, y que la presentación de una oferta por el interesado, dará por aceptadas las indicaciones contenidas en las bases de licitación o de concurso.

Como se ha expresado, las bases de licitación establecen, entre otros, los requisitos formales para la admisión de los participantes. En este sentido, la tercera beneficiada estaba obligada a presentar la documentación que le fue exigida, bajo las condiciones y formalidades instituidas en las respectivas bases, es decir, tanto los *Documentos Legales* descritos en el apartado 11.1, como los *Documentos Financieros* del apartado 11.2., así como los *Documentos Técnicos* del apartado 11.3, entre estos últimos, el literal d) «*Oferta económica (Formulario 2 de la sección III de estas bases), debidamente firmada y sellada por el licitante, su representante legal o su apoderado»,* (folio 54 pieza 2 del expediente administrativo), dicho formulario es el cuadro resumen de precios (folio 34 de la pieza 2 del expediente administrativo).

Las bases de licitación establecían que toda propuesta recibida en el acto de apertura de la licitación número 01/2015-ISBM pasaría por un proceso de evaluación -*consistente de cuatro etapas*- realizado por la CEO designada por la autoridad demandada (folio 48 pieza 2 del expediente administrativo).

Es preciso entonces considerar, que, en el caso analizado, la Administración en vía de recurso, validó un documento que las mismas bases de licitación habían calificado como no subsanable, que aún y cuando no tenía ponderación alguna, si tenían la obligación de verificar si se cumplía o no, y que además ésta no se encontraba dentro de la documentación que podía ser objeto de prevención para subsanar.

En ese sentido, la decisión de la autoridad demandada, de revocar la adjudicación número 239/2014-ISBM, a la sociedad SSELIMZA, es ilegal.

vi. En consecuencia, se concluye que el Instituto, vulneró el principio de legalidad y el derecho la seguridad jurídica, en los términos alegados por la parte actora.

vii. 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 ma-

nera es posible satisfacer en su plenitud determinada pretensión, en el presente caso es posible la estimación de la pretensión 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 inoficioso continuar el examen del resto de alegatos de ilegalidad planteados."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 90-2015, fecha de la resolución: 29/03/2019

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

ARREGLO DIRECTO Y ARBITRAJE

"3. Precisadas las posiciones jurídicas de las partes, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

El artículo 161 de la LACAP regula que para resolver las diferencias o conflictos que surgieren durante la ejecución de los contratos, se sujetará a la sede judicial, salvo pacto expreso de sometimiento a métodos alternativos de resolución de conflictos.

Así, se establece de conformidad con la LACAP, el *arreglo directo*, y si agotado éste, el litigio o controversia persistiere, las partes podrán recurrir al *arbitraje,* debiendo aplicar la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

El arreglo directo -artículo 163 de la LACAP-, puede definirse como la negociación o convenio al que las partes contratantes sin intervención de terceros, se someten voluntariamente para llegar a un acuerdo mutuo.

En el artículo 164 de la LACAP, se detallan las formalidades que las partes deberán cumplir para acceder al arreglo directo. Dicha disposición es determinante al señalar que la negociación procederá ante la solicitud escrita que una de las partes hiciera a la otra, puntualizando las diferencias a deliberar; si la solicitud proviene del particular, deberá además requerir se fije el lugar, día y hora para el encuentro, si por el contrario es la institución contratante la solicitante, la nota deberá indicar de una vez el lugar, día y hora de la reunión para el convenio."

NINGUNA DE LAS PARTES OPTÓ POR HACER USO DEL ARREGLO DIRECTO

"Al respecto, cabe destacar que, de la revisión efectuada al expediente administrativo, no se encontró incorporada solicitud en la que alguna de las partes, de acuerdo a la cláusula pactada y al procedimiento determinado por la ley especial, hayan requerido durante la ejecución del contrato, el arreglo directo. De ahí que se verifica que la falta de solicitud para el ejercicio del medio alterno de solución de conflictos regulado por la cláusula décima quinta y el artículo 163 de la LACAP por parte de la autoridad demandada, no era óbice para que ésta en caso de ser procedente, iniciara con el procedimiento de extinción del contrato. Por el contrario, la parte interesada, según ley, estaba habilitada para realizar la solicitud de arreglo directo, en la forma preestablecida para la negociación ante el Ministerio, sin embargo, no lo hizo.

Por lo que habiendo quedado de manifiesto que ninguna de las partes optó por hacer uso del arreglo directo, este Tribunal considera que no ha existido la vulneración a los artículos 161, 163 y 164 de la LACAP, alegados por la sociedad actora. Más aún, al no haberlo realizado la demandante, (estando facultada) no puede ahora argumentar que su inactividad, causa violación a los referidos artículos, en aplicación de la teoría de los actos propios."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 470-2011, fecha de la resolución: 06/06/2019

MULTAS POR MORA

FINALIDAD

"B.2. Aclarado lo anterior, es necesario, referirnos al señalamiento de los procedimientos administrativos que según la parte actora tuvieron que aplicarse previamente a la sanción de inhabilitación.

El procedimiento regulado en el artículo 85 de la LACAP, tiene por finalidad imponer una sanción de "multa por mora", es así que, la infracción atribuible al contratista es la mora, y habilita que la Administración pública exija la multa por cada día de retraso a efecto de conminarle el cumplimiento total de la obligación principal, una vez comprobada la mora por causas imputables a él, buscando incentivar el cumplimiento de las obligaciones pactadas, en razón del interés público."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 431-2012, fecha de la resolución: 15/02/2019

MULTAS

PROCEDE IMPOSICIÓN, ANTE LA PRESENTACIÓN POR PARTE DEL CONTRIBUYENTE DE UNA DECLARACIÓN DE RENTA INCORRECTA

"Sobre la ilegal imposición de multa por evasión no intencional del impuesto.

La parte demandante considera que se le ha impuesto ilegalmente multa por evasión no intencional del impuesto, pues considera que las objeciones realizadas por la Administración Tributaria a las compras y créditos fiscales no son legales, y que reúnen todos los requisitos de ley para su deducción.

Además, con base al principio de eventualidad procesal solicita que en caso se considere procedente la multa impuesta, se admita como excluyente de responsabilidad el error excusable, pues al deducirse las compras y créditos fiscales lo hizo por considerar que eran procedentes conforme a la ley.

En el presente caso la comisión de la infracción regulada en el artículo 253 del Código Tributario fue constatada por la Administración conforme a los informes de auditoría; no obstante la parte actora está inconforme con la imposición

de la multa pues considera que las objeciones realizadas por la Administración Tributaria a las compras y créditos fiscales no son legales, y que reúnen todos los requisitos de ley para su deducción; sin embargo, el contribuyente no puede desconocer la antijuridicidad de su actuar pues la norma descriptora del tipo ilícito establece que se realiza al presentar una declaración incorrecta lo cual sucedió en el presente caso, debido a que en su declaración se dedujo compras y créditos fiscales, sin poseer los soportes documentales que establecen las leyes tributarias -artículo 206-A del CT- para la procedencia de la deducción, con los cuales se probara la existencia efectiva de la operación de conformidad a lo regulado en el artículo 65-A de la Ley del IVA, puntualmente el inciso 4°, número 2.

Con relación al error excusable en la aplicación de la ley, los argumentos invocados por la actora no poseen la entidad suficiente para demostrar un accionar diligente de su parte, pues si no tenía certeza que su actuar era legal, debía realizar la consulta respectiva a la Administración Tributaria -artículos 26 del CT y artículo 4 del Reglamento de Aplicación del Código Tributario-, sobre sí podía realizar los pagos en efectivo a solicitud de uno de sus proveedores aunque las cantidades coincidieran con las establecidas en el artículo 206-A del Código Tributario, o sí debía llevar inventario o no.

En conclusión, la Administración Tributaria ha acreditado durante el procedimiento de fiscalización que el demandante no podía deducirse dichos gastos, acoplando su actuar dentro del supuesto establecido en el artículo 253 del Código Tributario, específicamente por haber presentado una declaración de renta incorrecta."

LOS CONTRIBUYENTES QUE TENGAN POR ACTIVIDAD LA CONSTRUCCIÓN DE INMUEBLES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR REGISTROS DE CONTROL DE INVENTARIOS

"Sobre la ilegal imposición de multa por omitir llevar registros de control de inventarios.

La parte actora argumenta que se le ha impuesto ilegalmente multa por omitir llevar registros de control de inventarios, debido a que considera que no tiene dicha obligación, ya que los bienes que adquiere no son con el ánimo de revenderlos, sino que son utilizados para la prestación de servicios de ingeniería civil, así como tampoco se dedica a transferir en el mismo estado los bienes adquiridos.

Al respecto, esta Sala puntualiza lo siguiente:

La infracción tributaria atribuida a la demandante en sede administrativa es la contemplada en el artículo 243 letra a) del Código Tributario, que cita: *«(…) Constituyen incumplimientos con relación a la obligación de llevar control de inventarios y métodos de valuación :a) Omitir llevar registros de control de inventarios estando obligado a ello. Sanción: Multa equivalente al cero punto cinco por ciento sobre el patrimonio o capital contable que figure en el balance general menos el superávit por revalúo de activo no realizado, la que no podrá ser inferior a nueve salarios mínimos mensuales (…)»*

En el presente caso la comisión de la infracción regulada en el artículo 243 letra a) del Código Tributario fue constatada por la Administración conforme a

los informes de auditoría; no obstante la sociedad actora está inconforme con la imposición de la multa pues considera que no tenía la obligación de llevar registros de control de inventarios, ya que los bienes que adquiere no son con el ánimo de revenderlos, sino que son utilizados para la prestación de servicios de ingeniería civil, así como tampoco se dedica a transferir en el mismo estado los bienes adquiridos.

Sin embargo, la sociedad actora no puede desconocer la antijuridicidad de su actuar pues el artículo 142 inciso 1° y 3° prescriben: *"Los sujetos pasivos cuyas operaciones consistan en transferencias de bienes muebles corporales están obligados a llevar registros de control de inventarios que reflejen clara y verazmente su real movimiento, su valuación, resultado de las operaciones, el valor efectivo y actual de los bienes inventariados así como la descripción detallada de las características de los bienes que permitan individualizarlos e identificarlos plenamente.*

(…) Las obligaciones citadas en los incisos anteriores, también son aplicables para aquellos contribuyentes que tengan por actividad la (…) construcción de obras materiales muebles o inmuebles bajo cualquier modalidad, así como también aquellos prestadores de servicios cuya actividad se materialice en la entrega de bienes muebles o inmuebles".

De lo anterior resulta claro que los contribuyentes que tengan por actividad la construcción de inmuebles tienen la obligación de llevar registros de control de inventarios de la forma prescrita en los artículos 142 y 142-A del CT, en relación con el artículo 81 de su Reglamento de Aplicación, debido a que los materiales comprados sirvieron para ejecutar obras de construcción de bienes inmuebles, adecuándose al supuesto regulado en el artículo 142 inciso 3° del Código Tributario, en conclusión, no es procedente el motivo de ilegalidad argumentado por la parte demandante."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 33-2015, fecha de la resolución: 11/03/2019

NOTICIAS PERIODÍSTICAS

BAJO EL FORMATO QUE SEA, NO PUEDEN CONSTITUIR VERDADEROS ACTOS DE NOTIFICACIÓN REVESTIDOS CON LAS GARANTÍAS MÍNIMAS QUE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EXIGE

"4. Precisados los argumentos de las partes y terceros beneficiados con el acto administrativo impugnado, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

i. En la resolución T-0390-2009, de las quince horas del veintidós de abril de dos mil nueve (folios 1549 vuelto al 1554 frente), al analizar la futura introducción de la televisión digital en nuestro país, el Superintendente consideró -con fundamento en el informe técnico AE-288-A, de fecha tres de abril de dos mil nueve, emitido por la Gerencia de Telecomunicaciones de la SIGET- que existía la necesidad de ordenar las medidas necesarias que permitieran la efectiva conversión de la televisión analógica a la digital, con el objeto que todos los

concesionarios del servicio de difusión de televisión de libre recepción realizaran su planificación, calendarización y preparación de sus sistemas y equipos para la denominada "era de la televisión digital".

Por lo anterior, en la misma resolución, el Superintendente resolvió: *[...]*

ii. Pues bien, las suspensiones ordenadas en la resolución T-1043-2012 impedían, en lo relevante al presente caso: (*a*) el otorgamiento de concesiones para la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico, en las bandas de 54-88 MHz, 174-216 MHz y 470-806 MHz, para los servicios de Difusión Televisiva de Libre Recepción, por Suscripción y Fijo-Móvil, y (*b*) la tramitación de solicitudes de asignación de un rango adicional de frecuencias para realizar pruebas de transmisión de televisión terrestre digital de diversos operadores. [...]

En este punto conviene señalar que los hechos que la actora trae a colación en su demanda para establecer que la resolución T-0315-2014 fue del conocimiento de los operadores relacionados, no constituyen actos formales de notificación.

Concretamente, la parte demandante indicó que la resolución señalada se hizo de "conocimiento público" a partir del veintidós de mayo de dos mil catorce, a través de diversos medios de comunicación escritos y televisivos en los que se difundieron "noticias periodísticas" sobre la reasignación del canal 11 de televisión (folio 9 vuelto).

Al respecto, es criterio de esta Sala que tales "noticias periodísticas" (folio 9 vuelto), bajo el formato que sean, no pueden constituir verdaderos actos de notificación revestidos con las garantías mínimas que el ordenamiento jurídico exige.

Ahora, la impetrante señaló en su demanda que "la fecha a partir de la cual hubiese podido nacer a la vida jurídica la posibilidad de impugnar la resolución T-0315-2014 -por parte de los terceros beneficiados- fue desde la fecha en que la decisión se hizo del conocimiento público" en diversos medios de comunicación (folio 8 vuelto). Para sustentar dicho argumento citó la resolución de las once horas del cuatro de mayo de dos mil doce, emitida por la Sala de lo Constitucional de esta Corte, en el proceso de inconstitucionalidad 19-2012, en la cual el Tribunal aludido, al abordar la temática de los medios alternativos al Diario Oficial para hacer de conocimiento público las elecciones de segundo grado realizadas por la Asamblea Legislativa, concluyó lo siguiente: *«(...) los actos por medio de los cuales el Legislativo realiza elecciones de segundo grado, se perfeccionan en el momento en que los decretos correspondientes son aprobados (…) para darlos a conocer, estos decretos legislativos pueden publicarse por cualquier medio (…) Y en vista que los decretos legislativos en cuestión no han sido publicados formalmente por la Asamblea Legislativa, no es necesario, en el presente caso, tenerlos a la vista ni, mucho menos, el Diario Oficial en que se publicarán; tales decisiones son del conocimiento público, por lo que su existencia se da por supuesta (…)»* (SIC) (folio 8 vuelto y 9 frente).

En ese sentido, la parte actora indicó que con base a la jurisprudencia constitucional relacionada, la resolución T-0315-2014 fue de conocimiento público a partir de su divulgación en diversos medios noticiosos por lo que "*no resultaría exigible su publicación en el Diario Oficial para que los terceros beneficiados con*

el acto cuya legalidad se controvierte en esta sede pudiesen recurrir del mismo (…) o que se les hubiese entregado certificación de la resolución impugnada por los mismos, en apelación, ante la Autoridad Demandada en este proceso, pues la posibilidad de recurrir en apelación (…) se hubiese habilitado sólo durante los tres días posteriores a la fecha en que la resolución No. T-0315-2014 se hizo del conocimiento público" (folio 9 frente).

Al respecto, esta Sala considera necesario precisar que la solución adoptada en la jurisprudencia constitucional aludida, al específico caso en ella analizado -*conocimiento público de las elecciones de segundo grado realizadas por la Asamblea Legislativa*-, no resulta aplicable al presente proceso.

La jurisprudencia constitucional expuesta sostiene que el nombramiento de un funcionario de segundo grado por parte de la Asamblea Legislativa es un hecho de conocimiento público respecto del cual "*no es necesario (…)* [tenerlo] *a la vista ni, mucho menos, el Diario Oficial en que se* [publica]*; tales decisiones son del conocimiento público, por lo que su existencia se da por supuesta (…)*"

Ahora, la diferencia con el presente caso viene dada por los particulares efectos derivados de la resolución T-0315-2014 -*afectación de un interés legítimo*-, en el sentido que la misma incidía en la esfera jurídica de los operadores relacionados *supra*.

Como ya se estableció en apartados precedentes, por medio de la resolución T-0315-2014 (*i*) se revocaron parcialmente los efectos de la resolución T-1043-2012 *sin especificar el alcance de tal revocatoria* y (*ii*) se reasignó a la Universidad Francisco Gavidia el canal 11 de televisión.

Dicho lo anterior, debe precisarse que, conforme con el artículo 4 del Instructivo para las Notificaciones de los Acuerdos y Resoluciones Emitidas por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, las notificaciones de las resoluciones de la SIGET que afecten derechos o interés legítimos deben realizarse *inicialmente de forma personal* y, en su caso, cumpliéndose los presupuestos que el mencionado instructivo señala en relación a la procedencia de diversas formas de notificación, por medio de la publicación de un edicto.

Así, el artículo 4 del Instructivo para las Notificaciones de los Acuerdos y Resoluciones Emitidas por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones señala: *«(...) Cuando sea desconocida la residencia del destinatario o interesado en las diligencias, éste no hubiere señalado lugar para oír notificaciones o cambiare el mismo sin notificarlo a SIGET, y que en todo caso éste no constare en el expediente o archivos de esta Superintendencia, se procederá de la siguiente manera: a) Tratándose de resoluciones o acuerdos que den inicio a un procedimiento sancionatorio o que afecte derechos del destinatario, o de las resoluciones o acuerdos que pongan término a un procedimiento, se publicará en un periódico de circulación nacional un extracto del contenido esencial de la misma, y paralelamente se realizará por edicto que se fijará en un tablero colocado en lugar visible de la recepción de las oficinas de SIGET por el término de tres días. Transcurrido dicho término la notificación producirá todos sus efectos. b) Para las resoluciones o acuerdos que no encajen en el supuesto anterior, bastará su realización por edicto de la forma en que ha quedado establecido (…)*».

En este orden de ideas, debe enfatizarse el hecho que la resolución T-0315-2014 afectaba *intereses legítimos* de los terceros beneficiados, en los términos expuestos en los apartados precedentes, por lo que la notificación de dicha resolución, en función del derecho constitucional de defensa, debía hacerse a cada operador y, además, publicarse *íntegramente* en el Diario Oficial, tal como se hizo con la resolución inmediatamente anterior, es decir, la identificada como T-1043-2012 que suspendía (*a*) el otorgamiento de concesiones para la explotación de frecuencias del espectro radioeléctrico, en las bandas de 54-88 MHz, 174-216 MHz y 470-806 MHz, para los servicios de Difusión Televisiva de Libre Recepción, por Suscripción y Fijo-Móvil, y (*b*) la tramitación de solicitudes de asignación de un rango adicional de frecuencias para realizar pruebas de transmisión de televisión terrestre digital de diversos operadores.

Lógicamente, si la resolución T-0315-2014 -que no fue publicada íntegramente- revocó parcialmente la resolución T-1043-2012 -que sí fue publicada íntegramente-, la publicación de la primera debía seguir el mismo mecanismo y el nivel máximo de publicidad dado a la segunda.

En este sentido, la resolución T-0315-2014 sí debía publicarse *íntegramente* con el objeto de informar a los operadores y público en general los cambios en la regulación y ordenación del espectro radioeléctrico en el proceso de transición de la televisión analógica a la terrestre digital, en favor de la eficiente utilización e igualdad de oportunidades en el aprovechamiento del mismo.

En consecuencia, *no resulta aplicable al presente caso la posición jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional sobre el conocimiento público de las elecciones de segundo grado realizadas por la Asamblea Legislativa* que la parte actora propone para justificar que la resolución T-0315-2014 se hizo de "conocimiento público" a través de diversos medios de comunicación escritos y televisivos en los que se difundieron "noticias periodísticas" sobre la reasignación del canal 11 de televisión (folio 9 vuelto) y que ello -según la demandante- era suficiente para que los operadores respectivos conociesen su contenido."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 341-2014, fecha de la resolución: 08/05/2019

NULIDAD DE PLENO DERECHO

ANTE AUSENCIA DE PROCEDIMIENTO DETERMINADO POR LA LEY, LA AUTORIDAD DEMANDADA TIENE LA OBLIGACIÓN DE CONFIGURAR UN PROCEDIMIENTO AD HOC

"4. Agotado el análisis del primer punto argumentativo de la pretensión, corresponde pronunciarse sobre el siguiente aspecto.

La asociación demandante alegó que la resolución con referencia VMT-DGTTO-LAE-5443/2010, emitida a las doce horas cuarenta minutos del veinticinco de noviembre de dos mil diez, es nula de pleno derecho por haber sido emitida «(…) *sin (…) un procedimiento previo mediante el cual se informase (…) sobre la intensión de retirar las instalaciones (…) y se le permitiere ejercer efectivamente su defensa (…)*» (folio 96 frente). [...]

Del examen del ordenamiento jurídico que regula las actuaciones administrativas de la Dirección General de Tránsito y, en general, del Viceministerio de Transporte, este Tribunal no advierte la regulación de un procedimiento administrativo para la remoción de obras en las vías públicas. Sin embargo, tal omisión no implica que la autoridad administrativa no debe desarrollar un procedimiento mediante el cual dé la oportunidad a los interesados para la defensa de sus derechos e intereses.

ii. Pues bien, el acto administrativo por medio del cual se ordena la remoción de una estructura, que en su momento fue objeto de una autorización -resolución con referencia VMT-DGT-0670/2003 de fecha nueve de septiembre de dos mil tres-, constituye un acto administrativo desfavorable o de gravamen, pues incide de forma negativa en la esfera jurídica de sus destinatarios.

En ese sentido, previo a la emisión del mismo, la Administración debe cumplir con los principios y garantías constitucionales mínimas, verbigracia: el derecho de audiencia y defensa.

Así, ante la ausencia de un procedimiento determinado por la normativa de la materia, la autoridad demandada, como garante de la legalidad, tenía la obligación de configurar un procedimiento *ad hoc* y dar una oportunidad a la Asociación Pro-Mejoramiento de Residencial Monte Sión para presentar las alegaciones que considerara procedentes y, además, la prueba respectiva; todo ello en aplicación directa del artículo 11 de la Constitución de la República."

LA FALTA DE PROCEDIMIENTO PREVIO Y LA EMISIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DESFAVORABLE DA COMO RESULTADO UNA NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

"Ya la Sala de lo Constitucional de esta Corte, al analizar un caso relativo a la emisión de un acto administrativo desfavorable sin un procedimiento previo, siendo inexistente regulación de éste en la ley de la materia, expuso lo siguiente: «*(…)es válido señalar que, dada la eficacia directa de la Constitución, ésta constituye la norma inmediatamente aplicable, por ser el orden básico de toda la estructura jurídica estatal y por crear instituciones que limitan y controlan los poderes estatales, lo que implica que previo a la (…)* [emisión del acto desfavorable] *ha de darse una estricta observancia al derecho de audiencia, ya que el artículo 11 de la Constitución –como todo su contenido- goza de una aplicación directa, y ha de ser respetado por todos los Órganos del Estado dentro de los procesos o procedimientos de que se trate(…)*».

Así, en dicho caso, la referida Sala terminó concluyendo que el acto desfavorable sometido a control constitucional era «*(…)un acto privativo de derechos respecto de los cuales debía haberse tramitado previamente un procedimiento ad hoc -tal cual se ha establecido supra-, en el cual se hubiese hecho efectivo el Art. 11 Cn. otorgándole al (…) peticionario una oportunidad real y completa de defensa de las razones aducidas (…)*» (Sentencia de las trece horas cuarenta y cuatro minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil dos. Amparo 720-2001).

Ahora, de manera particular, importa relacionar la sentencia emitida por la misma Sala, a las diez horas con treinta y un minutos del día veintitrés de octubre de dos mil quince, en el proceso de amparo 289-2012.

El objeto de la controversia de este último amparo consistió en determinar si las autoridades demandadas en tal proceso (*Director General de Tránsito y Viceministro de Transporte*) habían vulnerado los derechos constitucionales de los peticionarios al ordenar el retiro de unos portones colocados en su propiedad, sin que previamente se les haya brindado la oportunidad de controvertir las razones que motivaron esa decisión. [...]

Con lo anterior, este Tribunal verifica que en el presente caso no existió un procedimiento previo a la emisión de la actuación administrativa impugnada, que garantizara la defensa de los derechos e intereses legítimos de la Asociación Pro-Mejoramiento de Residencial Monte Sión y, principalmente, que le otorgara la oportunidad de controvertir el informe transcrito.

Este hecho, tal como se ha precisado en los apartados anteriores, torna nula de pleno derecho la resolución con referencia VMT-DGTTO-LAE-5443/2010, de las doce horas cuarenta minutos del veinticinco de noviembre de dos mil diez."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 92-2014, fecha de la resolución: 14/06/2019

EL ACTO ADMINISTRATIVO NULO DE PLENO DERECHO ES AQUEL ACTO DEFECTUOSO QUE CARECE DE UN ELEMENTO ESENCIAL O FUNDAMENTAL; O BIEN PRESENTA UN VICIO TAN GRAVE, QUE CONDICIONA SU VALIDEZ

"c.2. <u>De la nulidad de pleno derecho y la vía de hecho</u>.

Uno de los principios rectores y fundamentales en materia de derecho administrativo, es la sujeción absoluta de la Administración Pública al principio de legalidad en su vertiente positiva, el cual constriñe el actuar de ésta a las facultades exclusivas que le confiere la Ley (artículo 86 inciso 3° de la Constitución).

Sin embargo, en caso que la actuación de la Administración no se apegue a este mandato constitucional, el derecho administrativo ha desarrollado distintas consecuencias jurídicas, entre las cuales encontramos las irregularidades no invalidantes, anulabilidades, nulidades de pleno derecho, y en su manifestación más lejana al mandato legal: la vía de hecho.

Si bien todas son consecuencias propias ya sea de la actuación administrativa, o de los actos administrativos, importa en este caso destacar en términos: la nulidad de pleno derecho y la vía de hecho.

Así, el acto administrativo nulo de pleno derecho es aquel acto defectuoso que carece de un elemento esencial o fundamental; o bien presenta un vicio tan grave, que condiciona su validez. Sobre esto, esta Sala en jurisprudencia consolidada ha definido que los actos administrativos incurren en nulidad absoluta o de pleno derecho cuando son: «(...) *dictados por autoridad manifiestamente incompetente; cuando sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, se omitan los elementos esenciales del procedimiento previsto, o los que garantizan el derecho a la defensa de los interesados; cuando su contenido sea de imposible ejecución; cuando sean actos constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de aquéllos; entre otros (...)»* (Sentencia pronunciada con fecha veintiocho de enero de dos mil diecinueve, referencia 408-2016)."

DIFERENCIAS ENTRE NULIDAD DE PLENO DERECHO Y VÍA DE HECHO

"Por otro lado, también este Tribunal ha conceptualizado que la vía de hecho «(...) *se configura cuando de manera pura y simple, la Administración pasa a la acción sin emitir acto alguno; es decir la actuación que realiza la Administración no está precedida de una declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo, emitida en el ejercicio de sus facultades (es decir, en el ejercicio de la función administrativa del funcionario o autoridad), que le dé cobertura al accionar material o físico de la Administración, sino que son meras acciones o actuaciones físicas desprovistas de actos administrativos que autoricen y delimiten su accionar (...) En conclusión, la nota característica de la vía de hecho directa o basada en la inexistencia del acto de cobertura, es que se encuentre desprovista absolutamente de acto administrativo alguno, y en consecuencia de legitimidad (...)» (subrayado* es nuestro) (Sentencia pronunciada con fecha veinte de noviembre de dos mil dieciocho referencia 7-18-RA-SCA).

En consecuencia, si bien ambas figuras jurídicas encuentran similitudes, la diferencia entre la nulidad de pleno derecho y la vía de hecho, se afinca en que, el acto administrativo nulo de pleno derecho no constituye un mero comportamiento material o actuación física del órgano administrativo gravemente ilegítimo, por el contrario en el caso de la vía de hecho directa (también llamada radical) no existe acto administrativo alguno que brinde cobertura legal a la actividad material de la Administración.

Doctrinariamente se ha establecido que la vía de hecho administrativa, comprende: *«(...) todos los casos en que la Administración pública pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que la sirva de fundamento jurídico y aquellos otros en los que en cumplimiento de una actividad material de ejecución comete una irregularidad grosera en perjuicio del derecho de propiedad o una libertad pública»* (subrayado es nuestro) [García de Enterría y Fernández, García y Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo I, Civitas, Madrid, 1996, 7ª edición, Tomo I, p. 776].

En otras palabras, se tiene que: «(...) *la vía de hecho administrativa se erige como un comportamiento material, de quien tiene a su cargo el ejercicio de la función administrativa, gravemente ilegítimo que afecta derechos o garantías constitucionales (…)»* (Comadira, Julio Pablo, Ensayo sobre Las vías de hecho administrativas, contenido en el libro III Congreso de Derecho Administrativo en El Salvador, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2016, p. 57)."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 371-2016, fecha de la resolución: 23/12/2019

LA FALTA DE UN ORDENAMIENTO QUE REGULE DE FORMA EXPRESA TAL CATEGORÍA NO EXIME LA OBLIGACIÓN DE ANALIZARLA Y CALIFICARLA

"C. Establecidas las posiciones jurídicas de las partes y de la representación fiscal sobre el fondo de la controversia, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

1. Tal como se precisó *supra*, la parte actora señaló que el acto administrativo controvertido es *nulo de pleno derecho* por haberse omitido -previo a su

emisión- el procedimiento señalado por la LJCA para la revocación de actos administrativos favorables, es decir, el denominado "proceso de lesividad".

2. El artículo 2 de la LJCA establece que la competencia de esta Sala se circunscribe al conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. Consecuentemente, el artículo 7 del mismo cuerpo normativo establece que se admite la impugnación de actos administrativos cuando éstos sean *nulos de pleno derecho*.

Ahora, a la fecha de emisión del acto administrativo impugnado y estando vigente la LJCA emitida mediante Decreto Legislativo número ochenta y uno, del catorce de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, publicado en el Diario Oficial número doscientos treinta y seis, Tomo número doscientos sesenta y uno, de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, no existía regulación que estableciera los supuestos a los cuáles se atribuye dicha consecuencia jurídica -nulidad de pleno derecho-.

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. Ahora bien, si la ley reconoce a esta Sala la facultad y el deber de admitir la impugnación de actos viciados de nulidad de pleno derecho, la falta de un ordenamiento que regule de forma expresa tal categoría, no exime la obligación de analizarla y calificarla. De tal forma que este Tribunal, encargado del control de la legalidad de los actos de la Administración Pública, está obligado, ante la impugnación de actos por nulidad de pleno derecho, a determinar si los concretos vicios alegados en cada caso encajan o no en dicha categoría.

Naturalmente, tal calificación ha de realizarse de forma rigurosa, con razonamientos objetivos y congruentes propios de la institución de la nulidad y, además, sustentarse en el ordenamiento jurídico interno."

CASOS EN QUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS INCURREN EN NULIDAD DE PLENO DERECHO

"Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la nulidad de pleno derecho es una categoría de invalidez caracterizada por una especialidad que la distingue del resto de vicios que invalidan los actos de la Administración.

Es generalmente aceptada la cualificación de los vicios o deficiencias que afectan la validez del acto administrativo en tres grandes categorías: irregularidades no invalidantes, nulidad relativa (anulabilidad) y nulidad absoluta (nulidad de pleno derecho). 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.

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 consecuencias como la imposibilidad de subsanación, imprescriptibilidad e ineficacia *ab initio*. En este

orden de ideas, la nulidad de pleno derecho tiende a identificarse por la especial gravedad del vicio.

En lo que importa al presente caso debe señalarse que, según la doctrina del derecho administrativo, los actos administrativos incurren en nulidad absoluta o de pleno derecho cuando: (*i*) son dictados por una autoridad manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, (*ii*) son dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, se omiten los elementos esenciales del procedimiento previsto, o los que garantizan el derecho a la defensa de los interesados, (*iii*) su contenido es de imposible ejecución, ya sea porque existe una imposibilidad física de cumplimiento o porque la ejecución del acto exige actuaciones que resultan incompatibles entre sí, (*iv*) se trata de actos constitutivos de infracción penal o de actos dictados como consecuencia de aquéllos y, (*v*) en cualquier otro supuesto que establezca expresamente la ley (David Blanquer, Derecho Administrativo. Volumen 1 °**.** Editorial Tirant Lo Blanch. S. L. Valencia. 2010. Página 468).

Estos supuestos han sido retomados por esta Sala para realizar el análisis de la pretensión deducida bajo la forma de una nulidad de pleno derecho (verbigracia, en la sentencia de las quince horas del cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, proceso contencioso administrativo 361-2012).

Precisado esto, debe reafirmarse que es competencia de esta Sala conocer y decidir sobre las pretensiones deducidas por los justiciables cuyo fundamento jurídico sea la alegación relativa a la existencia del vicio de "*nulidad de pleno derecho*", y determinar, en cada caso, si tal vicio encaja en esta categoría especial de invalidez.

Expuesto lo anterior, en el caso *sub judice* la impetrante ha manifestado que la actuación administrativa impugnada es nula de pleno derecho por la omisión del «*(…)procedimiento establecido en la Ley para declarar ilegales los actos administrativos firmes (…) y que son favorables (…)*» (folio 12 frente). Así, la demandante ha expuesto que la LJCA «*(…) indica la necesidad de seguir el Proceso de Lesividad para poder dejar sin efecto* [actos favorables que deban ser] *declarados ilegales, con independencia de los motivos que aduzca la Administración;* [de tal manera que] *el Director General de Transporte Terrestre, debió observar lo dispuesto en los artículos 8,12 inciso 2º y 29 de la* [LJCA derogada] *(…)»* (folio 12 frente).

Conforme lo anterior, este Tribunal advierte que la pretensión de nulidad de pleno derecho de la parte demandante encaja, en su planteamiento formal, en el supuesto de nulidad de pleno derecho relativo a la emisión de actos *"prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"*.

Así, en atención al principio de congruencia, esta Sala pasará a analizar, en su orden, (i) si la revocación -de las resoluciones 61131-MODICONLINEA-DGTT/2008, 4259-MODICONU-DGTT/2009 y 19432-MODICONRU-DGTT-2008- hecha por medio del acto administrativo impugnado, es una actuación sujeta al proceso de lesividad diseñado en la LJCA y, en caso de confirmarse tal circunstancia, (ii) si la autoridad demandada desarrolló tal proceso; todo ello, a fin de concluir si el acto objeto de control en el presente proceso es nulo de pleno derecho.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 133-2013, fecha de la resolución: 04/02/2019

ORDEN DE COMPRA

DOCUMENTO QUE EMITE LA INSTITUCIÓN CONTRATANTE Y REGULA LA RELACIÓN ENTRE UN CONTRATISTA Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN EL PROCESO DE ADQUISICIONES DE BIENES Y SERVICIOS, POR LA VÍA DE LA LIBRE GESTIÓN

"B.1. Ahora bien, previo al análisis, es necesario realizar algunas aclaraciones:

La autoridad demandada afirma que, para casos de incumplimiento para la orden de compra en libre gestión, no son aplicables los procedimientos encaminados a imponer una multa -artículo 85 de la LACAP-, o para la extinción de los contratos -artículos 93 y 94 de la LACAP y 64 del RELACAP-, dado que estos procedimientos están referidos a los contratos.

Es importante, establecer que la orden de compra, es el documento que emite la institución contratante y regula la relación entre un contratista y la Administración pública en el proceso de adquisiciones de bienes y servicios por la vía de la libre gestión, bastando la oferta del contratista y la orden de compra de la Administración pública para el perfeccionamiento de la relación contractual, donde ambas partes se comprometen y aceptan las condiciones establecidas en ellas de modo que el cumplimiento por las partes contratantes, queda debidamente explicitado.

Consecuentemente, no puede estar exenta de los procedimientos administrativos que regula la LACAP en caso de incumplimiento a la misma por parte de los contratantes."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 431-2012, fecha de la resolución: 15/02/2019

PLAZO PARA INTERPONER LA DEMANDA

SI LA DEMANDA SE PRESENTA FUERA DEL PLAZO, SE DECLARA IMPROPONIBLE POR EXTEMPORÁNEA

"b. Por otra parte, en cuanto al presupuesto procesal del ejercicio oportuno de la acción, el artículo 11 letra a) de la LJCA establece: «*El plazo para interponer la demanda será de 60 días, que se contarán: a) desde el día siguiente al de la notificación (…)*».

Por su parte, el artículo 47 del mismo cuerpo normativo dispone que:«*Los términos o plazos a que se refiere la presente ley comprenderán solamente los días hábiles, serán perentorios y no habrá necesidad de acusar rebeldía para tenerlo por concluidos*».

Conforme con las anteriores disposiciones normativas, para poder conocer y determinar la concurrencia de la nulidad relativa ya señalada, la demanda del presente caso debía ser interpuesta dentro del plazo de sesenta días hábiles contados a partir del día siguiente a aquél en que la parte actora tuvo conocimiento de la actuación que le genera agravio.

Así, dado que la Asociación de Vecinos de Monte Sión tuvo conocimiento de la existencia de la actuación administrativa impugnada el seis de diciembre

de dos mil diez (folio 85 vuelto), hecho que no ha sido controvertido por la parte demandada, el plazo relacionado empezó a correr el siete de diciembre de dos mil diez.

Al hacer el cómputo del tiempo transcurrido desde tal día hasta la fecha de presentación de la demanda -veintisiete de febrero de dos mil catorce-, se constata que la misma fue presentada extemporáneamente.

En este orden de ideas, advertido que ha sido el incumplimiento del presupuesto procesal relativo a la interposición de la demanda dentro del plazo que ordena el artículo 11 letra a) de la LJCA, este Tribunal se abstendrá de determinar si concurre la incompetencia del Director General de Tránsito para emitir el acto impugnado."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 92-2014, fecha de la resolución: 14/06/2019

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN SANCIONATORIA

CADA PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO O LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES PUEDEN ESTAR SOMETIDAS A LA CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN EN LA CONFIGURACIÓN DE LA SANCIÓN Y SU CUMPLIMIENTO FORZOSO

"La potestad sancionadora de la Administración pública debe ejercerse siguiendo un procedimiento previo constitucionalmente configurado, y dentro de los plazos legalmente establecidos, sin dilaciones indebidas. En esta línea, interesa distinguir las actuaciones que pueden sufrir interrupción: (i) la iniciación o incoación del procedimiento; y, (ii) la ejecución de la sanción. Corresponde entonces, distinguir para ello, las figuras de la prescripción y la caducidad.

Es importante señalar que las potestades o facultades de la Administración pública, como consecuencia de su origen legal y su carácter genérico, son imprescriptibles; no obstante, desde la perspectiva singular, cada procedimiento administrativo o la ejecución de las decisiones pueden estar sometidas a la caducidad o prescripción en la configuración de la sanción y su cumplimiento forzoso.

En relación con la prescripción, en derecho administrativo, hay que tener en cuenta que esta tiene [doctrinaria y lógicamente] las siguientes vertientes o sub clasificaciones, que son las dos caras de la misma moneda dentro de un procedimiento sancionatorio: la prescripción de la *acción*, que comprende desde la facultad de iniciar el procedimiento administrativo hasta la eficacia de la declaración de la existencia de la infracción, esta última también llamada prescripción interna o caducidad impropia [que tiene efectos distintos y propios de la caducidad]; y por otro lado, la prescripción de la *sanción*."

LA IMPOSICIÓN DE UNA SANCIÓN EXCEDIENDO DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN O DE LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN, CARECERÍA DE FUNDAMENTO NORMATIVO QUE LE BRINDE CONTENIDO DE LEGALIDAD

"En armonía a lo señalado, la prescripción de la acción comprendida en la prescripción de la auto tutela declarativa, se refiere a la facultad que ostenta la

Administración pública de iniciar un procedimiento; y el límite de esta facultad declarativa, opera por el mero transcurso del tiempo tras la inactividad administrativa (sin justa causa acreditada) ante la comisión de una infracción; en este sentido, el supuesto de hecho, la condición para que se verifique la prescripción declarativa es el mero transcurso de un plazo señalado en la ley sin que se persiga al presunto infractor. Por ello, la prescripción de la acción se constituye como una limitación a la persecución administrativa para iniciar un procedimiento contra el administrado, por haber perdido ésta su eficacia jurídica, ante la inactividad o laxitud de la autoridad competente para ejercerlo.

Al respecto José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez, sostienen que la operatividad de la prescripción en el ámbito administrativo responde a la sustancial unidad del fenómeno sancionador, argumentando que: *«…el instituto de la prescripción penal es aplicable al derecho administrativo sancionador (…) encontrándose su fundamento en el efecto destructor del tiempo, que hace a la sanción ineficaz a los fines para los cuales fue instituida a la vez que sirve a razones de seguridad jurídica, que impide que el sancionado viva en todo momento pendiente de su imposición…»* (Garberí Llobregat, José; Buitrón Ramírez, Guadalupe; El Procedimiento Administrativo Sancionador, Editorial Tirant lo Blanch, 41 Edición, Valencia, España, 2001, p.158).

De este modo, el ejercicio singular de la potestad sancionadora sólo puede ser ejecutado válidamente dentro un límite temporal fijado legalmente, de manera tal, que, si la Administración pública impusiera una sanción excediendo el término de la prescripción de la acción o de la ejecución de la sanción, este acto carecería de fundamento normativo que le brinde contenido de legalidad."

PRESCRIPCIÓN DECLARATIVA

"En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento [es decir, si la prescripción de la auto tutela declarativa no ha operado, sino que únicamente la caducidad del procedimiento] podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. Sobre esta línea, el legislador diferenció claramente a la caducidad en la Ley de Procedimientos Administrativos [hoy vigente, pero no aplicable, por no existir en el momento de realizarse el procedimiento sancionatorio].

En el caso de mérito [LPIAMA], la prescripción declarativa, comprende tanto la facultad que tiene la Administración para iniciar el procedimiento de imposición de multa por mora, y alcanza hasta la eficacia del acto administrativo de la declaración de la existencia de la multa por mora.

Por otro lado, también se reconoce la *prescripción de la ejecución de la sanción*, la cual opera cuando, habiendo iniciado e impuesto [en tiempo] una sanción, el administrado no la cumple voluntariamente dentro del plazo fijado por la Administración para ello; y además la autoridad no ejecuta su auto tutela ejecutiva; esta prescripción, por tanto, comienza a correr a partir de la fecha en que le fuere exigible cumplir el pago u obligación al administrado. Sobre esta prescripción no entraremos en detalle, porque escapa el objeto de presente proceso, en atención a los alegatos del actor."

SE CONFIGURA COMO UN LÍMITE AL EJERCICIO DEL IUS PUNIENDI ESTATAL, DE FORMA QUE, TRANSCURRIDO EL PLAZO PREVISTO EN LA LEY NO SE PUEDE INICIAR LA PERSECUCIÓN PÚBLICA O INICIADO NO SE HAYA CONCLUIDO EL PROCEDIMIENTO

"Ahora bien, la institución de la prescripción de la auto-tutela declarativa se configura como un límite al ejercicio del *Ius Puniendi* estatal, de forma que, transcurrido el plazo previsto en la ley, no se puede iniciar la persecución pública o iniciado no se haya concluido el procedimiento, derivada de la sospecha de que se ha cometido un hecho sancionable. El instituto de la aludida prescripción es entonces la herramienta que: ***(a)*** efectiviza el derecho que tiene toda persona por el transcurso del tiempo a liberarse del estado de sospecha -derecho vinculado directamente al respeto a la dignidad de la persona y a la garantía de la defensa en juicio-; y, ***(b)*** alcanza la seguridad jurídica y afianza la justicia, impidiendo al Estado ejercer indefinidamente su poder de castigar, ya que no es posible permitir que se prolonguen indefinidamente situaciones expectantes de posible sanción (Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia referencia 510-2014, de las catorce horas con cuarenta minutos del veintiuno de julio de dos mil diecisiete).

La prescripción de la acción supone en su esencia un límite temporal que el Estado se impone para llevar a cabo la persecución y castigo de los ilícitos, constituyéndose por un lado en un instrumento potenciador del derecho de los indagados a ser perseguidos en un plazo razonable, y por otro, en un estímulo para la actividad estatal oportuna y efectiva de los órganos encargados del *ius puniendi*, ante el evento de la imposibilidad de iniciar la acción sancionadora más allá de determinado espacio temporal.

Así, cuando la entidad o sujeto encargado de iniciar la acción sancionadora no pone en conocimiento de la autoridad los hechos punibles, surge la imposibilidad de realizar la persecución de un hecho ilícito contrario al ordenamiento jurídico, por el simple transcurso de determinados plazos señalados en la ley, como un límite al poder sancionatorio de la Administración pública (Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia referencia 340-2011, de las doce horas con dieciocho minutos del trece de marzo de dos mil diecisiete).

En conclusión, podemos establecer con los anteriores argumentos que surge la imposibilidad de realizar la persecución de un hecho ilícito contrario al ordenamiento jurídico, por el simple transcurso del tiempo, como una restricción al poder sancionatorio de la Administración pública.

En atención a los motivos de ilegalidad señalados por la parte demandante, esta sentencia se limitará al estudio y aplicación de la prescripción declarativa."

DIFERENCIA ENTRE PRESCRIPCIÓN DE LA AUTO-TUTELA DECLARATIVA Y CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO

"En esta línea, la sub clasificación de la prescripción declarativa, no responde más que al momento en que se verifique. Así, si es antes del inicio de la acción, será prescripción de la acción, que se traduce en la imposibilidad para perseguir e iniciar un procedimiento contra una posible infracción administrativa,

vencido el término para ello. Y la otra, con relación a la prescripción interna o caducidad del procedimiento, la cual se refiere a que una vez iniciado un procedimiento dentro del término que establece la ley; la Administración debe también actuar diligentemente, evitando dilataciones innecesarias e injustificadas, que mantengan en un estado de sospecha indeterminado al administrado; por ello, en suma, si la Administración no *declara* y notifica la sanción dentro del término legal establecido, ésta devendrá en ilegal por estar prescrita la facultad de declararla.

Bajo esta línea argumentativa, se concluye que la potestad sancionadora solo se puede ejercitar válidamente dentro del límite temporal fijado legalmente, de manera que, la doctrina pacíficamente reconoce que si la Administración impone una sanción cuando ya ha transcurrido el plazo de prescripción declarativa, aquella estaría viciada de nulidad radical [de Diego Díez, L. Alfredo. *Prescripción y Caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Segunda Edición. Barcelona. Editorial Bosh. 2009, p. 30 y 35]."

VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA AL INICIAR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CUANDO YA HABÍA PRESCRITO EL INICIO DE LA ACCIÓN

"B.2 *<u>De la prescripción de la acción.</u>*

La parte demandante señala que la Administración pública inició tardíamente la promoción de la acción para sancionarlo, por lo que, al aplicar supletoriamente lo regulado en el artículo 21 de la LPIAMA, la misma ya había prescrito.

En párrafos anteriores hemos aclarado la procedencia en el caso concreto de la supletoriedad del artículo 21 de la LPIAMA "PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN", para el análisis de la promoción de la acción.

El artículo 21 de la LPIAMA "PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN", determina que: *«[l]a acción para promover el procedimiento a que se refiere esta ley prescribe: a) [e]n seis meses cuando se trate de contravención sancionada con arresto o con multa hasta de un mil colones; b) [e]n un año cuando se trate de contravenciones sancionadas con multa superior a mil colones, sin exceder de cinco mil colones; y c) [e]n dos años cuando se trate de contravenciones sancionadas con multa superior a cinco mil colones. [l]os plazos a que se refiere este artículo se contarán a partir de la fecha de la contravención*». [...]

Si bien, la LACAP no establece un período de tiempo para que la autoridad demandada inicie el procedimiento administrativo sancionador, esto no queda al arbitrio de la Administración pública, es así que cuando se ejercita la potestad punitiva, se exige de ella una actuación especialmente diligente y eficaz que ponga fin a la situación de incertidumbre jurídica que se prolongue en el tiempo, ocasionando graves perjuicios al administrado, así y en aplicación del artículo 21 letra c) de la LPIAMA, la autoridad demandada tenía el plazo de dos años desde el cometimiento de la infracción.

De acuerdo al cuadro detallado del incumplimiento en las entregas, contenido en la resolución final del procedimiento administrativo sancionador, el quantum de la multa estimada fue de doscientos treinta y seis mil seiscientos ochenta

dólares de los Estados Unidos de América con cuarenta y nueve centavos de dólar ($236,680.49), equivalentes a dos millones setenta mil novecientos cincuenta y cuatro colones con veintinueve centavos de colón (¢ 2,070,954.29), es decir, que el tiempo legal máximo estipulado para iniciar el procedimiento sancionatorio en el caso de mérito era de dos años a partir del veinte de mayo de dos mil diez, es decir que a la fecha en que se dio inicio al procedimiento contra la demandante notificado el veintisiete de julio de dos mil doce, habían transcurrido más de dos años dos meses -entre la fecha última en que se configuró la contravención y la fecha en que se notificó el inicio del procedimiento administrativo sancionador-, por lo que se configura la violación en los términos alegados por la parte actora en cuanto a la prescripción de la acción.

En consecuencia, se concluye que la autoridad demandada vulneró los principios de legalidad y seguridad jurídica al iniciar el procedimiento administrativo sancionador cuando ya había prescrito el inicio de la acción."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 367-2012, fecha de la resolución: 03/05/2019

PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

LA FACULTAD DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL PARA DETERMINAR LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA PRESCRIBIRÁ EN EL PLAZO DE TRES AÑOS, CONTADOS A PARTIR DEL DÍA SIGUIENTE AL DÍA EN QUE CONCLUYA EL PLAZO DENTRO DEL CUAL DEBIÓ PAGARSE

"B. Por otra parte, la sociedad actora alega que la facultad de la Administración Municipal para la determinación del tributo ha *prescrito* de conformidad con el artículo 107 de la LGTM.

El Alcalde Municipal de El Rosario -por medio de la resolución DM 080/08, del dos de junio de dos mil ocho y para los períodos tributarios comprendidos de enero de dos mil cuatro hasta mayo de dos mil ocho-*calificó* a la demandante como *«Sujeto Pasivo* (sic) *del pago de Impuestos Municipales* (sic) *en el Municipio de El Rosario, Departamento* (sic) *de La Paz»* y, por ende, procedió a *«DETERMINAR DE OFICIO la obligación tributaria de la Sociedad* (sic) *denominada BANCO HSBC S.A. de conformidad a lo dispuesto en el Articulo* (sic) *9 de la Ley de Impuestos Municipales de El Rosario, por los (…) períodos y Activos Imponibles* (sic)*»* (folio 81 vuelto).

Frente a la alegación hecha por la actora y al descrito acto administrativo, esta Sala considera necesario valorar si la determinación de la obligación tributaria impugnada en este proceso ha prescrito.

De ahí que se deba delimitar los alcances de la categoría jurídica de la *prescripción* en el presente proceso, para lo cual es necesario *(i)* determinar la normativa aplicable y, de esa manera, *(ii)* establecer cuál es plazo de operatividad, la forma tanto del cómputo como de su *interrupción* para*(iii)* concluir si operó, total o parcialmente, en la obligación tributaria municipal determinada.

i. El artículo 107 de la LGTM establece: *«La facultad de la administración tributaria municipal para determinar la obligación tributaria prescribirá en el plazo*

de tres años, contados a partir del día siguiente al día en que concluya el plazo dentro del cual debió pagarse la obligación tributaria. Dicha prescripción podrá ser interrumpida por acto de la administración tributaria municipal encaminado a determinar el crédito tributario correspondiente.

El artículo 9 de la LIMER estatuye que el impuesto determinado se calculará de forma mensual.

El artículo 34 de la LGTM regula: *«En las leyes u ordenanzas de creación de impuestos, tasas y contribuciones especiales, se fijarán los plazos o fechas límites para el pago de los mismos. Cuando en dichas leyes u ordenanzas no se fije plazo o fecha límite para el pago de los tributos respectivos, deberán cancelarse dentro de los 60 días siguientes, al día en que ocurra el hecho generador de la obligación tributaria».”*

PROCEDE DECLARAR LA ILEGALIDAD DEL ACTO, POR HABER TRANSCURRIDO EL PLAZO DETERMINADO EN LA LEY PARA TENER POR PRESCRITA LA FACULTAD DE DETERMINACIÓN OFICIOSA DE LOS TRIBUTOS

“ii. De las anteriores disposiciones legales, esta Sala determina que:

a) El plazo de la *prescripción* para la determinación de la obligación tributaria es de tres años.

b) El inicio del cómputo -*dies a quo*- es a partir del día siguiente al que concluya el plazo dentro del cual debió pagarse la obligación tributaria.

c) La LIMER no regula el plazo para el pago de la obligación tributaria.

d) El artículo 34 de la LGTM regula, en ausencia de las leyes u ordenanzas específicas -LIMER- que la obligación tributaria *deberán cancelarse dentro de los 60 días siguientes, al día en que ocurra el hecho generador de la obligación tributaria.*

e) Los períodos tributarios en el presente caso, conforme el artículo 9 de la LIMER, se calculan de forma mensual; es decir que, conteste con lo expuesto en la letra d) *supra,* para computar el inicio del plazo de la *prescripción -dies a quo*- debe considerarse el mes del período tributario determinado y adicionar a cada uno, los sesenta días estipulados en el transcrito artículo 34 de la LGTM.

f) A partir de la determinación del *dies a quo,* se deberá adicionar los tres años que estipula el artículo 107 de la LGTM para comprobar si la facultad oficiosa de determinación de la obligación tributaria le ha prescrito a la Administración Pública.

f) Por último, el aludido artículo 7 de la LGTM, regula que el plazo de la *prescripción* se *interrumpe* por un acto administrativo cualificado: el *encaminado a determinar el crédito tributario correspondiente.*

iii. En el caso de autos, y conforme con el inciso primero del artículo 82 de la LGTM, el acto encaminado a determinar la obligación tributaria que indefectiblemente inició el procedimiento de fiscalización, es la *notificación única* -agregada a folios 87- emitida el diecisiete de enero de dos mil ocho, dirigida al representante legal de la demandante donde tuvo conocimiento -el veintiuno de enero de dos mil ocho- de la intención de la Administración Tributaria a *determinar el crédito tributario correspondiente*.

Es decir, que el veintiuno de enero de dos mil ocho (fecha en que la actora conoció del referido acto administrativo emitido con el objeto de determinar oficiosamente alguna obligación tributaria) se *interrumpió,* conforme lo regulado en el mencionado segundo inciso del artículo 107 de la LGTM, la *prescripción.*

A partir de la fecha de la *interrupción* de la prescripción es que se computará, pero de forma regresiva, el plazo de la *prescripción* para determinar cuál es el último período tributario al cual le operó eficazmente la referida *interrupción.* De ahí, residualmente se fijará cuál es el periodo tributario inmediato anterior *prescrito.*

De tal forma que si desde el veintiuno de enero de dos mil ocho se computa, de forma regresiva, los tres años que estatuye el aludido artículo 107 de la LGTM, se obtiene como resultado el veintiuno de enero de dos mil cinco que corresponde al *dies a quo* del plazo de la *prescripción.*

A la anterior fecha -veintiuno de enero de dos mil cinco- se le debe calcular los sesenta días, también de forma regresiva, para obtener el último período tributario mensual que por la *interrupción* no le operó la *prescripción:* noviembre de dos mil cuatro.

De ahí se infiere que si noviembre de dos mil cuatro fue el primer período tributario de los fiscalizados que no le operó la *prescripción,* debido a la categoría de la *interrupción,* entonces el mes anterior inmediato (octubre de dos mil cuatro) le prescribió a la Administración Tributaria Municipal la facultad de fiscalización.

En definitiva, en virtud que el descrito acto administrativo DM 080/08 declaró una obligación tributaria a partir del período de enero de dos mil cuatro hasta mayo de dos mil ocho, esta Sala deberá declarar la ilegalidad de la determinación tributaria para los períodos comprendidos de enero a octubre de dos mil cuatro debido, esta vez, a la *prescripción* de la facultad de determinación oficiosa de los tributos de la Administración Tributaria Municipal de El Rosario."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 301-2008, fecha de la resolución: 28/01/2019

PRESCRIPCIÓN

FIGURA JURÍDICA QUE LIMITA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA INCOAR LA ACCIÓN QUE INICIA UN PROCEDIMIENTO O EJECUTAR LA SANCIÓN IMPUESTA

"A.1 La *prescripción* como institución jurídica, goza de una mixtura de contenido material y procesal, ya que si bien no es un efecto procesal, es un hecho que genera situaciones jurídicas de derecho; para el caso del derecho administrativo, genera la extinción de responsabilidad administrativa por el transcurso de un plazo, sin la debida acción, ya sea para perseguir la infracción, o para ejecutar de manera forzosa una sanción; por tanto se constituye como una figura jurídica que limita a la Administración pública para incoar la acción que inicia un procedimiento, o ejecutar la sanción impuesta. Es decir, al amparo de la prescripción en el ámbito de la potestad sancionadora, se exige un uso razonable de la misma, evitando que se prolongue su ejercicio indefinidamente, y se cree incertidumbre

sobre la situación jurídica de los administrados. Esta última idea, tomando como fundamento, el principio de seguridad jurídica.

Al respecto José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez, sostienen que la operatividad de la prescripción en el ámbito administrativo responde a la sustancial unidad del fenómeno sancionador, argumentando que: *«…el instituto de la prescripción penal es aplicable al derecho administrativo sancionador (…) encontrándose su fundamento en el efecto destructor del tiempo, que hace a la sanción ineficaz a los fines para los cuales fue instituida a la vez que sirve a razones de seguridad jurídica, que impide que el sancionado viva en todo momento pendiente de su imposición…»* [Garberí Llobregat, José; Buitrón Ramírez, Guadalupe; El Procedimiento Administrativo Sancionador, Editorial Tirant lo Blanch, 41 Edición, Valencia, España, 2001, p.158].

De este modo, el ejercicio singular de la potestad sancionadora sólo puede ser ejecutado válidamente dentro un límite temporal fijado legalmente, de manera tal, que, si la Administración pública impusiera una sanción excediendo los términos de la prescripción y de la caducidad, esta decisión carecería de fundamento normativo que le brinde contenido de legalidad. Idea que se desarrollará a continuación con profundidad."

DIFERENCIA ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

"Ahora bien, en derecho administrativo, si bien es cierto que la Administración pública posee un privilegio para establecer legalmente y de manera unilateral obligaciones a los administrados; esta facultad de la llamada *tutela auto declarativa* en actos desfavorables dentro de un procedimiento sancionatorio*,* se ve limitada temporalmente no *solo* para iniciar un procedimiento administrativo, mediante la *prescripción de la acción*; sino también se ve limitada temporalmente, para que habiendo iniciado legalmente un procedimiento administrativo sancionador, éste se resuelva [y notifique] la existencia de la infracción, dentro de un tiempo determinado, a lo que se llama *caducidad.*

Por otro lado, también existe una limitación temporal de la auto tutela ejecutiva, que se materializa en la prescripción de la *ejecución de la sanción*. Sin embargo, no se entrará a analizar esta figura, por escapar al objeto de estudio, de conformidad con la pretensión de la parte actora.

En armonía a lo señalado, la auto tutela declarativa, puede limitarse tanto por la prescripción, como por la caducidad [aunque esta última no acarrea necesariamente la prescripción de la acción, como se desarrollará más adelante, en la letra A.2]. Ya que si bien, la *autoridad* se encuentra facultada [en abstracto] para declarar actos sancionatorios, existe un límite objetivo por el mero transcurso del tiempo tras la inactividad administrativa o laxitud de la Administración pública competente para ejercerlo (sin causa legal acreditada) ante la comisión de una infracción.

El instituto de la aludida prescripción es entonces la herramienta que: **(*a)*** efectiviza el derecho que tiene toda persona por el transcurso del tiempo a liberarse del estado de sospecha -derecho vinculado directamente al respeto a la dignidad de la persona y a la garantía de la defensa en juicio-; y, **(*b)*** alcanza

la seguridad jurídica y afianza la justicia, impidiendo al Estado ejercer indefinidamente su poder de castigar, ya que no es posible permitir que se prolonguen indefinidamente situaciones expectantes de posible sanción (Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia referencia 510-2014, de las catorce horas con cuarenta minutos del veintiuno de julio de dos mil diecisiete)."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 153-2014, fecha de la resolución: 27/09/2019

PROCEDE DECLARAR LA ILEGALIDAD DEL ACTO POR HABER TRANSCURRIDO EL PLAZO DETERMINADO EN LA LEY PARA TENER POR PRESCRITA LA ACCIÓN

"En el caso de autos, el Concejo Municipal ha indicado que la solicitud de autorización de despido tiene como fundamento los cobros que *"de manera maliciosa y mal intencionada"* realizó el actor a varios residentes de la Comunidad Colonia Quintanilla, número uno, del municipio de Jiquilisco, durante la ejecución del proyecto. Ha alegado, respecto del señor ZM lo siguiente: "(...) *Ampliación del sistema de agua potable e instalación de 204 acometidas domiciliares en la Colonia Quintanilla y Colonia Romero de la ciudad de Jiquilisco (...) quien les manifestó que como colaborador del proyecto instalaría agua potable en el lugar de sus viviendas a cambio de dinero para poder comprar los materiales de fontanería necesarios (...)"* [folios 1 y 2 del expediente instruido por el Juzgado Primero Instancia de Jiquilisco].

Asimismo, la referida autoridad administrativa expresó, que las acciones que se le imputan al demandante fueron realizadas durante la ejecución del proyecto, es decir *"(...)entre el veintiséis de enero del años dos mil nueve al once de marzo del años dos mil nueve*(sic)*(...)"* (folio 2 vuelto primera pieza del expediente administrativo).

La Ley de la Carrera Administrativa Municipal -LCAM- en el artículo 77-A determina que:*"Todas las acciones que se derivan de la presente ley, prescribirán en seis meses a partir del día siguiente del hecho que las motiva".*

Del contenido del expediente administrativo y de los argumentos vertidos por las partes en el proceso judicial, se concluye que los hechos que motivaron la acción ejercida por la municipalidad ante los tribunales laborales fueron una serie de acciones mediante las cuales el supuesto infractor se aprovechó de su condición de empleado de la Alcaldía y de la confianza que le tenían en tal calidad los miembros de la comunidad, para cobrar diferentes cantidades de dinero y así instalar agua potable en sus viviendas. El demandado en sede laboral no estaba autorizado para cobrar dichas cantidades de dinero.

Ahora bien, la municipalidad ha sido clara al señalar que los hechos sucedieron entre el veintiséis de enero y el once de marzo del año dos mil nueve, sin indicar los días específicos de cada uno de ellos. Por lo que en el presente caso, el plazo de seis meses para que la prescripción operara debe contabilizarse desde la última actuación constitutiva de infracción realizada por el demandante. En tal sentido, el referido plazo comenzó a transcurrir a partir del día siguiente a la última de las fechas indicadas, es decir el doce de marzo del año dos mil nueve. Al contar los seis meses a partir de ese día, se concluye que el

plazo para iniciar el procedimiento sancionatorio venció el día doce de septiembre de ese mismo año.

Sin embargo, la solicitud de autorización de despido fue presentada por la municipalidad en el Juzgado de Primera Instancia de Jiquilisco el día ocho de noviembre de dos mil diez, tal como consta en la razón de presentación [folio 4 vuelto del expediente del Juzgado]. Por tanto, se concluye que el inicio de la acción fue ejercida después que se cumplieron los seis meses de la prescripción.

En consecuencia, había transcurrido el tiempo señalado en la ley para que el Municipio de Jiquilisco pudiera entablar el procedimiento de autorización de despido del señor PEZM según la Ley de la Carrera Administrativa Municipal.

De ahí que la *"acción"* por la cual se inició la autorización de despido contra el señor ZM ya se encontraba prescrita. Es decir, en la fecha en la que fue presentada las diligencias de autorización de despido, el Juez de Primera Instancia de Jiquilisco no podía conocer esa petición. En ese sentido, los actos impugnados adolecen del mencionado vicio de ilegalidad. En atención al principio de economía procesal, resulta inoficioso valorar y conocer los otros motivos de ilegalidad alegados por la parte actora."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 387-2011, fecha de la resolución: 22/07/2019

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN

"Sin embargo, esta Sala realiza las consideraciones siguientes: el principio de congruencia exige la identidad jurídica entre lo resuelto por el juzgador en la resolución o sentencia y la pretensión planteada en el proceso o procedimiento administrativo. Este principio delimita pues el contenido de las resoluciones, que deben estar de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes.

Respecto a la aplicación del principio de congruencia en sede administrativa, las resoluciones pronunciadas por la Administración pública, deben ser claras y coherentes respecto del objeto de la petición. Este principio adquiere especial connotación en el sentido que está vinculado intrínsecamente con el derecho constitucional de petición, porque éste requiere que se resuelva sobre lo solicitado de manera congruente.

Se puede distinguir entre tres tipos de incongruencia: *«…cuando el tribunal resuelve citra petitum, es decir deja sin juzgar alguna cuestión objeto del proceso -incongruencia omisiva-. También lo hay cuando resuelve ultra petitum, lo que ocurre cuando el juez resuelve algo más de lo solicitado por las partes en el petitorio. Existe extra petitum, y con ello se viola la congruencia, cuando concede a las partes algo no solicitado por ellas, en virtud de los hechos no comprendidos en la causa petendi de la pretensión»* [HUTCHINSON, Tomás. Derecho Procesal Administrativo, Tomo III, primera edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, p. 227].

Finalmente, se debe señalar que respecto del objeto de la petición, no se advierte violación alguna al principio de congruencia [por extra petita] en tanto se ordenó el acceso a la documentación de conformidad con lo pedido por la apelante; es decir, a las proyecciones de beneficios realizados, correspondiente a los años dos mil catorce y dos mil quince, y que fueron entregadas al INPEP por la Superintendencia del Sistema Financiero; y a la documentación contentiva de los planes anuales de cumplimiento de obligaciones previsionales, aprobados por el Consejo Directivo de la Junta Directiva del INPEP, dentro de su presupuesto, correspondiente a los años dos mil catorce y dos mil quince [folio 52 vuelto del expediente administrativo]."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 194-2016, fecha de la resolución: 10/07/2019

POSEE SU FLEXIBILIZACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

"ii. Tal como se señaló *supra*, la Administración no tiene por objetivo resolver un conflicto entre partes, como el que se plantea ante un juez. En este sentido, las limitaciones que el accionar procesal impone a los jueces no resultan "*plenamente*" aplicables a la autoridad administrativa, verbigracia, la congruencia.

Ciertamente, en el procedimiento administrativo el principio de congruencia no rige de la misma forma y con la misma intensidad que en los procesos judiciales. Esta proposición, claro está, *no implica que la Administración Pública pueda omitir deliberadamente resolver sobre las concretas cuestiones alegadas por los interesados*.

Más bien, el principio de congruencia posee su flexibilización -en el procedimiento administrativo- en sentido que las resoluciones emitidas por la Administración, ya sea que un procedimiento iniciado de oficio o a instancia de parte, además de resolver lo alegado pueden decidir sobre otras cuestiones no alegadas pero necesarias y conexas a fin de garantizar el interés público que esté en juego en cada procedimiento.

En plena concordancia con lo antes expuesto, David Blanquer manifiesta que: «*(…) El procedimiento se termina de forma normal mediante una resolución expresa en la que deben resolverse: (i) todas las cuestiones planteadas por los interesados; y, (ii) aquellas otras cuestiones conexas derivadas del expediente y que afecten al interés general (…)*»(BLANQUER, David. Derecho Administrativo. Volumen Uno: "El fin, los medios y el control". Tirant lo Blanch. Valencia. 2010. Página 385)."

INCONGRUENCIA OMISIVA O EX SILENTIO

"v. Analizadas las concretas peticiones impugnativas de la parte actora (deducidas en los escritos de apelación) y el contenido del acto administrativo relacionado en el apartado anterior (similar al de los restantes actos emitidos por la misma autoridad), *esta Sala advierte que el Viceministro de Transporte no resolvió todos los argumentos vertidos por la parte recurrente en sus escritos de apelación.*

De la parte argumentativa de la resolución transcrita se advierte que el Viceministro de Transporte se pronunció sobre el alegato de la parte actora relativo al señalamiento de una sola audiencia para conocer la inconformidad de la multiplicidad de esquelas impuestas, sin existir resolución alguna que ordenara la acumulación de procesos. Sin embargo, dicha autoridad no se pronunció sobre el resto de los alegatos esgrimidos en los escritos de apelación respectivos.

Ciertamente, en el presente caso, el Viceministro de Transporte estaba obligado a resolver las cuestiones alegadas por TRUME, S.A. de C.V., las cuales han sido delimitadas en los ítems b, c, d y e del apartado *iii. supra*.

En este sentido, advirtiéndose tal omisión, en el caso *sub judice* nos encontramos ante la denominada "*incongruencia omisiva o ex silentio*" puesto que la autoridad administrativa omitió injustificadamente resolver todas las pretensiones sometidas a su consideración.

Si bien, la respuesta del Viceministro de Transporte es clara e inequívoca, en cuanto se confirman las resoluciones recurridas, el fundamento de tal respuesta no corresponde a los argumentos planteados, no siendo posible interpretar este silencio como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución.

vi. Así, a partir de lo expuesto en los párrafos precedentes, esta Sala concluye que el Viceministro de Transporte vulneró el principio de congruencia, en los términos expuestos por la parte actora, y así deberá declararse en el fallo de esta sentencia.

4. Establecida la ilegalidad de los actos administrativos emitidos por el Viceministro de Transporte, por el motivo señalado en el párrafo anterior, resulta inoficioso pronunciarse sobre los restantes vicios de ilegalidad alegados por la parte actora contra la misma autoridad."

VULNERACIÓN AL EMITIR ACTOS ADMINISTRATIVOS OMITIENDO RESOLVER TODOS LOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS

"V. Este Tribunal ha concluido que el Viceministro de Transporte vulneró el principio de congruencia al emitir los actos administrativos mediante los cuales se resolvieron los recursos de apelación interpuestos por la demandante en sede administrativa, los cuales han sido identificados en el preámbulo de esta sentencia con la letra "b".

Ahora, determinada la ilegalidad de tales actos impugnados, corresponde examinar si en el caso que se analiza existe la necesidad de emitir alguna medida para restablecer el derecho afectado a la parte actora, según ordena el inciso 2° del artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Pues bien, esta Sala advierte que los argumentos que fundamentaron los recursos de apelación promovidos en sede administrativa y que no fueron objeto de decisión por parte del Viceministro de Transporte -argumentos relacionados en el apartado iii., número 4, letra E, del romano IV de esta sentencia-, son los mismos argumentos de ilegalidad deducidos en la demanda de este presente proceso contra la Jefa de la Unidad de Procedimientos Legales de Transito, Transporte y Carga del Viceministerio de Transporte -argumentos relacionados en la letra A del romano IV de esta sentencia-.

Dichos argumentos ya fueron objeto de conocimiento y decisión por esta Sala al analizar la validez de los actos administrativos originarios emitidos por la mencionada autoridad, concluyéndose -conforme con los argumentos expuestos en los números 1 y 2, letra E, del romano IV de esta sentencia-, que tal actuación es legal.

En este sentido, desestimados los alegatos de la demandante relacionados *supra*, *no es procedente, en el presente caso, ordenar la reposición del procedimiento de apelación a fin que el Viceministro de Transporte resuelva los mismos*. Esto es así dado que los actos administrativos que serían objeto de los recursos de apelación no vulneran el principio de legalidad, el debido proceso, la presunción de inocencia y la seguridad jurídica, en los términos expuestos en los recursos de apelación que serían conocidos.

Ciertamente, cualquier pronunciamiento del Viceministro de Transporte sobre tales actos tendría que ajustarse a los parámetros de legalidad de esta sentencia, no siendo posible la contradicción a lo aquí resuelto.

Así las cosas, la tramitación y nueva decisión del referido recurso, al efecto que el Viceministro de Transporte responda a los idénticos alegatos planteados en sede administrativa y jurisdiccional, en nada modificaría la declaración de esta Sala respecto la legalidad de los actos originarios emitidos por la Jefa de la Unidad de Procedimientos Legales de Transito, Transporte y Carga del Viceministerio de Transporte.

Por las razones señaladas, esta Sala omitirá dictar alguna medida para el restablecimiento del derecho vulnerado por la ilegal emisión de los actos administrativos atribuidos al Viceministro de Transporte."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 8-2009, fecha de la resolución: 06/02/2019

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

SOLAMENTE RESPONDE EL ADMINISTRADO POR SUS ACTOS PROPIOS

"Ahora bien, la inexistencia del *nexo de culpabilidad* alegada, se fundamenta en la concurrencia de un justo impedimento que exime de responsabilidad al demandante.

La culpabilidad, como principio general del derecho sancionatorio, está reconocido en el artículo 12 de la Constitución, que prescribe: *«Toda persona a quien se 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*», disposición que es aplicable no sólo en el ámbito penal, sino además en el administrativo sancionador [sentencia de Inconstitucionalidad 3-92 Ac. 6-92 de las doce horas del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos].

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que *«*[e]*l principio*

de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda la posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón del resultado producido» [Inconstitucionalidad. 18-2008 de las doce horas y veinte minutos del veintinueve de abril de dos mil trece].

En este orden expositivo, cabe destacar una de las sub-categorías o corolarios del principio de culpabilidad, en forma precisa, es la *responsabilidad por el hecho* o *responsabilidad por la acción ilícita* como se denomina en la doctrina administrativa sancionadora. Este principio implica que la sanción únicamente puede recaer a quien en forma dolosa o culposa ha realizado o participado en los hechos que configuran una acción ilícita.

Conforme a esta sub-clasificación del principio de culpabilidad solamente responde el administrado por sus actos propios, de este modo, se repele la posibilidad de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación causal independiente de la voluntad del autor; por consiguiente, en el ámbito de la responsabilidad administrativa, se reputa necesario como primer postulado, el encuadramiento de la conducta humana al tipo en su faz objetiva y subjetiva; además de ello, que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella acción definida por el ordenamiento jurídico y que radica en contrariar lo establecido por la norma; finalmente, para que alguien pueda ser castigado con una pena o sanción, es necesario que la realización del hecho injusto le sea personalmente reprochable. Esto es, que se le pueda reprochar la formación de voluntad que le condujo a la resolución ilícita.

En congruencia con lo expuesto, en el derecho administrativo sancionador, debe respetarse el principio de culpabilidad, de tal suerte que el elemento indispensable para sancionar un actuar, es la determinación de la responsabilidad subjetiva. Bajo la perspectiva del principio de culpabilidad, solo podrá sancionarse por hechos constitutivos de infracción administrativa a las personas que resulten responsables de las mismas, es decir que la existencia del nexo de culpabilidad, constituye un requisito *sine qua non* para la configuración de la conducta sancionable.

En el presente caso se ha determinado que no existió una imposibilidad absoluta que justificara el cumplimiento extemporáneo de la obligación de nombrar auditor fiscal por parte del señor SV, por lo que no logró establecer la exclusión de responsabilidad alegada.

De la revisión de los expedientes administrativos se pudo verificar el actuar negligente del demandante, pues tal como se ha dicho *supra*, tuvo un tiempo prudencial en el cual debió nombrar el auditor fiscal directamente; la declaratoria de rebeldía fue consecuencia de su actuar evasivo a una orden judicial. Por otra parte, independientemente de su situación jurídica respecto al proceso penal incoado en su contra, pudo nombrar un apoderado –en caso de no haberlo tenido– con las facultades suficientes.

Aunado a ello, pese a que la situación jurídica del señor SV respecto a la orden de captura decretada se esclareció el catorce de junio de dos mil trece, éste realizó el nombramiento el doce de agosto de dos mil trece, es decir, cincuenta y nueve días después.

Consecuentemente, con base en las anteriores consideraciones, esta Sala estima que no existen los vicios de ilegalidad alegados, y así debe declararse." *Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 1-2017, fecha de la resolución: 14/08/2019*

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL

SÓLO PODRÁ SANCIONARSE POR HECHOS CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA A LAS PERSONAS QUE RESULTEN RESPONSABLES DE LAS MISMAS

"a) El *ius puniendi* del Estado, está 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. Tal función administrativa desarrollada en aplicación del ejercicio punitivo, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración Pública. Como otras potestades de autoridad, ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de nuestra Carta Magna. En tal sentido, el artículo 14 de la Constitución de la República contempla la potestad sancionadora administrativa, respetando el debido proceso, cuando en su parte pertinente establece que *«...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 tiene su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del artículo 86 de la Constitución.

Ahora bien, la función represora de la administración no solo encuentra su cimiento en la permisión abstracta del *ius puniendi,* sino además, encuentra su fundamento teórico en el marco del respeto al ordenamiento jurídico en su conjunto, que supone también la existencia de una serie de derechos y un repertorio de principios generales que coadyuvan al buen funcionamiento de la administración y al interés general; así, algunos de los elementos rectores que por antonomasia asisten al derecho administrativo sancionador, y que se convierten en directrices fundamentales para la administración pública son: el de legalidad o la denominada juridicidad, igualdad, contradicción, proporcionalidad, de *non bis in ídem,* y de culpabilidad, son derechos y principios que deben compatibilizarse con la naturaleza del Derecho Administrativo Sancionador, a fin de potenciar su aplicabilidad en este ámbito.

Dentro del conjunto de postulados esenciales a todo Estado Constitucional de Derecho, y para el caso en concreto, cabe hacer referencia al Principio de

Culpabilidad. Este principio general del derecho sancionatorio, está reconocido por el artículo 12 Cn, que prescribe: *«[t]oda persona a quien se 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*», disposición que es aplicable no solo en el ámbito penal, sino además en el administrativo sancionador (sentencia de inc. 3-92 Ac. 6-92 de la Sala de lo Constitucional, de las doce horas del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos).

En este sentido, la Sala de lo Constitucional respecto al principio de culpabilidad en materia administrativa sancionadora ha expresado que *«[e]l principio de culpabilidad en esta materia supone el destierro de las diversas formas de responsabilidad objetiva, y rescata la operatividad de dolo y la culpa como formas de responsabilidad. De igual forma, reconoce la máxima de una responsabilidad personal por hechos propios, y de forma correlativa un deber procesal de la Administración de evidenciar este aspecto subjetivo sin tener que utilizar presunciones legislativas de culpabilidad, es decir, que se veda la posibilidad de una aplicación automática de las sanciones únicamente en razón del resultado producido»* (sentencia de Inc. 18-2008 de Sala de lo Constitucional de las doce horas veinte minutos del veintinueve de abril de dos mil trece).

En este orden expositivo, cabe destacar una de la sub-categorías o corolarios del principio de culpabilidad, en forma precisa, es la *responsabilidad por el hecho* o *responsabilidad por la acción ilícita* como se denomina en la doctrina administrativa sancionadora. Este principio implica que la sanción únicamente puede recaer a quien en forma dolosa o culposa ha participado en los hechos que configuran una acción ilícita; así lo expone Nieto al referir que *«[e]l gravamen que la sanción representa solo podrá recaer sobre aquellas* [personas] *que han participado de forma dolosa o culposa en los hechos constitutivos de infracción. Por lo tanto no es posible exigir responsabilidad por la sola existencia de un vínculo personal con el actor o la simple titularidad de la cosa o actividad en cuyo marco se produce la infracción. La exigencia de individualización de la sanción supone un veto a la responsabilidad objetiva»* [Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, quinta edición totalmente reformada, Madrid. Editorial Tecnos, p. 329, 2011]."

EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA NO BASTA CON QUE LA CONDUCTA SEA ANTIJURÍDICA Y TÍPICA, SINO QUE TAMBIÉN ES NECESARIO QUE SEA CULPABLE, COMO EN TODO PROCEDIMIENTO DEBE PROBARSE NO ASUMIRSE

"En este orden, conforme al principio de culpabilidad solamente responde el administrado por sus actos propios, de este modo, se repele la posibilidad de construir una responsabilidad objetiva o basada en la simple relación causal independiente de la voluntad del autor.

En congruencia con lo expuesto, en el Derecho Administrativo Sancionador, debe respetarse el principio de culpabilidad, de tal suerte que el elemento indispensable para sancionar un actuar, es la determinación de la responsabilidad subjetiva.

Todo lo anterior conlleva un mecanismo de garantía respecto de la atribución de responsabilidad, que exige de la Administración Pública la carga de probar o establecer la infracción y la responsabilidad, y libera al administrado de la correspondiente obligación de acreditar que es inocente, prohibiendo la posibilidad de presumir la culpabilidad -***garantía de presunción de inocencia***-.

b) En el presente caso, el demandante afirma que una de las tres inspecciones donde se encontraron los hallazgos en el peso de los cilindros de gas licuado de petróleo, se realizó en inmueble donde funciona un negocio que no es propiedad de **********, y que dicho establecimiento ni siquiera tiene un vínculo con su representada; por lo tanto, que no puede atribuirse a su mandante la falta administrativa respecto de un producto que no fue encontrado en sus bodegas, y del cual no se demostró que fueron llenados con menos peso de forma dolosa por su representada.

Ahora bien, para poder establecer lo sucedido en el procedimiento sancionatorio, se torna necesario revisar el contenido de las actas de inspección; de este modo, a folio 7 del expediente administrativo, se verifica la visita realizada en la distribuidora Hebrón, propiedad de la señora JCDV, en la cual entre otras cosas, se consignó: *«…[s]e procedió a tomar una muestra de treinta y dos cilindros de veinticinco libras llenos con GLP de un total de sesenta y dos cilindros que se encontraban al momento de esta inspección. Todos los cilindros de la muestra son de color amarillo (…) y tienen colocado en la válvula el sello de garantía correspondiente a la marca ********** (…) se determina que veintiún cilindros (sesenta y cinco punto seis por ciento de la muestra) tienen peso menor al establecido en la regulaciones vigentes…»* (subrayado propio).

Respecto a este punto es necesario indicar que un sello de garantía se convierte en un mecanismo o dispositivo utilizado para proteger y controlar el manejo de cualquier tipo de producto durante el periodo de resguardo, transporte y almacenaje, mediante los cuales además se pretende evidenciar cualquier intento de violación o apertura del mismo. En este sentido, los sellos de garantía generalmente se utilizan para asegurar que los productos no sean alterados y conservar la naturaleza, estado y calidad del producto dentro del período de vigencia que contempla el fabricante.

En este *iter* lógico, es relevante destacar que si bien los cilindros no fueron encontrados en las instalaciones de **********, estos sí se identificaron con su marca y su sello de inviolabilidad, este último aspecto implica que los cilindros de gas licuado de petróleo no habían sido manipulados o alterados manteniendo su estándar de calidad y contenido. Desde esta perspectiva, el producto final listo para la distribución y venta que contenga el sello de garantía, ofrece tanto al productor como al consumidor la certeza de que el producto no ha sido adulterado desde su envasado hasta su consumo.

Se colige de lo expresado que: *(i)* ********** es la sociedad que se encarga del proceso de producción y envasado de los cilindros de gas licuado de petróleo, *(ii)* que los cilindros poseen el sello de garantía, *(iii)* que el sello de garantía tiene la funcionalidad de salvaguardar la integridad del producto por el tiempo estipulado por el fabricante; y, *(iv)* que en las inspecciones los cilindros que no cumplieron con la variación mínima del peso permitido, eran de la marca ********** y contaban con el sello de inviolabilidad.

Lo anterior implica que en el caso en concreto, el responsable de que el contenido o peso sea el indicado en la presentación, conforme a ley sectorial que regula la materia en análisis, precisamente es **********, máxime cuando de la inspección se colige un dato esencial, que en el establecimiento se configuró el hallazgo de las variaciones del peso máximo permitido para los cilindros de gas licuado de petróleo, acción que no puede ser derivada de la simple cadena de distribución, transporte y manejo del producto [puesto que el actor no lo alegó ni demostró que condiciones exógenas hagan variar el contenido dentro de los cilindros que poseen sello de garantía]; por ello, la responsabilidad de dicho incumplimiento no puede ser trasladada al establecimiento, siempre y cuando el producto contenga el sello de inviolabilidad de la marca.

Por lo tanto respecto de este punto, no se verifica el motivo de ilegalidad impetrado por la parte actora."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 170-2015, fecha de la resolución: 11/12/2019

PRINCIPIO DE TIPICIDAD

LA PARTE OBJETIVA DEL TIPO ES EL ASPECTO EXTERNO DE LA CONDUCTA, SE TRATA DEL HECHO DESCRITO EN LA NORMA Y CUYA TRASGRESIÓN ACARREA LA CONSECUENCIA JURÍDICA SANCIONATORIA

"El *principio de tipicidad* comporta la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos *-lex previa-* que permitan predecir con el suficiente grado de certeza *-lex certa-* aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la responsabilidad y a la eventual sanción.

El *tipo infractor administrativo* constituye la construcción lógica de la situación hipotética conminada en abstracto con la imposición de una sanción, la cual contiene un grado de precisión y claridad que permite establecer los marcos o límites de tal construcción.

Lo anterior permite afirmar que el tipo sancionador compone una *configuración descriptiva* de un conjunto de *elementos objetivos y subjetivos* en torno a la conducta exteriorizada por los sujetos de derecho, cuya realización apareja una consecuencia jurídica, también delimitada.

El tipo -administrativo sancionador- se encuentra conformado, de un lado, por la descripción de la conducta típica, es decir, la *parte objetiva,* y del otro, por la *parte subjetiva* conformada por el dolo o la culpa. Se puede concluir que la conducta típica es el resultado de la conjunción de la parte objetiva sumada a la parte subjetiva del tipo.

La parte objetiva del tipo es el aspecto externo de la conducta, se trata del hecho descrito en la norma y cuya trasgresión acarrea la consecuencia jurídica sancionatoria. Por otro lado, la parte subjetiva del tipo es el aspecto interno de la conducta y se encuentra integrada, como se afirmó, por el dolo o la culpa."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 273-2015, fecha de la resolución: 27/02/2019

PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL

LA ADMINISTRACIÓN SIEMPRE DEBE BUSCAR LA VERDAD SUSTANCIAL COMO MECANISMO PARA SATISFACER EL INTERÉS PÚBLICO

"b. En el procedimiento administrativo rige el principio de verdad material o verdad jurídica objetiva en virtud del cual la actividad de la Administración Pública está orientada a la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias, con independencia de cómo han sido alegadas y, en su caso, probadas por los interesados en el procedimiento.

Lo anterior supone que la Administración, con independencia de lo que los interesados hayan aportado al procedimiento, siempre debe buscar la verdad sustancial como mecanismo para satisfacer el interés público. Esto es así puesto que la Administración no tiene por objetivo resolver un conflicto entre partes, como el que se plantea ante un juez. En este sentido, las limitaciones que el accionar procesal impone a los jueces no resultan plenamente aplicables a la autoridad administrativa, verbigracia, la congruencia.

En este punto debe precisarse que la Administración Pública, en aras de la verdad material, debe incluso adaptar su actuación oficiosa para superar las restricciones cognoscitivas que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por los interesados."

EL JEFE DE LA UNIDAD DE PROCEDIMIENTOS LEGALES DE TRÁNSITO ESTÁ HABILITADO PARA INCORPORAR AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, DE MANERA OFICIOSA, TODO ELEMENTO DE PRUEBA QUE PERMITIESE ARRIBAR CON CERTEZA A LA VERDAD DE LOS HECHOS INVESTIGADOS

"En conclusión y en lo que importa al presente caso, la Jefa de la Unidad de Procedimientos Legales de Tránsito, Transporte y Carga del Viceministerio de Transporte, en aplicación del principio de verdad material que rige el procedimiento administrativo, estaba habilitada para incorporar al mismo, de manera oficiosa, todo elemento de prueba que le permitiese arribar con certeza a la verdad de los hechos investigados, ello, a fin de emitir una decisión administrativa ajustada a los intereses públicos que representa.

c. Establecido lo anterior, es válida la incorporación al procedimiento administrativo a la base del presente caso, de las denuncias ciudadanas y publicaciones -noticias- en periódicos sobre "acuerdos de gremiales" para el incremento a la tarifa del transporte público colectivo de pasajeros, ello, en aras de la búsqueda de la verdad material y la constatación de los hechos atribuidos a la parte actora.

Debe precisarse que tal actividad no constituye una afectación al derecho de defensa de la demandante puesto que ésta tuvo, en sede administrativa y posteriormente ante esta Sala, la oportunidad para presentar los elementos de prueba que considerara pertinentes a fin de acreditar la inexistencia de los hechos que motivaron cada una de las "esquelas de infracción" que le fueron impuestas. Sin embargo, tal como se precisó *supra*, la impetrante no destruyó la

presunción de validez de la constatación fáctica realizada por los agentes de la División de Tránsito Terrestre de la Policía Nacional Civil respectivos.

d. Por otra parte, debe puntualizarse que la determinación de la responsabilidad infractora de la demandante no descansa en las denuncias ciudadanas y publicaciones -noticias- en periódicos relacionadas *supra*. Si bien, dicha información fue incorporada al procedimiento administrativo, tal como se advierte del contenido de las resoluciones emitidas por la Jefa de la Unidad de Procedimientos Legales de Tránsito, Transporte y Carga del Viceministerio de Transporte, los elementos probatorios que sirvieron de fundamento para la imposición de las sanciones respectivas fueron las mismas esquelas de infracción manual, levantadas por los agentes de la División de Tránsito Terrestre de la Policía Nacional Civil al constatar *in situ* la violación a la ley, cuyo contenido no fue desvirtuado por la parte demandante en el procedimiento administrativo.

e. En este orden de ideas, el cuestionamiento probatorio realizado por la demandante sobre la incorporación de las denuncias ciudadanas y publicaciones -noticias- en periódicos, nuevamente es incapaz de relevarle de la responsabilidad infractora que le fue atribuida en sede administrativa. Valga decir que, aun haciendo una supresión mental hipotética, la imputación de la conducta atribuida se sostiene por restantes elementos probatorios del caso. Consecuentemente, debe desestimarse el alegato de la actora relativo a la ilegal incorporación de tales elementos de prueba.

iv. Conforme con lo expuesto en los apartados precedentes, este Tribunal concluye la inexistencia de los vicios de ilegalidad relativos a la vulneración al principio de legalidad, al debido proceso, a la presunción de inocencia y a la seguridad jurídica, en los términos expuestos por la parte demandante y atribuidos a la Jefa de la Unidad de Procedimientos Legales de Tránsito, Transporte y Carga del Viceministerio de Transporte."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 8-2009, fecha de la resolución: 06/02/2019

PRINCIPIO NEC REFORMATIO IN PEIUS

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTÁ IMPEDIDA PARA RESOLVER RECURSOS ADMINISTRATIVOS AL MARGEN DE LO SOLICITADO

"B. Examen de legalidad del segundo acto administrativo impugnado.

1. Violación al principio *nec reformatio in peius*.

i. Argumentos de la parte actora.

En cuanto al acuerdo número quince, tomado en sesión ordinaria por el Concejo Municipal de Mejicanos, contenido en el acta número treinta y uno, de fecha catorce de junio de dos mil once, mediante el cual se modificó la resolución del Alcalde Municipal, elevando la multa impuesta por este último a la cantidad de ciento treinta y ocho mil ciento treinta y seis dólares con treinta y un centavos de dólar de los Estados Unidos de América, la parte actora expone la vulneración al principio *nec reformatio in peius.* [...]

iii. Precisadas las posiciones jurídicas de las partes, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

a) La doctrina administrativa española sostiene que: "*La prohibición de reformatio in peius tiene por objeto impedir que la resolución de un procedimiento iniciado a instancia de parte agrave la situación inicial del solicitante. Se sitúa -esta prohibición- en el conflicto entre legalidad y seguridad jurídica, e implica la prevalencia de esta última en los concretos casos en que es aplicable. Su ámbito de aplicación propio son los recursos. Tiene su origen en el Derecho procesal y responde a un principio general de esa rama del Derecho tradicionalmente expresado en el bocardo "tantum devolutum quantum apellatum"* Asimismo, se puntualiza que *"los principios justificadores de la prohibición legal de reformatio in peius son principios procesales, aplicables a la resolución de recursos en vía judicial, que se aplican analógicamente a los recursos administrativos contra sanciones y, con más generosidad aún en la analogía, a los demás recursos administrativos y, finalmente, a la generalidad de los procedimientos administrativos a instancia de parte. Esta aplicación analógica tiene su razón de ser en la configuración del procedimiento administrativo según el modelo procesal"* (Sanz Rubiales, Íñigo "Contenido y alcance de la prohibición de *Reformatio In Peius* en el Procedimiento Administrativo". Ensayo. 2013. Madrid, España).

La anterior doctrina no es ajena a nuestro ordenamiento puesto que la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de esta Corte ha reconocido que *"el principio nec reformatio in peius establece la prohibición de que el tribunal de alzada empeore la situación jurídica de la parte procesal recurrente, exclusivamente como consecuencia de la interposición de su recurso, es decir, sin que medie impugnación directa o incidental de la contraparte y sin que el empeoramiento sea debido a poderes de actuación de oficio del órgano jurisdiccional. (…) La prohibición de la reforma peyorativa –conocida también por su expresión latina nec reformatio in peius– es una modalidad de la congruencia procesal y se circunscribe básicamente a la imposibilidad en la que se encuentra el juzgador de empeorar la situación jurídica del recurrente y en la obligación de aquel de resolver conforme y dentro de los límites de las pretensiones de las partes"* (Improcedencia de Amparo 396-2010. Resolución de las ocho horas y treinta minutos del día siete de julio de dos mil diez).

b) Delimitado el principio *nec reformatio in peius* o prohibición de la reforma peyorativa, corresponde analizar el contenido del acuerdo número quince, tomado en sesión ordinaria por el Concejo Municipal de Mejicanos, el catorce de junio de dos mil once y verificar si existe la infracción alegada por la parte actora.

Así, se extrae del expediente administrativo que al interponer el recurso de apelación la parte actora sostuvo que las áreas construidas en los inmuebles respectivos no correspondían a las estructuras de su propiedad. Por ello, solicitó un peritaje para verificar las medidas de dichas construcciones.

En el acuerdo municipal relacionado *supra* se determinó: *"del informe rendido por los peritos (…) las áreas a tomar en cuenta para la imposición de las multas es mayor que el tomado como base por el Alcalde para determinar la multa"* (folio 335). Por esa razón se modificó la resolución impugnada, únicamente

respecto al monto a pagar en concepto de multa, imponiendo la nueva cuantía de ciento treinta y ocho mil ciento treinta y seis dólares con treinta y un centavos de dólar de los Estados Unidos de América.

Pues bien, el principio *nec reformatio in peius,* conforme a la concepción adoptada, se ampara en los principios constitucionales de seguridad jurídica y congruencia. Así, la Administración Pública está impedida para resolver recursos administrativos al margen de lo solicitado, es decir, la respuesta de la Administración sólo puede ser, además de la inadmisión del recurso, la estimación o la desestimación de la pretensión impugnada pero no alguna que agrave la situación inicial del recurrente."

VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO *NEC REFORMATIO IN PEIUS* RESPECTO LA SANCIÓN IMPUESTA

"En el caso de autos, el Alcalde Municipal de Mejicanos impuso a Telefónica Móviles El Salvador, S.A. de C.V. una multa por ciento dos mil noventa y un dólares con ochenta y nueve centavos de dólar de los Estados Unidos de América ($102,091.89). Sin embargo, el Concejo Municipal, al resolver el recurso de apelación que fue interpuesto, modificó la anterior resolución agravando el monto a pagar en concepto de multa, concretamente, imponiendo la cuantía de ciento treinta y ocho mil ciento treinta y seis dólares con treinta y un centavos de dólar de los Estados Unidos de América ($138,136.31).

Así, es evidente que el Concejo Municipal demandado, vía recurso administrativo, modificó la situación inicial de la sociedad impetrante agravando el *quantum* de la sanción, agravando su estatus jurídico.

c) A partir de lo expuesto en los apartados precedentes, en el presente caso, se vulneró el principio *nec reformatio in peius* respecto la sanción impuesta.

Por lo dicho, procede declarar la ilegalidad del segundo acto impugnado."
Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 335-2011, fecha de la resolución: 04/02/2019

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE INHABILITACIÓN

FINALIDAD

"En cambio, con el procedimiento administrativo sancionador de inhabilitación, lo que se busca es proteger a todas las instituciones que conforman a la Administración pública, a fin de evitar que un contratista que ha cometido una de las contravenciones determinadas en el artículo 158 [para el caso, no haber suministrado el bien, de conformidad a los términos de referencia pactados en la orden de compra], ponga en situaciones similares a otras instituciones de la misma administración; y de esta manera prevenir un dispendio innecesario de los recursos limitados que tiene el Estado, al no permitirle formar parte de procedimientos de contratación administrativa, por haberse probado mediante un

procedimiento constitucionalmente configurado, que el contratista incumple sus obligaciones."
Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 431-2012, fecha de la resolución: 15/02/2019

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

AL NO CONTAR CON OTRA LEY DE CARÁCTER GENERAL ADMINISTRATIVA QUE REGULE CON LA SUFICIENTE ESPECIFICIDAD LA FIGURA DE LA CADUCIDAD DENTRO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR, ES NECESARIO DARLE CONTENIDO A ESTA LAGUNA NORMATIVA, TOMANDO COMO PARÁMETRO GENERAL EL DERECHO PROCESAL PENAL

"Por esta razón, la Sala advierte que la falta de regulación relativa a la inactividad del procedimiento sancionatorio [iniciado en tiempo] provocada por la Administración pública, no impide al Tribunal brindar una solución jurídica a la pretensión del administrado, quien presuntamente fue sujeto a dilaciones indebidas e injustificadas por más de un año, atribuibles a la autoridad demandada. En consecuencia, al no contar con otra ley de carácter general administrativa que regule con la suficiente especificidad la figura de la caducidad dentro del procedimiento sancionador, para este caso, es necesario darle contenido a esta laguna normativa, tomando como parámetro general el derecho procesal penal, con el que comparte una naturaleza cualitativa común del *ius puniendi* del Estado.

Así a manera de referencia, el artículo 34 del Código Procesal Penal, regula un límite temporal a la persecución del delito dentro de un proceso, llamado: prescripción durante el procedimiento: *«[l]a inactividad en el proceso tendrá como consecuencia la declaratoria de la prescripción de la persecución, la que será declarada de oficio o a petición de parte y el computo deberá realizarse a partir de la última actuación relevante en los términos siguientes: 1) Después de transcurrido un plazo igual a la mitad del máximo previsto en los delitos sancionados con pena privativa de libertad; pero, en ningún caso el plazo excederá de diez año. 2) A los tres años, en los delitos sancionados sólo con penas no privativas de libertad. 3) Al año en las faltas»* [subrayado suplido].

Al tratarse de una infracción administrativa [que tiene el menor de los grado de intensidad, con relación a las faltas y delitos, siendo estos últimos los más graves connaturalmente], el plazo más favorable y que por analogía ha de aplicarse [la cual no se encuentra proscrita cuando se aplica *in bonam partem*, en este caso, a favor del administrado] es el de la comisión de una falta en el orden penal; es decir, que el plazo de caducidad del procedimiento administrativo para el caso concreto, será de un año a partir de la última actuación **relevante**."

ACTUACIÓN RELEVANTE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

"Si bien el concepto de actuación relevante no se encuentra [por razones lógicas] desarrollado en el Código Procesal Penal, ha de entenderse en derecho

administrativo sancionador, que son aquellas actuaciones procedimentales de mayor importancia y propias del derecho sancionatorio, que deben no solo ser *notificadas* al administrado [a manera de exclusión de las actuaciones administrativas que ocurren exclusivamente adentro de la administración y que solo son conocidas por la administración misma, v. g.r.. solicitar un informe interno, nombramiento de delegados, o la producción de diligencias investigativas internas; las cuales naturalmente no interrumpen el plazo de prescripción del inicio de la acción], sino que además éstas decisiones relevantes, deben ser trascendentales en la sustanciación del procedimiento, por ejemplo la resolución de inicio del procedimiento administrativo, la resolución mediante la cual se le confiere audiencia al administrado para que ejerza su derecho de audiencia, el auto de apertura a pruebas, o la actuación que posibilita la etapa de alegatos finales; actos que conforman las etapas procedimentales mínimas de un procedimiento constitucionalmente configurado."

VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

"Por lo tanto, establecidas las anteriores consideraciones, en el presente proceso, para computar si se ha excedido el plazo de un año, que comprende la caducidad del procedimiento por inactividad atribuible exclusivamente a la Administración pública, será necesario analizar lo acontecido en sede administrativa. De este modo, consta en la quinta pieza del expediente administrativo lo siguiente:

a. La resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador [fs. 41] emitida el veinticuatro de septiembre de dos mil doce, mediante la cual se le hace saber al contratista el motivo del inicio del procedimiento administrativo sancionador por el supuesto incumplimiento contractual*,* en la cual además se le confirió **audiencia** por el término de tres días hábiles para que comunicara por escrito los argumentos de su defensa, notificado a la demandante el *dos de octubre de dos mil doce*. La parte actora no hizo uso de su derecho de audiencia.

b. Posteriormente, la autoridad demandada emitió la resolución final el *veintisiete de diciembre de dos mil trece*, mediante la cual impuso la multa por mora en concepto de incumplimiento -acto impugnado- (folios 44 al 46), notificada al contratista el *catorce de enero de dos mil catorce*.

A efectos de brindar una solución jurídica a los administrados al contabilizar el tiempo entre la última actuación relevante [acto en el que se le confiere el derecho de audiencia, emitido el veinticuatro de septiembre de dos mil doce, y notificado al administrado el *dos de octubre de dos mil doce*.] y la fecha en la que se tornó eficaz el acto administrativo sancionatorio en contra de SAGRISA [acto emitido el *veintisiete de diciembre de dos mil trece*, pero eficaz hasta el *catorce de enero de dos mil catorce*] transcurrió más de un *año y tres meses,* de inactividad injustificada de la administración sancionadora.

Lo anterior, refleja en el caso de autos, que la autoridad demandada vulneró el principio de seguridad jurídica, pues dejó transcurrir más de un año para resolver la situación jurídica de la demandante, configurándose con ello la caducidad del procedimiento administrativo sancionador, lo cual limitaba el ejercicio de la

persecución de la infracción. De ahí que, el acto administrativo debe ser declarado ilegal al concretarse la violación alegada por el actor en su demanda."
Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 153-2014, fecha de la resolución: 27/09/2019

PROCESO DE LESIVIDAD

CONSIDERACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA FIGURA DE LA "AUTORIZACIÓN" Y LA "CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO"

"Conforme con la jurisprudencia constitucional relacionada, la cual es compartida por este Tribunal, las figuras de la "autorización" y "concesión" comportan naturalezas, contenido y efectos diversos, siendo una de sus características fundamentales el hecho que la primera figura -la autorización- es un acto "*declarativo de derechos*", es decir, no crea ninguna facultad sino que permite la remoción de límites al ejercicio de facultades que ya correspondían a su destinatario, constituyéndose de esa manera en un requisito previo para la ejecución de una actividad, mientras que la segunda figura -la concesión- es un acto "*constitutivo de derechos*", es decir, creador de derechos o facultades *ex novo*.

3. En lo que importa al presente caso, esta Sala considera oportuno precisar que, independientemente de la naturaleza de los actos que fueron revocados por medio de la actuación impugnada en este proceso, es decir, se trate de autorizaciones o de concesiones, ambas figuras comportan verdaderos *actos administrativos favorables*.

En el caso de la concesión resulta inmediata tal conclusión al advertirse la constitución de un derecho. Ahora, en lo que corresponde a la autorización, la Sala de lo Constitucional de esta Corte ha precisado lo siguiente.

«*(…) las autorizaciones se manifiestan, generalmente, en un acto declarativo de derechos, lo que confiere a su titular una situación jurídicamente protegida que se manifiesta en el régimen de los actos favorables, sin perjuicio de su necesaria adaptación a las cambiantes exigencias del interés general. (…) las autorizaciones se manifiestan, generalmente, en actos administrativos emanados de un funcionario público y que se enmarcan en el régimen de los actos favorables, esto es, entrañan un efecto favorable o positivo, suponiendo el reconocimiento de un derecho subjetivo o un beneficio directo a su destinatario. Esto implica que las autorizaciones crean una situación jurídica protegida para su titular, en la medida en que generan una condición de ventaja al reconocerle un derecho, una facultad o liberarle de una obligación, un deber o un gravamen, por lo cual la Administración Pública solo puede revocarlo conforme a las causas y procedimientos establecidos en la ley, sin perjuicio de que esta ejerza las facultades de control de la legalidad y oportunidad que tiene*» (el subrayado es propio) (Sentencia de las diez horas con treinta y un minutos del día veinte de marzo de dos mil trece. Proceso de amparo 227-2010).

Conforme con lo precisado, resulta evidente que tanto las concesiones como las autorizaciones constituyen acto administrativos favorables."

LA ADMINISTRACIÓN SOLAMENTE PUEDE REVOCAR UN ACTO ADMINISTRATIVO FAVORABLE POR LOS CAUCES LEGALMENTE ESTABLECIDAS

"4. Conforme con el principio de irrevocabilidad, la Administración solamente puede revocar un acto administrativo favorable por los cauces legalmente establecidos.

En este sentido, los actos favorables emitidos para el demandante en fechas veintidós de enero de dos mil nueve, cinco, seis y treinta y uno de marzo de dos mil nueve, catorce y veintiuno de abril de dos mil nueve, sólo podían ser revocados por dos vías.

En primer lugar, por la concurrencia de alguna causa de revocación establecida de manera expresa en la ley, verbigracia y sin el ánimo de agotar supuestos, la comisión de ciertas infracciones administrativas, para lo cual no es necesario seguir el proceso de lesividad puesto que la ley ha atribuido a la Administración la facultad de revocación bajo supuestos específicos. A efectos ilustrativos conviene relacionar la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España, en la que se ha delimitado que ante el «*incumplimiento de los requisitos* (…) *esto es,* [el] *incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan* [actos favorables como ciertas autorizaciones]*, basta la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar* [su revocación]. *O, dicho en otros términos, en tal supuesto no se produce propiamente la revisión de un acto (…) que requiera (…) una declaración de lesividad, según el artículo 103 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, sino que el acto de otorgamiento* [refiriéndose a un acto favorable]*, que es inicialmente acorde con el ordenamiento jurídico, no se declara ineficaz por motivo que afecte a la validez de su concesión, sino que despliega todos sus efectos (…) Ahora bien, cuando lo que se cuestiona, como en el caso que nos ocupa, es la legalidad del acto inicial de la concesión de la subvención, o dicho de otra forma el error padecido al concederla, no estamos ante un supuesto de (…) declaración de lesividad porque lo que se pretende es declarar nulo un acto favorable por entender que su adopción fue contraria al ordenamiento jurídico*».

En esta misma línea se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional de esta Corte: «*El ejercicio de actividades como la implementación y operación de una terminal de autobuses de transporte público* [producto de un acto administrativo favorable] *implica el deber de proporcionar el servicio bajo determinados estándares, por lo cual el particular autorizado para su ejecución, además de estar protegido por ciertas garantías para la prestación del servicio, se encuentra supeditado al cumplimiento de obligaciones. La inobservancia de estas, por ende, habilitaría a la Administración a imponer una sanción o, en su caso, ordenar la revocación de la autorización que previamente otorgó, siempre que la normativa correspondiente lo faculte y establezca las causales por las que ambas proceden. En ese orden de ideas, el art. 178 del RGTT prescribe que las infracciones a dicho reglamento en que incurran los permisionarios de terminales serán sancionadas por la DGTT de acuerdo con la gravedad de la falta y las circunstancias de cada caso, sin perjuicio de que se ordene la revocación de los permisos en los términos previstos en dicho Reglamento, previa notificación de tal circunstancia al infractor (…)*» (el subrayado es propio) (Sentencia de las diez horas con

treinta y un minutos del día veinte de marzo de dos mil trece. Proceso de amparo 227-2010)."

UN ACTO ADMINISTRATIVO FAVORABLE PUEDE SER REVOCADO, PREVIO PROCESO DE LESIVIDAD, CUANDO SE TRATE DE CAUSAS DIFERENTES A LAS ESTABLECIDAS DE MANERA EXPRESA EN LA LEY

"Ahora, en segundo lugar, un acto administrativo favorable puede ser revocado previo proceso de lesividad, cuando se trate de causas diferentes a las establecidas de manera expresa en la ley.

Siguiendo la jurisprudencia constitucional relacionada *supra* en relación a un acto favorable que permite la operación de terminales de autobuses de transporte público, es relevante la siguiente aseveración: «*(…) este acto se encuentra sujeto al principio de irrevocabilidad: la Administración solamente puede expulsarlo del ámbito del particular por los cauces legalmente establecidos. Esto implica dos cosas: primero, que el funcionario competente de la DGTT puede revocar la autorización para operar una terminal de autobuses por los motivos prescritos en el art. 179 del RGTT, una vez agotado el procedimiento señalado en el art. 180 del mismo cuerpo normativo; y, segundo, que el titular de la referida institución no puede revocar la aludida autorización por motivos distintos a los contenidos en el art. 179 del RGTT; en estos casos, deberá promover el proceso de lesividad para que sea el Órgano Judicial quien tome la decisión que corresponda*» (el subrayado es propio) (Sentencia de las diez horas con treinta y un minutos del día veinte de marzo de dos mil trece. Proceso de amparo 227-2010). [...]

Por el contrario, si la revocación de tales actos obedecía a causas no prevista de manera particular en la legislación, dicha autoridad debía emitir el correspondiente acuerdo de lesividad y acudir a esta Sala a promover un proceso de lesividad."

PROCEDE DECLARAR LA ILEGALIDAD, ANTE LA AUSENCIA DEL PROCESO DE LESIVIDAD

"5. En el artículo 27 inciso final de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, establece la posibilidad de revocar los permisos para la prestación de servicios de transporte colectivo público de pasajeros (servicios públicos y servicios de oferta libre o servicios expresos). Así, en tal normativa jurídica se indica: "*En aquellos casos, en que se incumpla con alguna de las condiciones exigidas en las diferentes modalidades, el permiso podrá ser revocado, previo proceso de Ley que al respecto deberá seguir el Viceministerio de Transporte, sin que en ningún caso, sea procedente el decomiso de la unidad de Transporte de que se trate*".

Por otra parte, el artículo 179 del Reglamento General de Transporte Terrestre permite a la Dirección General de Transporte Terrestre revocar una autorización para operar terminales de autobuses, indicándose diversas causales.

Las anteriores constituyen previsiones normativas expresas que habilitan la revocación de oficio de las autorizaciones o permisos que se indican en las mismas.

Ahora, en lo que importa al presente caso, debe analizarse si la revocación de actos previos y favorables para la parte actora-realizada por medio de los actos administrativos impugnados-se justifica o no en una potestad expresamente establecida en la ley y en causas igualmente predeterminadas. [...]

La revocación de tales decisiones se sustentó en el hecho que las mismas fueron emitidas encontrándose vigente la prohibición relativa a aplicar el artículo 47 de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y otorgar concesiones para la prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros. [...]

Establecido lo anterior debe precisarse que los actos controvertidos -revocación oficiosa hecha por la parte demandada de actos previos y favorables- se justificaron, no en una potestad administrativa expresa para su revocación oficiosa ni en causas igualmente predeterminadas, sino, de manera general y abstracta, en el principio de revocabilidad de los actos administrativos; circunstancia advertida por la misma autoridad demandada quien fundamentó cada acto impugnado en dicho "*(…) principio de revocabilidad de los actos administrativos y en base a la revisión oficiosa de los actos emitidos por la administración pública (…)*" aduciendo que "*(…)por motivos de legalidad tales principios son aplicables al presente caso, pues se advierte claramente que la resolución anteriormente relacionada* [entiéndase cada uno de los actos previos y favorables emitidos para el actor] *se encuentra en manifiesta contradicción con el decreto legislativo N° 186 prorrogado por el decreto legislativo N° 524 (…)*" (folio 11 frente del expediente administrativo identificado con el número 15753 88; folio 15 frente del expediente administrativo identificado con el número 16133 90; folio 24 frente del expediente administrativo identificado con el número 16469 93; folio 26 frente y vuelto del expediente administrativo identificado con el número 16319 92; folio 31 frente y vuelto del expediente administrativo identificado con el número 16318 92; folio 28 frente y vuelto del expediente administrativo identificado con el número 16111 90; folio 21 frente y vuelto del expediente administrativo identificado con el número 15040 84; folio 71 frente del expediente judicial; folio 92 frente y vuelto del expediente judicial; y, folio 121 frente y vuelto del expediente judicial).

Ahora, tal como se concluyó en el número 4, letra B del romano IV *supra*, el Director General de transporte Terrestre podía revocar oficiosamente los actos administrativos previos y favorables emitidos a favor de la parte demandante, *únicamente por causas expresamente establecidas en la ley. Por el contrario, si la revocación de tales actos obedecía a causas no prevista de manera particular en la legislación, dicha autoridad debía emitir el correspondiente acuerdo de lesividad y acudir a esta Sala a promover un proceso de lesividad*.

En este orden, advertida la revocación oficiosa realizada por la autoridad demandada mediante los actos administrativos cuestionados, sin la habilitación legal y expresa para ello, es concluyente que en el presente caso dicha autoridad transgredió el principio de legalidad por no haber emitido el correspondiente acuerdo de lesividad y acudir a esta Sala a promover un proceso de lesividad -estando obligada a ello-según lo establecido en el artículo 8 de la LJCA.

De ahí, que los actos administrativos impugnados resultan ilegales.

6. Habiéndose determinado la ilegalidad de los actos administrativos emitidos por la autoridad demandada, por las razones expuestas *supra*, resulta in-

oficioso pronunciarse respecto de los restantes vicios de ilegalidad que alega la parte actora."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 273-2009, fecha de la resolución: 04/02/2019

RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL

PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

"C. Citados los argumentos vertidos por cada una de las partes, se procederá a verificar la normativa aplicable al presente caso para contabilizar los plazos en el trámite del recurso de apelación regulado en el artículo 628 del Código de Trabajo, a fin de determinar si el plazo era en días hábiles o corridos.

El artículo 628 inciso séptimo del Código de Trabajo establece: *«[d]e la resolución en que se imponga una sanción se admitirá el recurso de apelación para ante el Inspector General de Trabajo, siempre que se interpusiere por escrito dentro de los cinco días siguientes al de la respectiva notificación»*.

Tal disposición contiene un vacío legal relativo a la indeterminación de la naturaleza de los días que componen el plazo para interponer el referido recurso. Ante tal defecto normativo, es preciso darle contenido, supliéndolo con las reglas procesales acordes al ejercicio de la acción impugnativa del administrado.

Autores de derecho administrativo como Agustín Gordillo en su obra: "Tratado de Derecho Administrativo", aluden que el "derecho a recurrir" integra la garantía constitucional de defensa (Tomo IV: El procedimiento administrativo. Fundación de derecho administrativo, octava edición, Buenos Aires, 2003, página 200).

Por su parte, el máximo tribunal constitucional de nuestro país, en la sentencia de las quince horas del día dieciocho de diciembre de dos mil nueve, en el proceso acumulado de inconstitucionalidad referencia 23-2003/41-2003/50-2003/17-2005/21-2005, ha sostenido con relación al "derecho a recurrir" que: *«[d]icha garantía se conjuga -como podrá deducirse de lo expuesto hasta ahora en este punto- con el derecho a la protección jurisdiccional y con el debido proceso -y, dentro de éste, con el derecho de audiencia, defensa y el derecho a la igualdad procesal o, más correctamente, equivalencia de armas procesales-, e implica que, al consagrarse en la ley un determinado medio impugnativo, debe permitirse a la parte el acceso a la posibilidad de un segundo examen de la cuestión -por lo general, otro grado de conocimiento-».*

Dada la connotación de los recursos administrativos y su trascendencia en la esfera de derechos del sujeto destinatario de las potestades administrativas, la Administración pública debe favorecer, con el debido respaldo legal, la acción impugnativa contra determinado acto administrativo; es decir, permitir bajo un criterio de legalidad, la posibilidad de que el administrado controvierta lo resuelto por el órgano decisor. Ello supone que, en todo caso, el favorecimiento de la interposición de un recurso administrativo debe hacerse con respeto a los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Ahora bien, no se puede pretender llenar el vacío del artículo 628 inciso séptimo del Código de Trabajo a través de las reglas de la legislación común, sin previamente pretender, siquiera, la integración jurídica armónica de las disposiciones contenidas en el mismo Código de Trabajo, materia que regula el caso en análisis.

La integración jurídica comprende por su parte, suplir el vacío o laguna normativa mediante el contenido de otra disposición que contenga similitud de identidad con la disposición que se pretender llenar. Si esta integración se lleva a cabo dentro de un mismo cuerpo normativo o sector del ordenamiento, estaremos ante una auto integración normativa."

SI EN UN CUERPO NORMATIVO SE ENCUENTRAN DISPOSICIONES DE CONTENIDO PROCEDIMENTAL QUE ATAÑEN A UN MISMO SUPUESTO, CON IDENTIDAD DE RAZÓN, PROCEDE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA POR ANALOGÍA

"El artículo 630 inciso segundo del Código de Trabajo por su parte, refiere que: *«[e]n lo que fuere aplicable y no contraríe la letra y el espíritu de estas disposiciones, se observará lo dispuesto por las normas procesales de trabajo».*

La disposición supra, permite expresamente la auto integración normativa propia del Código de Trabajo para llenar los vacíos contenidos en la misma.

Ahora bien, dentro del Código de Trabajo, se advierte el contenido del artículo 574, que reza: *«[e]l recurso de apelación deberá interponerse por escrito ante el juez o cámara que conoce en primera instancia, en el mismo día o dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación respectiva».*

La disposición apuntada regula una situación análoga a la del artículo 628 inciso séptimo del Código de Trabajo, concretamente, ambas se refieren a un recurso de apelación, siendo que la primera disposición; es decir, el artículo 574 del Código de Trabajo sí se refiere de manera expresa a la naturaleza de los días que componen el plazo para su interposición, siendo éstos, días hábiles.

Cabe resaltar que el artículo 628 inciso séptimo del Código de Trabajo establece un recurso de carácter administrativo, mientras que el artículo 574, hace referencia a un recurso eminentemente judicial. Sin embargo; siendo ambas disposiciones de contenido procedimental que atañen a un mismo supuesto, con identidad de razón, procede la integración jurídica por analogía."

EL PLAZO PARA APELAR DE LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES TRAMITADOS POR EL MINISTERIO DE TRABAJO SE CUENTA EN DÍAS HÁBILES

"Por tal razón, la autoridad demandada debía computar el plazo para la interposición del recurso de apelación tomando en cuenta días hábiles, por la integración normativa por analogía entre el artículo 574 y 628 inciso séptimo del Código de Trabajo [i.e. sentencia definitiva ref. 580-2013 de las catorce horas con treinta y un minutos del siete de marzo de dos mil dieciocho].

Determinada que ha sido la normativa aplicable al caso, la manera correcta de contabilizarse el plazo para interponer el recurso de apelación establecido para los procedimientos sancionadores tramitados por el Ministerio de Trabajo

y la autoridad ante la cual debe interponerse de conformidad al artículo 628 del Código de Trabajo, corresponde verificar en el caso en estudio, si el recurso de apelación fue presentado en tiempo y forma por la demandante.

A folio 89 de la copia certificada del expediente administrativo, está agregada la resolución pronunciada a las trece horas con quince minutos del dieciséis de junio de dos mil quince, por la jefa de la Oficina Regional de Occidente del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, mediante la cual impuso multa a la parte actora, notificada el día diecisiete de julio de dos mil quince.

De acuerdo a los cinco días hábiles contados a partir de la notificación, la actora tenía desde el día veinte de julio hasta el día veinticuatro de julio de dos mil quince para interponer el recurso de apelación.

Consta agregado de folios 90 al 93 de la copia certificada del expediente administrativo, el escrito de recurso de apelación firmado por el licenciado **********, presentado el día veintitrés de julio de dos mil quince; es decir, dentro del plazo para recurrir, por lo que el recurso fue presentado en tiempo.

En consecuencia, la resolución que denegó el recurso de apelación pronunciada por la jefa de la Oficina Regional de Occidente del Ministerio de Trabajo y Previsión Social con fecha veintisiete de julio de dos mil quince fue emitida en contravención a la ley y debe ser declarada ilegal por el motivo invocado.

Establecido que el acto recursivo es ilegal, corresponde ahora entrar a conocer el acto originario y sus motivos de ilegalidad; ya que como sentada jurisprudencia de esta Sala ha establecido 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, superada la postura del carácter revisor de esta Sala; se procederá a analizar los argumentos de ilegalidad esgrimidos por la actora, en cuanto al acto administrativo originario emitido por la jefa de la Oficina Regional de Occidente del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, tal como se hizo referencia en el numeral 1 de esta sentencia, para determinar finalmente si dicho acto adolece del vicio de ilegalidad esgrimido por el demandante, consistente en la falta de competencia por parte del personal de la Oficina Departamental de Sonsonate del Ministerio de Trabajo y Previsión Social para realizar la inspección y reinspección de verificación de cumplimiento de leyes laborales."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 308-2015, fecha de la resolución: 07/06/2019

RECURSO DE REVISIÓN

ES IMPORTANTE ENTREGAR A LA PARTE CONTRARIA UNA COPIA DEL ESCRITO DEL RECURSO DE REVISIÓN

"Consta en folio 87 del expediente administrativo, llevado por la Comisión de Servicio Civil, el auto que admitió el recurso de revisión presentado por el recurrente, en el cual se ordena remitir al tribunal los autos «*previa notificación de las*

partes». Asimismo, a folio 88 se encuentra agregado una esquela de notificación efectuada al licenciado Nelson Armando Vaquerano Gutiérrez, apoderado general administrativo del demandante, a quien se le comunicó sobre el recurso de revisión, la cual fue enviada por medio de fax a las quince horas treinta minutos del diecinueve de agosto de dos mil trece.

Sin embargo, no existe constancia de que se haya entregado una copia del escrito que contenía los argumentos del recurrente, por los que consideraba que la Comisión de Servicio Civil emitió la decisión contraria al ordenamiento jurídico.

Es necesario recalcar la importancia de entregar, a la parte contraria, una copia del escrito que contenga el recurso de revisión, debido a que, en casos como el presente, resultó favorecida con la decisión adoptada por la Comisión de Servicio Civil; de tal manera, debe garantizarse al recurrido, el derecho de conocer los argumentos del recurrente con el objeto de controvertirlos."

EL TRIBUNAL DE SERVICIO CIVIL DEBE BRINDAR LA OPORTUNIDAD AL RECURRIDO DE CONTROVERTIR LOS ARGUMENTOS EXPRESADOS POR EL RECURRENTE, AL NO HACERLO SE TRADUCE EL ACTO IMPUGNADO EN ILEGAL

"En la sentencia de las ocho horas catorce minutos del treinta de enero de dos mil diecisiete, en el proceso identificado con la referencia 152-2009, sobre el derecho de defensa y la garantía de audiencia, esta Sala manifestó: «*Este Tribunal considera necesario hacer referencia en primer lugar, al derecho de defensa, el cual, se encuentran íntimamente vinculado con el derecho de audiencia, plasmado en el artículo 11 de la Constitución de la República, el cual 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 brindándoseles además, una oportunidad procedimental de exponer sus razonamientos y de defender posiciones jurídicas a efecto de desvirtuarlos; lo anterior implica que a una persona sólo podrá privársele de algún derecho después de haber sido vencido con arreglo a las leyes, las cuales deben estar diseñadas de forma que posibiliten la intervención efectiva de los gobernados. La finalidad de la garantía de audiencia es doble, de una parte, supone dar al investigado la plena posibilidad de defenderse, al hacérsele saber el ilícito que se le reprocha y al facilitarle el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Y de otra parte tiene la finalidad de que la autoridad decisoria disponga de todos los elementos de juicio necesarios para emitir su resolución*».

En el presente caso, quedó evidenciado que el demandante no tuvo conocimiento de los alegatos esgrimidos en el recurso de revisión presentado por el apoderado del Ministro de Educación, siendo necesario que se le mandara a oír, además de concederle un plazo razonable para que se pronunciara sobre los mismos, cuya finalidad es brindar la garantía de audiencia y el derecho de defensa.

El Tribunal de Servicio Civil tenía que brindar la oportunidad al recurrido de controvertir los argumentos expresados por el recurrente, debiendo efectuar una interpretación de los artículos de la Ley de Servicio Civil conforme a la Constitución de la República, principalmente en lo que concierne a la garantía de audien-

cia y al derecho de defensa del demandante; al no haberlo hecho traduce el acto impugnado en ilegal, y así será declarado.

El vicio antes manifestado no puede soslayarse por parte de esta Sala, en atención a que la decisión adoptada por la Comisión de Servicio Civil favoreció al señor MASH, y que el acto del Tribunal podía en alguna medida perjudicar al referido señor; en ese sentido, se vuelve importante la protección de los derechos y garantías que reconoce la Constitución de la República."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 162-2015, fecha de la resolución: 10/06/2019

RELACIÓN LABORAL

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y CARACTERÍSTICOS

"Para iniciar el análisis, es necesario tener presente que la relación jurídica laboral o relación de trabajo es una denominación que se otorga al tratamiento jurídico de la prestación de servicios por una persona a otra, mediante el pago de un salario.

Dicho vínculo jurídico tiene por objeto la prestación retribuida y continuada de servicios privados o públicos mediante la cual una de las partes da una remuneración o recompensa, denominada salario, a cambio de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad de otra.

Los elementos constitutivos y característicos de la relación jurídica laboral son: (i) la prestación de servicios de una persona a favor de otra (prestación personal de servicio); (ii) la dependencia y dirección inmediata del patrono sobre la prestación del servicio (subordinación jurídica); y (iii) la remuneración por dicha labor (salario).

El primer presupuesto o elemento esencial de la relación jurídica laboral lo constituye la prestación personal de un servicio. En el presente caso, la relación establecida entre el actor y la Policía Nacional Civil tuvo por finalidad la prestación personal de un servicio, en la cual el primero se desempeñaba como auxiliar de servicio.

El segundo presupuesto de la relación jurídica laboral es la subordinación jurídica. En el caso analizado el actor estaba subordinado a la Policía Nacional Civil, situación que se desprende del acuerdo ********, donde aparece que el demandante ocupó en dicha institución el cargo mencionado (folio 60 del expediente administrativo). Lo anterior evidencia una relación de dependencia supeditada a la participación, cumplimiento, control y dirección de la corporación policial.

Finalmente, el tercer elemento de la relación jurídica laboral es el salario. Al respecto, el artículo 119 del Código de Trabajo establece que el salario *"(…) es la retribución en dinero que el empleador está obligado a pagar al trabajador por los servicios que le presta en virtud de un contrato de trabajo"*."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 495-2011, fecha de la resolución: 03/07/2019

RENUNCIA A LA PRETENSIÓN

REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DE PROCESABILIDAD

"3. Establecido lo anterior, este tribunal analizará el cumplimiento de los requisitos que condicionan la *renuncia a la pretensión* planteada por la parte demandante en su escrito de folio173.

El mencionado artículo 129 del CPCM establece requisitos *subjetivos* y *objetivos*, mismos que deben de ser comprobados previo a "*tener por renunciada la pretensión ejercida*".

Respecto de los primeros presupuestos -subjetivos-, la norma relacionada prescribe que «*La renuncia ha de ser personal, clara, expresa, sin condición alguna y deberá formularse apud acta o por medio de apoderado con poder especial*».

Conforme con ello, esta Sala verifica que el señor MARS ha planteado su renuncia por medio de su apoderado general judicial con cláusula especial, licenciado Marlon Granados Pinto, quien se encuentra facultado, según el texto de la certificación notarial del poder general judicial con cláusula especial que corre agregada de folios 21 y 22, [...]

Por otra parte, en cuanto a los segundos presupuestos -objetivos-, estos se concretan en la facultad del demandante de disponer sobre el objeto litigioso; es decir, que el acto de renuncia no afecte más derechos que los pretendidos por éste en su demanda.

En el presente caso este tribunal advierte que el demandante, señor MARS, abdica del reclamo judicial hecho contra la Junta Directiva del FOPROLYD, por la supuesta nulidad de pleno derecho del acuerdo número ********, contenido en el acta número ********, del ocho de noviembre de dos mil doce, mediante el cual se decidió "suspender de manera definitiva el pago de la pensión" -así denominada por la autoridad demandada- establecida a su favor como beneficiario con discapacidad -lisiados de guerra-, cuya cuantía era de ciento cincuenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con cincuenta y cuatro centavos de dólar ($157.54), a partir del mes de septiembre de dos mil doce.

Adicionalmente, se constata que en relación con la *disposición del derecho* sobre el objeto litigioso de este caso, no existe prohibición de ley, limitación por razones de orden público, de interés general, de protección de menores y terceros, ni implica fraude de ley, ello, de acuerdo con las particularidades del presente proceso (artículo 126 inciso 2° del CPCM).

4. En suma, verificado que ha sido el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la "*renuncia a la pretensión*" planteada en el presente caso, este tribunal debe aceptarla y proceder conforme con el artículo 129 inciso 1° del CPCM: «*Cuando el demandante manifieste su renuncia a la pretensión procesal ejercitada o al derecho material en que funde su pretensión, el juez dictará sentencia absolutoria del demandado*»."

COSTAS PROCESALES

"5. Finalmente el artículo 32 de la LJCA establece «*La sentencia (…) contendrá el pronunciamiento que corresponda a las costas (…) conforme al dere-*

cho común (…)». Por su parte, el artículo 274 del CPCM prescribe «*Si el proceso terminara por renuncia de la pretensión o del derecho (…) aquél será condenado a todas las costas (…)*».

Pues bien, las costas procesales son los gastos o desembolsos económicos que las partes soportan y que se originan de la tramitación de un procedimiento judicial determinado. Entre estas erogaciones podemos mencionar: *(i)* los honorarios del abogado o procurador, cuando su intervención es obligatoria; *(ii)* la inserción de anuncios o edictos que obligatoriamente deban publicarse durante la tramitación del procedimiento; *(iii)* los honorarios de peritos.

De lo transcrito, esta sala advierte que la renuncia a la pretensión solicitada por el demandante, tiene su origen en una actuación administrativa emitida por la autoridad demandada, cuyo efecto inmediato es, en palabras del demandante "*la satisfacción de las obligaciones que la misma tenía para con él*".

Es decir, que dicha renuncia no es un acto antojadizo de la parte actora o el simple ejercicio de su derecho de disposición de la pretensión, sino, que esta responde a una actuación previa que afecto de forma positiva su esfera jurídica, de modo que no tiene reclamación judicial alguna que hacer a la autoridad demandada.

Lo anteriores relevante, puesto que la pretensión del actor comprende:*(i)* la declaratoria de nulidad de pleno derecho del acto impugnado y la correspondiente restitución del derecho que resultó dañado por dicho acto, y *(ii)* la indemnización por daños y perjuicios.

En ese sentido, el acto administrativo emitido por la autoridad demandada, contenido en el acuerdo número ********, del catorce de marzo de dos mil diecinueve, plasmado en el acta número ********, satisfizo plenamente la primera parte de la pretensión comprendida en la demanda, pero no la segunda, de manera que no podía darse por terminado anticipadamente el proceso con fundamento en la actuación administrativa que benefició al administrado, ello en atención a que el componente patrimonial y accesorio de dicha pretensión no obtuvo respuesta, de manera que solamente el actor podía disponer de su derecho, ya sea continuando el proceso por esa parte de lo pedido o, como decidió, renunciando a la pretensión en general, lo cual permite finalizarlo dictando la presente sentencia absolutoria.

Por otra parte, este tribunal verificó que la Junta Directiva del FOPROLYD al contestar los informes y solicitar intervención en el proceso contencioso administrativo, no pidió condena en costas para la demandante. Asimismo, la referida autoridad, no ha reportado ningún gasto de los comprendidos en el catálogo *supra* relacionado.

En ese sentido, la condena en costas a la parte actora, por haber renunciado a la pretensión procesal es improcedente."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 437-2017, fecha de la resolución: 19/07/2019

REPRESENTANTE LEGAL

AL FINALIZAR EL PERÍODO DEL ADMINISTRADOR O JUNTA DIRECTIVA DE UNA SOCIEDAD, MIENTRAS CONTINÚE EN EL TRÁFICO JURÍDICO, Y NO SE NOMBRE NUEVA REPRESENTACIÓN LEGAL DEBE SER EJERCIDA POR LAS PERSONAS QUE OSTENTARON TALES CARGOS

"f) Finalmente, en el primer acto administrativo impugnado [folios 99 al 101 del expediente administrativo], el Tribunal Sancionador reiteró su criterio sobre el incumplimiento al artículo 265 del Código de Comercio y citó resoluciones de esta Sala y de la Sala de lo Constitucional en la que se habían declarado inadmisibles o improcedentes las demandas planteadas por no actualizar la personería de conformidad a la disposición en comento. [...]

En jurisprudencia pasada esta Sala fue del criterio que, si el período para el cual el administrador único y representante legal de una determinada sociedad había finalizado, los poderes por él otorgados, quedaban consecuentemente caducados; por ello, se prevenía por falta de actualización de administradores y, en caso de no subsanarlo, se declaraba la inadmisibilidad de la demanda interpuesta.

Sin embargo, mediante resolución de las ocho horas un minuto del veinte de abril de dos mil dieciséis, emitida en el proceso contencioso administrativo con referencia 278-2011, se efectuó un cambio de criterio sobre la interpretación del artículo 265 del Código de Comercio, bajo los siguientes fundamentos:

i) De conformidad al artículo 17 incisos segundo y tercero del Código de Comercio se reconoce que una sociedad mercantil *«…es el ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse. Tales entidades gozan de personalidad jurídica, dentro de los límites que impone su finalidad, y se consideran independientes de los socios que las integran*».

Así, el objeto de constituir una sociedad –para el caso, de capital– es poner un esfuerzo común, en aras de obtener un beneficio económico para los socios. En este giro comercial, la persona ficta jurídica, puede contraer obligaciones y ser a su vez acreedora de otras.

La dirección y administración de las sociedades de capital, está regulada en lo que mandata su pacto social y lo prescrito en los artículos 254 y siguientes del Código de Comercio. Estableciendo, el artículo 254 del Código de Comercio, que los administradores de las sociedades de capital, 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.

Igualmente, establece el artículo 255 del mismo cuerpo legal que *«[l]os Directores ejercerán sus cargos por tiempo fijo, salvo revocación del nombramiento acordada por la junta general ordinaria; el plazo de ejercicio será determinado por el pacto social, no pudiendo ser mayor de siete años (…)»*

A partir de lo anterior se consideró que los poderes otorgados por un director o administrador que ostente la representación legal de una sociedad, fuera del

plazo para el cual se le ha conferido el cargo, eran irregulares y por ello no acreditaban la personería del mandante, y en consecuencia, el poder se encontraba viciado.

Sin embargo, esta interpretación axiomática en principio, no es absoluta, sino que encuentra su excepción en el texto del artículo 265 del Código de Comercio, el cual en su inciso primero determina *«[l]os 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».*

De aquí se extrae que, al terminar el período para el cual se elige al administrador o junta directiva, según la necesidad de las personas fictas para actuar mediante personas naturales, y mientras la sociedad continúe en el tráfico jurídico, todas las actividades propias de la administración de la sociedad y la gestión de negocios de la misma, así como la representación legal connatural, deben continuar siendo ejercidas por aquella persona o personas que ostentaron tales cargos, esto a pesar de encontrarse finalizado el plazo para el que fueron electas.

No obstante, el inciso segundo del mismo artículo impone a la junta general ordinaria la obligación de hacer el nombramiento de los nuevos administradores a más tardar en el plazo de seis meses de vencido el período de las funciones de los anteriores administradores.

La consecuencia jurídica al incumplimiento del plazo establecido en el inciso segundo del artículo 265 del Código de Comercio, está determinada en el inciso tercero del mismo, el cual establece *«[l]a falta de cumplimiento de esta obligación, hará incurrir a los socios o accionistas frente a terceros en responsabilidad personal, solidaria e ilimitada por las obligaciones que la sociedad contraiga con éstos».*

ii) Como se ha relacionado, la sociedad es una entidad que goza de personalidad jurídica, dentro de los límites que impone su finalidad, y se considera independiente de los socios que la integran. Así, el artículo 127 del Código de Comercio establece que *«[e]n las sociedades de capitales, los accionistas limitarán su responsabilidad al valor de sus acciones».*

De ahí que, la punición dada por el legislador a los socios o accionistas, ante el incumplimiento de la obligación de nombrar nuevos administradores, en el plazo otorgado para ello, sea justamente, el responder personal, solidaria e ilimitadamente frente a terceros, por las obligaciones que la sociedad contraiga.

Ahora bien, es indefectible que la sociedad ante éste incumplimiento, se encuentra en una situación de irregularidad, pero no por ello, debe entenderse que ésta se encuentra acéfala, puesto que este resultado no está dado por ley. La sociedad existe, puede obligarse y responder de la forma antes citada ante las obligaciones contraídas. El objeto y fin se mantiene, y mientras no esté en proceso de disolución y liquidación, está sigue funcionando bajo su giro ordinario.

Una interpretación apartada a la anterior, sanciona adicionalmente a la sociedad y la grava con un efecto que no está considerado en el articulado del Código de Comercio. La empresa mercantil como generadora de riqueza es un bien jurídico protegido a la luz de la legislación comercial de nuestro país, mediante la

cual se pretende que ésta continúe funcionando a pesar de estas irregularidades en la elección de su administración.

iii) De conformidad a lo expuesto, esta Sala estimó que la representación legal de las sociedades era válidamente ejercida por el administrador único propietario luego de la conclusión del período para el cual fue electo; y, por ende, el apoderado nombrado por el referido administrador estaba en la facultad de procurar por la sociedad demandante. En consecuencia, se determinó que las inadmisibilidades declaradas por este tribunal con base en el incumplimiento al artículo 265 del Código de Comercio, carecían de fundamento legal."

LA CONSECUENCIA DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NOMBRAR A LOS ADMINISTRADORES SE LIMITA A LA MODIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS, SIN QUE SE EXTIENDA A LA ACEFALÍA DE LA SOCIEDAD O LA TERMINACIÓN DE LOS MANDATOS QUE CONFIERE

"4.3. Trasladando las anteriores consideraciones al presente caso, esta Sala advierte que el Tribunal Sancionador mediante los actos administrativos impugnados, declaró y confirmó la inadmisibilidad de la denuncia interpuesta por **********. contra la ANDA, bajo el fundamento de que la personería de la sociedad consumidora adolecía de un defecto, puesto que no se efectuó un nuevo nombramiento de la administradora de dicha sociedad luego de los seis meses de haber vencido el nombramiento anterior, incumplimiento la obligación que estipula el artículo 265 del Código de Comercio.

Sin embargo, ya ha quedado establecido que la referida disposición establece claramente el efecto que acarrea la falta de cumplimiento de dicha obligación; efecto que se reduce a la conversión de la responsabilidad de los accionistas, los que en razón de su negligencia ya no gozarán de la limitación de su responsabilidad al importe de su participación en el capital social, sino que asumirán una responsabilidad ilimitada por las obligaciones que la sociedad asuma frente a terceros.

Por tanto, la consecuencia derivada del incumplimiento de la obligación de nombrar a los administradores se limita a la modificación de la naturaleza de la responsabilidad de los accionistas; sin que dicha consecuencia pueda extenderse a la acefalía de la sociedad o la terminación de los mandatos que confiere, sus negocios jurídicos, etcétera, puesto que no existe disposición legal que así lo determine. Por el contrario, como ya se ha dicho, el inciso primero del referido artículo establece el principio de continuidad.

Aunado a ello, de conformidad al principio antiformalista que rige en sede administrativa, el Tribunal Sancionador no puede exigir a los administrados, para el ejercicio de actividades y derechos, el cumplimiento de requisitos adicionales que no se encuentren respaldados por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, se verificó que, en sede administrativa, **********. manifestó reiteradamente que no se había nombrado nuevo administrador de dicha sociedad, por lo que la administradora que confirió el poder con el que se presentó la denuncia interpuesta ante la Defensoría del Consumidor, se encontraba válidamente representando a la sociedad denunciante. En ese sentido, esta Sala

determina que la personería de la consumidora no adolecía del defecto atribuido por el Tribunal Sancionador.

VII. Realizadas las anteriores consideraciones, se concluye que la actuación del Tribunal Sancionador es ilegal, al haber declarado inadmisible la denuncia interpuesta por EMILIA S.A. de C.V. contra la ANDA, con fundamento en una errónea interpretación del artículo 265 del Código de Comercio. Esto, a su vez, configuró las vulneraciones alegadas al principio de legalidad y al derecho de acceso a la justicia, puesto que la inadmisibilidad declarada por la autoridad demandada carece de justificación y sustento legal.

Sobre las demás vulneraciones invocadas por la parte actora, 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 improcedencia de este último. En reiteradas decisiones de esta Sala se ha establecido que dicha comprobación hace innecesario el examen de otros vicios, pues la declaratoria de ilegalidad 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 satisfacer en su plenitud determinada pretensión– en el presente caso es posible la estimación de la pretensión sin que sea necesario un examen adicional de legalidad. En el sentido dicho, una vez comprobada la existencia de las vulneraciones antes detalladas, esta Sala considera inoficioso continuar el examen de los demás alegatos de ilegalidad planteados."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 312-2014, fecha de la resolución: 02/07/2019

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

NO TIENE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN DE DESPIDO DE LA LEY REGULADORA DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS NO COMPRENDIDOS EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA

"Es a partir de ese inciso, que surge el análisis de si este Tribunal es competente para conocer del presente caso, ya que tal como se relacionó en párrafos anteriores, la parte actora inició ante el Juez Uno del Juzgado Quinto de lo Civil y Mercantil de San Salvador diligencias de autorización de despido, del señor OAVJ, bajo el amparo de la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa; en consecuencia, siendo éstas las reglas aplicables al caso, y tal como lo establece el inciso resaltado, **esta Sala no tiene competencia para conocer en dicha materia, se concluye que este Tribunal no está facultado para conocer de los actos que se pretenden impugnar**.

De lo anterior se infiere que la falta de competencia del Tribunal para conocer de los actos impugnados, es un defecto que afecta la pretensión, tal como

lo establece el artículo 277 del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), disposición de aplicación supletoria en el presente proceso según el artículo 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) -derogada-, emitida el catorce de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, publicada en el Diario Oficial número doscientos treinta y seis, tomo número doscientos sesenta y uno, de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, ordenamiento de empleo al presente caso en virtud del artículo 124 de la LJCA vigente "*Si, presentada la demanda, el Juez advierte algún defecto en la pretensión, como (…)* ***carezca de competencia objetiva o de grado*** *(…), se rechazará la demanda sin necesidad de prevención por ser improponible"* , es decir la pretensión de la presente demanda será improponible."

LA EVIDENTE FALTA DE COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS ACTOS IMPUGNADOS, VUELVE PROCEDENTE DECLARAR IMPROPONIBLE LA PRETENSIÓN INCOADA

"II. Sobre la improponibilidad de la demanda.

La improponibilidad de la demanda es una consecuencia del control jurisdiccional que implica la imposibilidad del juzgador de conocer de las pretensiones contenidas en la misma, en vista que conllevan un defecto irremediable, es decir, insubsanable o insalvable; siendo una figura positiva que ayuda a estructurar un sistema que imparte justicia, en el que las disputas de trascendencia jurídica sean ventiladas con estricto apego a las leyes, evitando sacrificar innecesariamente intereses patrimoniales, temporales o personales. Y es que esta institución faculta al Juez para evitar litigios judiciales erróneos, que, más tarde, retardarán y entorpecerán la pronta expedición de justicia.

Dicha institución procesal fue introducida en nuestra legislación con el objeto de mantener la economía procesal y con el fin específico de que aquellas demandas que evidentemente no podrían progresar fueran desechadas desde un principio.

Como se ha señalado, la competencia es un presupuesto de la pretensión de la demanda, que posibilita la sentencia de fondo que resuelve sobre ésta. Por lo tanto, la inexistencia de este requisito -es decir la falta de competencia- constituye un óbice procesal que deviene, por su naturaleza, en insubsanable; no siendo posible suplir ni sanear de oficio este defecto.

La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia definitiva, de las once horas con quince minutos del once de junio de dos mil catorce, dictada en el proceso de Recurso de Casación con Referencia 288-CAC-2012, al respecto ha manifestado *"(…) la improponibilidad está reservada solo para casos de vicios que por su naturaleza, no admiten corrección o subsanación, pues la pretensión no es judiciable, implicando un defecto absoluto. Lo que se toma como improponible es la pretensión y nunca la demanda o el derecho de acción, lo que rechaza es la pretensión contenida en la demanda, debido a un defecto absoluto en la facultad de juzgar y que imposibilita un pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional sobre el fondo del asunto, pudiendo ser declarada al inicio del proceso (in limine litis) o en cualquier estado de la causa (in persequendi litis)"*

En razón de ello el citado artículo 277 del CPCM enuncia "*Si, presentada la demanda, el Juez advierte algún defecto en la pretensión, como (…)* ***carezca de competencia objetiva o de grado*** *(…),* ***se rechazará la demanda sin necesidad de prevención por ser improponible****",* es decir ante la evidente falta de competencia de esta Sala para conocer de los actos impugnados -tal como se ha desarrollado en los apartados anteriores- procede declarar improponible la pretensión incoada por la parte actora."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 30-2017, fecha de la resolución: 02/05/2019

SERVIDORES PÚBLICOS NO COMPRENDIDOS EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA

SÓLO PODRÁN SER DESPEDIDOS O DESTITUIDOS DE SUS PUESTOS DE TRABAJO MEDIANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY CORRESPONDIENTE

"Es así como, de acuerdo a la citada disposición constitucional, este derecho se reconoce, en principio, sólo a los servidores públicos comprendidos dentro de la carrera administrativa - cuya relación laboral, entre otros aspectos, se caracteriza por haberse originado de un acto de nombramiento en plaza por Ley de Salarios-; y a los servidores que, aunque no forman parte de la aludida carrera, se amparan en la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa, por excepción. Dichos servidores públicos, en virtud del derecho en comento, sólo podrán ser despedidos o destituidos de sus puestos de trabajo mediante la tramitación del procedimiento establecido en la ley correspondiente.

En ese orden de ideas, conviene agregar que la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa, tiene como finalidad regular un procedimiento para garantizar el derecho de audiencia de todo empleado público no comprendido en la carrera administrativa, observable cuando no exista otro procedimiento especial para tal efecto con relación al servidor público de que se trate. Ello significa, que independientemente de los motivos o causas que se aleguen como justificativas de la destitución o despido, ha de cumplirse siempre con la exigencia del proceso previo que señala el artícidoulo 11 de la Constitución, de tal forma que se otorgue al interviniente la posibilidad de exponer sus razonamientos, controvertir la prueba en su contra y defender su derecho de manera plena y amplia. De ahí que la pérdida de la estabilidad laboral no constituye una atribución discrecional de la administración estatal, sino que es una atribución reglada o vinculada por los regímenes especiales o, en última instancia, por el mismo precepto constitucional

En ese sentido, la referida Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa, establece que para los casos en los que no exista un procedimiento específico establecido en las leyes secundarias, para garantizar el Derecho de Audiencia se observará lo prescrito en los artículos desarrollados en la misma."

PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN DE DESPIDO COMPRENDIDO EN LA LEY REGULADORA DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS NO COMPRENDIDOS EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA

"Por lo que en razón de lo anterior, el referido cuerpo normativo establece en el artículo 4 el siguiente procedimiento *"(…) La autoridad o funcionario superior comunicará por escrito en original y copia, al Juez de Primera Instancia que conozca en materia civil, de la jurisdicción donde el demandado desempeña el cargo o empleo, su decisión de removerlo o destituirlo, expresando las razones legales que tuviere para hacerlo, los hechos en que la funda y proponiendo su prueba (…)De la demanda se dará traslado por tres días al demandado a quién se le entregará copia de la demanda; si no contestare se presumirán ciertos los extremos de la misma y se pronunciará sentencia. Si contesta, se recibirá el juicio a prueba por cuatro días si fuere necesario, y vencidos, al día siguiente, se pronunciará la sentencia que corresponda sin más trámite ni diligencia, (…) En los casos de falta grave podrá suspenderse de su cargo al empleado público infractor, quien deberá ser restituido si el juez competente fallare que no hay lugar a su despido."*

También se regula el recurso que podrá interponerse en caso estar en desacuerdo con lo resuelto por el Juez competente, así el artículo 5 dispone "*La parte vencida podrá recurrir en revisión del fallo para ante la Cámara de lo Civil competente, dentro de los tres días hábiles contados desde el siguiente a la notificación de la sentencia, expresando en el mismo los motivos que se tengan para impugnar la resolución. Interpuesto el recurso, el juez competente lo admitirá y remitirá los autos a la Cámara de lo Civil, sin otro trámite ni diligencia."*; y el artículo 6 inciso primero regula el tramite a seguir para el referido recurso *"La Cámara de lo Civil resolverá el recurso con la sola vista de los autos, dentro de tres días contados desde el siguiente al de su recibo. En su resolución se concretará a confirmar, modificar o revocar el fallo impugnado; pero podrá tomar las medidas que estimare conveniente a fin de salvaguardar los derechos del afectado".*

Ahora bien, el inciso segundo del nombrado artículo 6 de la ley en comento establece que *"De lo resuelto por la Cámara de lo Civil no habrá recurso alguno, **ni corresponderá su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa**."*, es decir no es objeto del contencioso administrativo."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 30-2017, fecha de la resolución: 02/05/2019

SERVIDORES PÚBLICOS

LOS CONTRATOS A PLAZO QUE SE REALIZAN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS PERSONAS NATURALES PARA CUMPLIR PUESTOS PERMANENTES, CONSTITUYEN UN FRAUDE DE LEY

"Con respecto al vínculo establecido entre los servidores públicos por contrato y el Estado o las municipalidades, hay cierto tipo de contrato concebido

como una figura emergente y subsidiaria ante la necesidad contingente de utilizar personal cuyas plazas no han sido incluidas en el presupuesto anual. Esto es, personas que se ocuparán de actividades que no forman parte del hacer propio habitual y continuo de una determinada dependencia estatal, municipal, entidad autónoma o sectorial, porque son labores ajenas al giro ordinario de sus funciones regulares.

El artículo 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos se establece que: *"Se podrán contratar servicios personales siempre que concurran las siguientes condiciones: a) Que las labores a desempeñar por el contratista sean propias de su profesión o técnica; b) Que sean de carácter profesional o técnico y no de índole administrativa; c) Que aun cuando sean de carácter profesional o técnico no constituyen una actividad regular y continua dentro del organismo contratante; d) Que no haya en la Ley de Salarios plaza vacante con iguales funciones a la que se pretende contratar (…)"* Por medio de esta norma, se permite la vinculación laboral administrativa de los trabajadores al Estado por medio de la figura del contrato; de ahí la razón por la cual aquellos no gozan de estabilidad laboral.

En muchas áreas de la Administración Pública se ha incurrido en la práctica de utilizar tal figura convirtiéndola en una regla general; así, se incorporan trabajadores bajo las formas contractuales más diversas, para plazos tan variados que van desde un año o menos hasta tiempo indefinido.

La desnaturalización, entonces, de la protección a la estabilidad laboral estriba en el hecho de que *a priori,* por estar sujeto un servidor público a la modalidad de un contrato y no por nombramiento en plaza creada por sistema de Ley de Salarios, se asuma que la naturaleza de la prestación de servicios realizada por el particular es eventual o sujeta a plazo contractual.

Lo anterior podría ser un recurso para disfrazar la realización de actividades que efectivamente pertenecen al giro ordinario de las distintas instituciones y dependencias de la Administración Pública, con el objeto de liberar a dichos entes de sus obligaciones de índole laboral para con sus trabajadores o de no hacer el concurso para ingresar a laborar en dichas instituciones.

Esto lleva a considerar que los contratos a plazo que se realizan entre la Administración Pública y las personas naturales para cumplir puestos permanentes, constituyen un fraude de ley, pues lo que ha querido la Constitución y la ley secundaria es que el empleo público esté regulado por la carrera administrativa, en la cual el ingreso y la promoción se den en un régimen de oportunidad para las personas que reúnan los requisitos del puesto laboral que la Administración Pública necesita para realizar con eficacia los fines previstos en el ordenamiento jurídico.

Con base en lo expuesto, se puede afirmar que cuando los funcionarios de la Administración Pública pretendan no prorrogar el contrato, tal situación puede ser controvertida ante esta Sala, siempre y cuando concurran los supuestos *supra* analizados, pues en realidad la naturaleza jurídica del acto no es bilateral, sino unilateral, esto es un verdadero acto administrativo. Para llegar a esa conclusión no se hace más que levantar la actividad formal que el intérprete tiene ante sí, pues si bien tiene las características formales de un contrato, el mismo

no reúne los requisitos del artículo 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos.

No obstante el carácter eventual y extraordinario que presenta la figura de contrato de servicios profesionales, en muchas áreas de la Administración Pública se ha incurrido en la práctica de utilizar la misma para incorporar trabajadores que se dedican a realizar labores que son de carácter regular y continua en las instituciones, para lo cual se suscriben contratos de van de desde un año o menos, finalizando todos por regla general el treinta y uno de diciembre de cada año.

La desnaturalización, de tal figura contractual lleva entonces a que se asuma que el servidor público sujeto a la misma -al no haber sido nombrado en plaza creada por sistema de Ley de Salarios- goce de estabilidad laboral únicamente por el período establecido en el dicho contrato y que por lo tanto el servicio que presta es de carácter eventual.

Lo anterior se configura como un recurso para disfrazar la contratación de personas que realizan de actividades que efectivamente pertenecen al giro ordinario de las distintas instituciones y dependencias de la Administración Pública, evitando con ello en muchas ocasiones la realización del concurso para ingresar a laborar y procura además liberar a las entidades estatales de las obligaciones de índole laboral que tienen para con sus empleados.

Esto ha llevado a considerar que el emplear a personal bajo la figura de "*contrato de servicios personales*" para cumplir puestos de carácter permanente, constituya un fraude de ley, pues lo que ha querido la Constitución y la ley secundaria es que el empleo público esté regulado por la carrera administrativa, en la cual el ingreso y la promoción se den en un régimen de oportunidad para las personas que reúnan los requisitos del puesto laboral que la Administración Pública necesita para realizar con eficacia los fines previstos en el ordenamiento jurídico."

CUANDO UN EMPLEADO HA SIDO CONTRATADO POR CONTRATO DE SERVICIOS PERSONALES DEL ART. 83 DE LAS DISPOSICIONES GENERALES DE PRESUPUESTOS, PERO DESEMPEÑA SERVICIOS DE CARÁCTER PERMANENTE, ESTÁ DENTRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA

"Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el artículo 4 de la Ley del Servicio Civil establece «*Excluídos de la Carrera Administrativa No estarán comprendidos en la carrera administrativa los servidores públicos siguientes: (…) m) Las personas bajo contrato, a los que se refiere el Art. 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos. (…) Sin perjuicio a lo establecido (…) cualquier persona que preste servicios de carácter permanente, propios del funcionamiento de las instituciones públicas contratadas bajo el régimen de contrato, estarán comprendidas en la carrera administrativa. (…) Para efectos de esta Ley se entenderán por servicios de carácter permanente, aquellos prestados por una persona natural bajo la figura de la continuidad y dependencia o subordinación indispensable para el cumplimiento de los fines institucionales; recibiendo una remuneración financiada con recursos del Presupuesto General del Estado*».

Con base en lo expuesto, se puede afirmar que cuando un empleado ha sido contratado bajo la figura de "*contrato de servicios personales", prevista en*

el art. 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos, pero desempeña *servicios de carácter permanente, propios del funcionamiento de las instituciones públicas, se entenderá comprendida dentro de la carrera administrativa, por lo que el hecho que la* Administración Pública pretenda no prorrogar este tipo de contrato da lugar a que tal decisión sea controvertida ante esta Sala, siempre y cuando concurran los supuestos *supra* analizados, aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en realidad la naturaleza jurídica del acto no es bilateral, sino unilateral, lo que lo hace un verdadero acto administrativo. Para llegar a esa conclusión no se hace más que levantar la actividad formal que el intérprete tiene ante sí, pues si bien tiene las características formales de un contrato, el mismo no reúne los requisitos del artículo 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos.

En consecuencia, a partir de lo razonado en los párrafos precedentes, el señor WRL: 1) era un trabajador público; 2) prestaba servicios personales a la Policía Nacional Civil en una actividad permanente; 3) recibía un salario; y 4) su nombramiento obedeció a un acto administrativo que le dio la forma de contrato de servicios personales."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 492-2011, fecha de la resolución: 29/07/2019

SINDICATOS

REGULACIÓN

"3. Delimitado el contexto de la controversia, conviene realizar las siguientes precisiones normativas.

i. El artículo 217 inciso 1° del Código de Trabajo -en adelante CT- establece que «*Dentro del respeto de la Ley y de la Constitución, los interesados* [en la constitución de un sindicato] *tienen derecho de redactar libremente sus estatutos sindicales (…)*»

En concordancia, el artículo 3.1 del Convenio número 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de la Organización Internacional del Trabajo (1948), ratificado por El Salvador el seis de septiembre de dos mil seis, establece que «*(…) Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho 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*».

A partir de las anteriores disposiciones normativas es concluyente que las organizaciones sindicales se rigen interiormente por sus estatutos, mismos que son aprobados por la autoridad administrativa competente (artículos 219 y siguientes del CT). De ahí, las reglas de ordenación de la actividad sindical establecidas en los artículos 229 inciso 1° y 260 del CT: "*Los sindicatos tienen como objeto la defensa de los intereses económicos, sociales y profesionales de sus miembros. Sus funciones, atribuciones y facultades son determinadas por sus estatutos, dentro del respeto de la ley y la Constitución*" (el subrayado es propio).

"*Dentro del respeto de la ley, de la Constitución y de los objetivos de las organizaciones sindicales según el presente Código, las federaciones y confederaciones tendrán las facultades que les confieren sus estatutos*" (el subrayado es propio)."

TODA EXPULSIÓN DE UNA PERSONA AFILIADA A UN SINDICATO DEBE ESTAR FUNDADA EN LAS CAUSAS PREVISTAS EN SUS ESTATUTOS

"ii. Establecida la relevancia de las normas estatutarias debe destacarse, en torno a la figura de la "expulsión" de una organización sindical, lo regulado en el Libro II, Titulo Primero, Capítulo I: "*Del derecho de asociación profesional y su protección*" del CT, específicamente, el artículo 205 letra a) que establece la siguiente proscripción categórica: «*Se prohíbe a toda persona: a) Coaccionar a otra para que ingrese o se retire de un sindicato, salvo el caso de expulsión por causa previamente establecida en los estatutos (…)*» (el subrayado es propio).

De lo anterior se colige que toda expulsión de una persona afiliada a determinado sindicato debe estar fundada en las causas previstas en sus estatutos y, además, debe seguirse el procedimiento establecido en los mismos, puesto que, como ya lo precisaron los artículos 229 inciso 1° y 260 del CT -integración normativa-, las organizaciones sindicales deben actuar conforme con sus estatutos, lo que incluye la sujeción a los procedimientos internos previamente establecidos.

Prueba de ello es que el artículo 221 apartado A ordinal 4° y apartado B ordinal 4° del CT establece: "*Las asambleas se dividen en generales y seccionales, pudiendo ser ordinarias y extraordinarias; y sus atribuciones, además de las que les señalen la Ley y los estatutos respectivos, son las siguientes: A.- DE LAS ASAMBLEAS GENERALES: (…) 4º- Acordar la expulsión de uno o más miembros del sindicato de acuerdo con los estatutos (…) B.- DE LAS ASAMBLEAS SECCIONALES: (…) 4º- Acordar la expulsión de uno o más miembros de la seccional, de acuerdo con los estatutos (…)*" (el subrayado es propio).

En suma, la determinación de la ley relativa a que la expulsión de una persona de una organización sindical deba hacerse "*de acuerdo con los estatutos*" respectivos, no sólo indica que tal decisión debe fundamentarse en las causas establecidas en los mismos sino, también -sin el ánimo de agotar los supuestos-, atendiendo los procedimientos diseñados para adoptar la misma."

UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL PUEDE COMETER DETERMINADAS INFRACCIONES AL CÓDIGO DE TRABAJO Y, POR ELLO, SER OBJETO DE SANCIONES

"iii. En este punto es necesario mencionar que una organización sindical puede cometer determinadas infracciones al CT y, por ello, ser objeto de las sanciones respectivas.

El CT, en su Libro Segundo, Titulo Primero, Capítulo VII: "*De las Atribuciones y Prohibiciones a los Sindicatos y de sus Sanciones"*, concretamente, en el artículo 229, establece las actuaciones "especialmente" prohibidas a un sindicato, siendo éstas: «*(…) a) Intervenir en luchas religiosas, sin que ello implique*

restringir la libertad individual de sus miembros; b) Repartir dividendos o hacer distribuciones del patrimonio sindical; c) Limitar la libertad de trabajo de los no afiliados; ch) Coaccionar a los no afiliados para que ingresen al sindicato, a los afiliados para que no se retiren del mismo, o a unos u otros para que no se afilien a otro sindicato».

La realización de tales acciones prohibidas tiene como consecuencia jurídica la imposición de las sanciones establecidas en el artículo 231 del CT, las cuales pueden ser multa, suspensión o disolución del sindicato, mismas que, según el artículo 230 del mismo cuerpo legal, "*serán impuestas por las autoridades judiciales competentes*".

Ahora, como puede advertirse, el incumplimiento de la obligación relativa a acordar la expulsión de una persona afiliada a una organización sindical conforme con sus estatutos [artículos 205 letra a) y 221 apartado A ordinal 4° y apartado B ordinal 4° del CT], *no es una acción contemplada en el catálogo de infracciones del artículo 229 del CT* -y que amerite, por consecuencia, la imposición de sanciones establecidas en el artículo 231 del mismo cuerpo legal por parte de "*las autoridades judiciales competentes*"-.

No obstante, *ello no implica que la expulsión de una persona de determinada organización sindical, acordada en incumplimiento de los estatutos respectivos, esté exenta de control*.

Al respecto, el mismo CT ha establecido, en su artículo 627, que «*Las infracciones a lo dispuesto en los Libros I, II y III (…) y demás leyes laborales que no tuvieren señalada una sanción especial, harán incurrir al infractor en una multa hasta de quinientos colones por cada violación, sin que por ello deje de cumplirse con lo dispuesto en la norma infringida (…)*». Correlativamente, el artículo 628 del CT señala que, para imponer las sanciones relacionadas, se debe seguir el procedimiento que se indica en la misma disposición normativa ante el "*Jefe del Departamento respectivo de la Inspección General de Trabajo*", es decir, una autoridad administrativa adscrita al Ministerio de Trabajo y Previsión Social."

EL MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL POSEE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA PARA VERIFICAR LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN TORNO A LA EXPULSIÓN DE UN MIEMBRO SINDICAL

"En lo que importa al presente caso, *la obligación relativa a acordar la expulsión de una persona afiliada a una organización sindical conforme con sus estatutos*, se configura a partir de los artículos 205 letra a) y 221 apartado A ordinal 4° y apartado B ordinal 4° del CT, *disposiciones normativas que pertenecen al Libro II, Titulo Primero, Capítulos I y V del referido cuerpo normativo*.

Por lo tanto, la verificación de su incumplimiento, según lo señalado en el CT, es competencia del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Así, será la Administración la que imponga la sanción respectiva "*sin que por ello deje de cumplirse con lo dispuesto en la norma infringida*" (artículo 627 del CT), es decir, que la organización sindical que pretenda la expulsión de uno de sus miembros, lo haga sometiéndose en todo caso a las causas y procedimientos establecidos en sus estatutos.

Lo anterior tiene plena concordancia con la facultad dada a la Administración Pública en el artículo 256 del CT: «*La vigilancia de las organizaciones sindicales para comprobar si se ajustan a las prescripciones legales en el desarrollo de sus actividades, estará a cargo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social (…)*».

De ahí que es errónea la estimación hecha por la autoridad demandada relativa a que el «*(…) procedimiento que debió seguirse para la expulsión de miembros afiliados al sindicato* [SUTC]*, son asuntos internos que competen a la organización sindical en sí (…)* [y que] *en caso extremo deberán ser resueltos mediante una decisión Judicial y no una Administrativa; ya que la intromisión a este tipo de actos está vedado para la administración pública (…)*» (el subrayado es propio) (folio 28 frente).

Ciertamente, en el caso de las inscripciones de juntas directivas sindicales, la actividad de la Administración Pública es de control y registro. En este sentido, la autoridad demandada está en la obligación de recibir y tramitar todas las solicitudes de inscripción de juntas directivas de los sindicatos, federaciones y confederaciones, ciñéndose a verificar que las solicitudes cumplan con los requisitos establecidos en el Código de Trabajo y en los estatutos de los entes sindicales respectivos.

Ahora, tal potestad reglada implica también -de la integración normativa de los artículos 205 letra a), 221 apartado A ordinal 4° y apartado B ordinal 4°, 256, 627 y 628 del CT-, verificar los requisitos establecidos en el CT y en los estatutos respectivos en torno a una expulsión de un miembro sindical. Ello no conlleva una intromisión en los asuntos internos y propios de la actividad natural de un sindicato, puesto que la autoridad pública ha de ceñirse a corroborar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los estatutos, normas internas que la misma organización sindical sometió, en su momento, a una aprobación de la Administración Pública (artículo 219 del CT).

Por otra parte, no debe perderse de vista que las normas estatutarias sindicales están supeditadas a la ley y a la Constitución. De ahí que el artículo 217 del CT establece que "*Dentro del respeto de la Ley y de la Constitución, los interesados tienen el derecho de redactar libremente sus estatutos sindicales*".

Lo anterior cobra relevancia por el hecho que, en el presente caso, a la autoridad demandada le fue denunciada una serie de vicios en la expulsión de los demandantes, los cuales están relacionadas con ciertas regulaciones obligatorias que deben contener los estatutos sindicales. Resaltando los puntos que importan al presente proceso, el mencionado artículo 217 del CT establece que los estatutos "*(…) deben en todos los casos expresar lo siguiente: (…) c) Obligaciones y derechos de sus miembros; ch) Sanciones disciplinarias y motivos y procedimientos para la aplicación de las mismas, debiéndose respetar en todo caso el derecho a la defensa del inculpado; (…) f) Épocas y procedimientos para la celebración de las asambleas ordinarias y extraordinarias, reglamentos de las sesiones, quórum, debates y votaciones. (…) g) Modos de elección y de renovación de los órganos directivos, duración de su mandato, atribuciones, facultades, obligaciones y responsabilidades, causales y procedimientos para su remoción; (…)*"

Frente a ello deben recordarse los vicios alegados en sede administrativa en torno a la expulsión del señor ********** y otros -incluyendo al señor ********** -:

(*a*) su expulsión no se siguió el procedimiento que señalan los artículos 49 y 51 de los estatutos del SUTC; (*b*) a la fecha de la misma no se encontraba electa la Comisión de Honor y Justicia del sindicato, organismo que conoce de la causa y procedimiento de expulsión; (*c*) no se le notificó de los motivos de su expulsión ni de procedimiento alguno, de tal manera que no pudo ejercer su derechos de audiencia y defensa, mismos que se encuentran garantizados en el artículo 11 de la Constitución de la República y 54 de los estatutos del SUTC; (*d*) la convocatoria para la celebración de la asamblea general extraordinaria en la que se acordó su expulsión no cumplía con el requisito establecido en el artículo 12 numeral 2 de los estatutos del SUTC.

Como se advierte, la verificación de los elementos denunciados implica, únicamente, una constatación de requisitos estatutarios *obligatorios* sin que por ello la Administración Pública restrinja al sindicato respectivo la decisión de expulsar a uno de sus miembros. Consecuentemente, luego de verificar los requisitos estatutarios pertinentes, la Administración agota el ejercicio de su potestad reglada y de ninguna forma puede orientar o cambiar la decisión de expulsión, que es propia del sindicato.

Es por eso que el artículo 256 inciso 3° del CT establece que "*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 en favor de los sindicatos*".

iv. Con fundamento en las anteriores consideraciones es concluyente que, de la integración de los artículos 205 letra a), 221 apartado A ordinal 4° y apartado B ordinal 4°, 256, 627 y 628 del CT, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, posee la potestad administrativa para verificar los requisitos establecidos en el CT y en los estatutos respectivos en torno a una expulsión de un miembro sindical, ante la petición de indagación por una persona legitimada para ello.

Lo anterior, no implica un quebrantamiento al derecho fundamental de asociación ni una intromisión a las actividades internas de un sindicato, pues la actividad administrativa señalada no supone valorar y decidir la procedencia o no de la expulsión sino, verificar si tal decisión ha seguido el cause formal diseñado en la norma estatutaria. En este sentido, la actividad administrativa sigue siendo reglada y de verificación del cumplimiento de requisitos. [...]

En este punto es necesario señalar que en el procedimiento administrativo rige el principio de *verdad material* o verdad jurídica objetiva en virtud del cual la actividad de la administración Pública está orientada a la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstancias, con independencia de cómo han sido alegadas y, en su caso, probadas por los interesados en el procedimiento.

Lo anterior supone que la Administración Pública, en aras de la verdad material, debe adaptar su actuación oficiosa para superar las restricciones cognoscitivas que puedan derivar de la verdad jurídica o meramente formal presentada por los interesados.

En este sentido, el Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, en el presente caso, estaba en la obligación de verificar, previo a la emisión del acto administrativo impugnado, si la expulsión de los demandantes fue

acordada conforme con los estatutos del SUTC, en atención a que uno de ellos había hecho del conocimiento de tal autoridad irregularidades en la adopción de tal decisión.

Verificada que ha sido la omisión de tal actividad, y siendo que la misma resultaba necesaria previo a emitir el acto cuestionado, puesto que parte de los miembros electos de la Junta Directiva Confederal de la CNTS que pretendía inscribirse, eran los demandantes, el acto que ordena la inscripción parcial de tal junta directiva resulta ilegal por excluir a los demandantes sin antes haberse verificado que su expulsión del SUTC haya sido realizada conforme con los estatutos del referido sindicato."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 421-2011, fecha de la resolución: 20/05/2019

SUBSIDIO AL GAS LICUADO

FINALIDAD

"C. Establecidas las posiciones jurídicas de las partes y de la representación fiscal sobre el fondo de la controversia, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

1. Roberto Dromi señala que un subsidio «*(…) se otorga a las personas públicas subordinadas o a instituciones privadas (eventualmente personas físicas) para la ejecución de actividades necesarias al interés público. Es la figura típica del fomento* [que se] *traduce un auxilio económico directo o indirecto, generalmente en dinero, que la Administración otorga para favorecer el desarrollo de un sector de la actividad productiva, o bien puede tener una finalidad social, en el que el efecto económico es indirecto. Se lo ha caracterizado como una donación modal de derecho público, ya que supone imponer una carga al beneficiario, desde que sin perjuicio de mantener el carácter de constituir una liberalidad, su otorgamiento se realiza en vista al cumplimiento de una finalidad de interés general, especifica y determinada (…)*»(el subrayado es propio) (Dromi, Roberto. "*Derecho Administrativo*". Editorial de Ciencia y Cultura. 7ª edición actualizada. Buenos Aires. 1998. Pág. 775). [...]

3. En El Salvador, el GLP es un producto derivado del petróleo que es *subsidiado* por el Estado con la finalidad social de brindar una ayuda económica a las familias de escasos recursos y cuya compensación se realiza a través de las sociedades autorizadas para la importación y comercialización del referido bien.

Conforme con la LRDTDPP, la regulación y vigilancia -depósito, transporte y distribución- del GLP es ejercida por el Órgano Ejecutivo, en el Ramo de Economía, a través de la Dirección de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía, autoridad administrativa que en ejercicio de sus potestades puede efectuar inspecciones de los productos, tomar muestras, realizar pruebas y ensayos, verificar pesos y medidas, revisar documentación y otras diligencias (artículo 4 inciso 1° y 13 letra "d" de la LRDTDPP). [...]"

SISTEMA DE PRECIOS DE PARIDAD DE IMPORTACIÓN

"Pues bien, en correspondencia con las normas anteriormente transcritas, el quince de julio de dos mil tres se emitieron los Acuerdos Ejecutivos, en el ramo de economía, números 616 y 617, publicados en el Diario Oficial número ciento treinta y uno, Tomo trescientos sesenta, de fecha dieciséis de julio de dos mil tres, por medio de los cuales se estableció 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.

Conforme con tales cuerpos normativos, los importadores y/o refinadores locales deberían facturar la venta de GLP a las compañías distribuidoras autorizadas, teniendo como límite el precio máximo resultante del *Sistema de Precios de Paridad de Importación*.

Por otra parte, en tales decretos ejecutivos también se fijaron los *precios máximos de venta de GLP para consumo doméstico,* respecto de las presentaciones de treinta y cinco, veinticinco, veinte y diez libras."

i. En este punto es necesario precisar que el Acuerdo Ejecutivo, en el ramo de economía, número 616, de fecha quince de julio de dos mil tres, estableció el *Sistema de Precios de Paridad de Importación*, es decir -y como el mismo decreto ejecutivo lo indica-, "*el mecanismo automático para la determinación de los precios máximos (…) del gas licuado de petróleo para consumo doméstico*"; valores -precios máximos- que son resultado, según el texto normativo, de «*la sumatoria de los costos "variables" e "invariables" y el margen de beneficio*».

ii.Por otra, el mencionado Decreto Ejecutivo número 616 contiene una serie de normas técnicas que sirven de fundamento a la Administración Pública para liquidar el subsidio a las compañías importadoras y comercializadoras de GLP.[...]

iii. Pues bien, de conformidad con la regulación precisada en los apartados precedentes, con el establecimiento del *Sistema de Precios de Paridad de Importación* el Estado interviene directamente en la importación, distribución y comercialización del GLP destinado al uso doméstico.

Como se advierte, el Ministerio de Economía, al establecer un precio máximo de facturación de GLP, se compromete a compensar a los importadores y comercializadores el déficit que se genera al no vender el producto relacionado a un precio superior al fijado.

En síntesis, este déficit es pagado por el Estado al importador de GLP, por el producto vendido a precio máximo de facturación y destinado para consumo doméstico, y al comercializador que distribuye y vende el GLP para uso doméstico.

No debe perderse de vista que la relación y comunicación entre el importador y el comercializador es de suma importancia, pues para que ambos puedan gozar del subsidio respectivo, el primero debe reportar a la Dirección de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía el GLP importado y vendido al comercializador, al precio máximo de facturación, para consumo doméstico; mientras que el segundo, por su parte, debe reportar a la misma autoridad administrativa el producto comercializado, su precio de venta y su destino.

La conjunción de esta información permitirá a la Administración, de conformidad con las normas contenidas en el Acuerdo Ejecutivo número 616 relacio-

nado *supra*, determinar la cantidad de dinero que debe enterar tanto al importador como al comercializador, en concepto de déficit por la implementación del Sistema de Precios de Paridad de Importación y precio máximos de venta al consumidor final."

4. Ahora, tal como se relacionó *supra*, la Dirección de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía puede, en ejercicio de sus potestades de regulación y vigilancia, efectuar inspecciones, tomar muestras, realizar pruebas y ensayos, verificar pesos y medidas, revisar documentación y otras diligencias, todo con el objeto de verificar que las personas naturales o jurídicas vinculadas a la importación y comercialización de GLP cumplan la LRDTDPP, su reglamento y los acuerdos ejecutivos respectivos.[...]

En este punto es necesario precisar que la parte actora no ha desvirtuado los hallazgos de la auditoría financiera realizada por la Dirección de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía, pues su argumento, tal como fue consignado en la delimitación de su pretensión, está encaminado a establecer que tales hallazgos no contravienen lo estipulado en los Acuerdos Ejecutivos, en el ramo de economía, números 616 y 617, de fecha quince de julio de dos mil tres.

Así, en expresión de la parte actora «*(…) al importar el gas licuado de petróleo y venderlo a ********** de El Salvador, S.A. y que esta última lo destine al mercado doméstico, se hace acreedora del subsidio que corresponde por la importación del producto, así sea que ********** de El Salvador, S.A lo venda al precio máximo, lo venda a un mayor*[sic] *precio o incluso lo regale. Las acciones de la filial (…) no afectarán en ese sentido el pago del subsidio que corresponde por la actividad de importación (…)*»(folio 5 frente).

Al respecto, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

Esta Sala advierte, de las normas transcritas, que el subsidio al GLP tiene la finalidad social de brindar una ayuda económica a las familias de escasos recursos con la fijación de un precio máximo de venta*, por lo tanto, los importadores y distribuidores que pretendan gozar del pago de la compensación respectiva deben haber destinado el GLP comercializado al "consumo doméstico".*

ii. Ahora, con fundamento en el "Informe sobre resultados de Auditoría de Terminales de Gas del Pacífico, S.A. de C.V.", documento que consta en la certificación del expediente administrativo del caso a folios 57 y 58, este Tribunal tiene por acreditado que, durante el período comprendido de enero a julio de dos mil cuatro, ********** de El Salvador, S.A.: (a) cobró subsidio por comercialización de cilindros de GLP que no fueron vendidos sino entregados como bonificaciones, por cumplimiento de metas, a sus distribuidores y plantas envasadoras concesionadas; y, (b) cobró subsidio por la venta de cilindros de veinticinco libras de GLP a un canal local de televisión, cuyo valor fue retribuido con publicidad."

CONSUMO DOMÉSTICO, PRESUPUESTO ESENCIAL DE PROCEDENCIA DEL SUBSIDIO

"Como se advierte, la autoridad demandada acreditó que el GLP de cuya comercialización la parte actora pretende obtener el subsidio respectivo, no fue destinado al "*consumo doméstico*". Ciertamente, los "destinatarios" de tal pro-

ducto -distribuidores y plantas envasadoras concesionadas de ********** de El Salvador, S.A. y, por otra parte, un canal de televisión-, por la misma naturaleza de su actividad comercial, no pueden ser considerados como "consumidores domésticos". Adicionalmente, el destino y/o uso final del GLP relacionado, por una parte como una bonificación, y por otra como una especie de compensación por publicidad, tampoco constituye "consumo doméstico".

En este punto conviene mencionar que la parte actora no ha desvirtuado ninguno de los hallazgos constatados por la autoridad demandada; por el contrario, únicamente se ha limitado a cuestionar que los mismos no constituyen óbice para obtener la totalidad del subsidio pretendido en sede administrativa.

En este sentido, estando plenamente acreditados los anteriores hechos, en el presente caso no se cumple el presupuesto esencial de procedencia del subsidio del GLP relativo a que tal producto debe ser destinado al "consumo doméstico" para generar, a su importador y comercializador, el derecho de la compensación económica que regula la ley.

Por lo tanto, es errónea la estimación de la parte actora relativa a que la entrega de GLP por parte de ********** de El Salvador, S.A. (a) a ciertos distribuidores y plantas envasadoras en concepto de bonificaciones por cumplimiento de metas y (b) a un canal de televisión, cuyo valor fue retribuido, no con dinero sino con publicidad; constituyen transferencias que no deben ser excluidas para el pago del subsidio de GLP.

Tal como se ha establecido en párrafos anteriores el subsidio al GLP se compensa por parte del Ministerio de Economía a nivel de importador y a nivel de comercializador, teniendo como presupuesto fundamental el subsidio del producto que únicamente ha sido destinado al "consumo doméstico". Así, de la conjunción de las operaciones realizadas por el importador y el comercializador, de conformidad con las normas contenidas en el Acuerdo Ejecutivo número 616 relacionado *supra*, debe determinarse la cantidad de dinero que ha enterarse tanto al primero como al segundo, en concepto de déficit por la implementación del Sistema de Precios de Paridad de Importación y precio máximos de venta al consumidor final.

Este sistema de cálculo parte de lo establecido en los apartados 15 y 16 de las Normas para Liquidar los Resultados de la Comercialización del Gas Licuado de Petróleo, los que establecen.

[...] Precisado lo anterior, no debe perderse de vista que en el presente caso la auditoría realizada a la parte actora deja en evidencia esta relación o interacción comercial con ********** de El Salvador, S.A. para el solo efecto del cobro del subsidio. Concretamente, en el informe de auditoría que se comenta, consta que el licenciado **********, con el cargo de gerente financiero del Grupo ********** -Terminales de Gas del Pacífico, S.A. de C.V. y ********** de El Salvador, S.A.- manifestó que «(…) *Terminales factura todo el gas a PMF* [precio máximo de facturación] *y al final del mes* ********** *informa el volumen vendido a los diferentes sectores y se hacen los ajustes correspondientes para efectos de liquidación al MINEC(…)*» (folio 61 frente).

En este sentido, si en el presente caso la autoridad administrativa verificó que la parte actora cobró al precio máximo de facturación todo el GLP a granel

vendido a ********** de El Salvador, S.A., sin diferenciar el volumen vendido para consumo doméstico y el volumen del gas liberado, y, además, que el comercializador cobró subsidio por ese GLP que en la realidad no fue destinado al "consumo doméstico" sino que fue utilizado como regalías, bonificaciones y compensaciones por publicidad; no cabe otra conclusión más que no se cumple el presupuesto esencial para que el importador y comercializador puedan cobrar el déficit por subsidio del GLPcorrespondiente a tales operaciones.

Por lo expresado, no es atendible el argumento de la parte actora relativo a que las transacciones de GLP realizadas por ********** de El Salvador, S.A. deben considerarse independientes de su actividad, por lo que no deben afectar ni impedir el cálculo del subsidio que le corresponde por la importación de GLP.

6. En conclusión, a partir de los argumentos expuesto en los aparatados precedentes, no existe contravención al artículo 40 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo, y a los Acuerdos Ejecutivos, en el ramo de economía, números 616 y 617, ambos de fecha quince de julio de dos mil tres, publicados en el Diario Oficial número ciento treinta y uno, Tomo trescientos sesenta, de fecha dieciséis de julio de dos mil tres; en los términos expuestos por la parte actora en su demanda."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 136-2005, fecha de la resolución: 06/02/2019

SUPRESIÓN DE PLAZAS

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESTABLECE COMO CONDICIÓN INDISPENSABLE PARA SUPRIMIR UNA PLAZA DEMOSTRAR LA INNECESARIDAD DE LA MISMA

"La parte actora señala que con el acto impugnado la autoridad demandada vulneró los artículos 1, 2, 11, 219, 220 y 222 de la Constitución, por violación a la seguridad jurídica, al derecho de audiencia, al debido proceso, a la estabilidad laboral, a la estabilidad de la carrera administrativa y a la falta de motivación; así como la normativa secundaria contenida en los artículos 2, 25, 27, 38, 39, 108 y 109 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, 24, 30 números 4 y 7, 34, 57, 72, 80, 81, 85 y 108 del Código Municipal, 3 y 30 de la Ley de Servicio Civil, por violación al procedimiento para la supresión de plazas, y 53 inciso 3º letra a) y 59 número 8 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal [LCAM].Además señaló la violación a la inamovilidad sindical que gozaba el señor R, pues éste, a la fecha de la supresión de la plaza, era el secretario general del Sindicato de Empleados y Empleadas Municipales de la Alcaldía Municipal de San Salvador (SEEMAS). [...]

Debe tenerse en cuenta que la LCAM no establece ningún procedimiento especial de supresión de plaza.

La Sala de lo Constitucional sostiene, en la sentencia de amparo con referencia 457-2015 de las nueve horas cuarenta y siete minutos del dieciséis de junio de dos mil diecisiete, que: [...]

La sentencia mencionada en el párrafo anterior, establece como condición indispensable para suprimir una plaza demostrar la innecesaridad de la misma.

En cuanto a la innecesariedad de una plaza del Gobierno, el Decreto Legislativo número 471, del doce de octubre de mil novecientos noventa y cinco, publicado en el diario oficial número 192, tomo 329, del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y cinco, que contiene la Ley Temporal de Compensación Económica por Servicios Prestados en el Sector Público, regula en el artículo 1: *«Los Titulares de Unidades Primarias de Organización y Presidentes de las Instituciones Autónomas y Descentralizadas, incluyendo la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa y el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, deberán identificar todas aquellas plazas que dentro de los objetivos del Gobierno sean innecesarias, para lo cual se tomará en cuenta que las funciones de la plaza no correspondan a los objetivos y metas institucionales».*

La norma anteriormente citada puede aplicarse analógicamente a las plazas de los municipios, ya que prevé la *"innecesaridad de la plaza"* como un requisito previo para suprimir una plaza. No obstante, contempla el goce de la indemnización -artículo 3-, correspondiente que está supeditada a la presentación de la renuncia por parte del trabajador."

EN LA LEY DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA MUNICIPAL SE RECONOCEN LOS DERECHOS DE REUBICACIÓN Y DE INDEMNIZACIÓN

"Ahora bien, en la LCAM se reconocen los derechos de reubicación y de indemnización de los empleados cuya plaza se considere innecesaria según el artículo 53, que dice: [...]

El ordenamiento jurídico al que se encuentran sometidas las relaciones laborales con una municipalidad no señala expresamente cuál es el procedimiento administrativo que se debe seguir para suprimir una plaza. Sin embargo, queda clara la opción de reubicación del empleado municipal, así como la posibilidad de indemnización.

De conformidad con el artículo 30 número 7) del Código Municipal, *"Son facultades del Concejo: (…) 7. Elaborar y aprobar el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Municipio (…)"* Es decir, se debe prever en un presupuesto municipal el financiamiento de los gastos en que pueda incurrir, entre ellos, el financiamiento de las plazas. De igual forma, la ausencia de financiamiento para tal fin."

ILEGALIDAD DEL ACTO IMPUGNADO

"Dicho lo anterior, corresponde ahora verificar si en el presente caso se demostró y motivó en sede administrativa la justificación suficiente para suprimir la plaza, con el objeto de examinar el cumplimiento de la innecesaridad y/o la falta de financiamiento.

La autoridad demandada presentó como prueba, a folio 147, una nota de fecha siete de agosto de dos mil quince, firmada por el Jefe de la Delegación Distrital VI, dirigida al Director de Administración del municipio de San Salvador, en la cual expuso: [...] [...]

Finalmente, el Concejo Municipal de San Salvador, en sesión celebrada el treinta y uno de agosto de dos mil quince, tomó el acuerdo número ***, que dice: *«(…) I- Se ha realizado el análisis organizacional y funcional de la Delegación Distrital 6, y se han establecido duplicidad de funciones en el cargo de motorista, existiendo tres empleados en la misma función. II- Es urgente realizar una reorganización administrativa, cuyo objetivo es que la municipalidad desarrolle sus responsabilidades y atribuciones constitucionales y legales de una manera eficiente (…) V-Siendo materialmente imposible reubicar al señor JAR es procedente otorgarle la indemnización correspondiente, tal y como lo establece el artículo antes relacionado. Por tanto, en uso de sus facultades legales el Concejo Municipal* ***ACUERDA: 1. Suprimir por innecesaria del presupuesto del Municipio de San Salvador, a partir del 1 de septiembre del presente año, una plaza de Motorista la cual es ocupada por el señor JAR de la Delegación Distrital 6, quien se encuentra nombrado en la siguiente ubicación (…)****»* [folio 152 vuelto].

En el referido acuerdo, la autoridad demandada menciona un análisis organizacional y funcional y se determinó una duplicidad de funciones en el cargo de motorista. Ahora bien, el estudio a que alude el acuerdo municipal es la nota emitida por el Subgerente de Talento Humano, agregada a folios 149 y 150 del expediente judicial. Sin embargo, en ella se omitió acreditar que las labores asignadas a la plaza de motorista son actividades innecesarias dentro del municipio y que se carezca de financiamiento para el sostenimiento de la misma.

Para suprimir una plaza en una institución municipal deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que no exista financiamiento, b) que la plaza sea innecesaria por ser una actividad no regular ni continua del ente administrativo, c) que se formalizaron gestiones de reubicación del empleado, y c) que se acrediten tales supuestos por parte de la autoridad que pretenda suprimir la plaza.

Se debe mencionar que, de la lectura de la nota emitida por el Subgerente de Talento Humano y del acuerdo de supresión de la plaza del señor JAR, se verifica una diferencia de justificaciones, pues, la nota emitida por el primero concluyó que en la delegación a la que pertenece el señor R éste no realiza actividad alguna acorde con la función propia del cargo, ya que únicamente marca la entrada y salida de la jornada laboral, lo cual es contrario a una administración eficiente y transparente; en cambio el Concejo Municipal, en el romano I del acuerdo de supresión, indica, como justificación para adoptar el acuerdo, la duplicidad de funciones en el cargo de motorista. Adicionalmente, en el acuerdo se relaciona que es imposible la reubicación del demandante, por ello, se decidió indemnizarlo conforme a la ley. Cabe aclarar que, de la revisión del expediente administrativo, no consta que se haya hecho diligencia administrativa alguna a efecto de reubicar al demandante en otro puesto de trabajo dentro de la organización municipal.

En razón de lo expuesto, la supresión de la plaza de motorista, en la Delegación Distrital número Seis, asignada al señor JAR, no se encuentra respaldada en un estudio técnico en el que se haya comprobado que las labores asignadas son actividades temporales, irregulares e innecesarias dentro del municipio, tampoco consta que se hayan realizado las gestiones pertinentes para reubicarlo

dentro de la estructura organizativa municipal y que, además, se carezca de financiamiento para sostener la plaza.

El Concejo Municipal de San Salvador pretende justificar su actuación bajo el argumento de realizar una reorganización administrativa, cuyo objetivo es el desarrollo de las funciones de manera eficiente; sin embargo, no presenta un estudio técnico sobre la reorganización administrativa de la comuna en el que se evidencie la solución al problema de eficiencia administrativa con la supresión de la plaza de motorista que precisamente ocupaba el actor. Tampoco, como ya se mencionó, se ha dejado constancia que se practicaron evaluaciones de desempeño para reubicar al señor JAR en otra dependencia. Desde otro punto de vista, debe señalarse que en este caso no se presentó documentación alguna que demuestre y justifique la innecesaridad de la plaza y/o la falta de financiamiento por no haberse efectuado un estudio técnico organizacional y funcional. Debe recordarse que la acreditación documental del cumplimiento de tales requisitos es condición necesaria para la emisión legal del acto administrativo.

En consecuencia, en el presente caso, la autoridad demandada emitió el acuerdo impugnado sin demostrar la existencia de los hechos -principio de carga de la prueba u objetividad- que habilitan el ejercicio de la potestad de supresión de la plaza que ocupaba la parte actora, ello, según los artículos 321 del Código Procesal Civil y Mercantil, de aplicación supletoria de conformidad con el artículo 53 de la LJCA, y 30 número 7 del Código Municipal. Por tanto, el acto impugnado es ilegal."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 302-2015, fecha de la resolución: 16/08/2019

TÉCNICA AUTORIZATORIA

ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA MEDIANTE LA CUAL LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA HABILITA O NO EL DERECHO DEL ADMINISTRADO PARA DESARROLLAR DETERMINADA ACTIVIDAD, BAJO UN CRITERIO DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

"3. Precisadas las posiciones jurídicas de las partes, y de la representación fiscal, este Tribunal hace las siguientes consideraciones.

i. Mediante el acto cuestionado en este proceso se decidió que: «*… los productos en cuya formulación se encuentre el ingrediente alcohol, no será autorizada su venta, a través del registro sanitario, con excepción de las bebidas alcohólicas para las cuales existe la obligatoriedad de declarar la advertencia que orienta a los daños que ocasiona para la salud el consumo excesivo de las mismas (…) en razón que (…) los chocolates están destinados para niños, jóvenes y adultos sin ninguna restricción, se ha tomado la decisión de no registrar los productos antes descritos*» (folio 20).

Al respecto, debe puntualizarse que tal acto es producto de la denominada *técnica autorizatoria*, es decir, la actividad administrativa mediante la cual la Administración pública, por mandato de la ley, habilita -o no- el derecho del administrado para desarrollar determinada actividad bajo un criterio de legalidad y oportunidad.

Esta técnica, vale aclarar, está sujeta al ejercicio de un control *previo y reglado.*

"Previo", puesto que se trata de un control de carácter preventivo que se establece a partir de una prohibición general, que impide realizar una actividad sin una autorización precursora.

Y "reglado" en tanto que la Administración pública, al denegar o permitir el ejercicio de la actividad pretendida, está sometida, en virtud de la ley, a un marco de actuación delimitado; es decir, no posee margen de valoración discrecional alguno para efecto de conceder la autorización procurada por el interesado (sean estos permisos, licencias, registros, habilitaciones, homologaciones, acreditaciones, etc.). Así, la Administración debe limitarse a verificar el cumplimiento de los requisitos predefinidos en la ley y a aplicar la consecuencia jurídica concreta.

Establecido lo anterior y en lo que importa al presente caso, la actividad de registro y control ejercida por la autoridad demandada para emitir el acto administrativo impugnado se sitúa, evidentemente, en el ámbito de las potestades regladas, ya que tal autoridad tiene un margen de valoración discrecional para decidir si procederá o no a la autorización solicitada, sino que al adecuarse los hechos a los parámetros fijados en la ley, procederá a lo pertinente según el tipo de solicitud sometida a control. [...]"

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SE ENCUENTRA OBLIGADA A EXIGIR ÚNICAMENTE EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS REGLADOS PARA EL OTORGAMIENTO DE UN REGISTRO SANITARIO

"iv. Como ya hemos aclarado, la Administración pública se encuentra obligada a exigir únicamente el cumplimiento de requisitos reglados para el otorgamiento de un registro sanitario.

Así, expuesto el marco jurídico que contiene los elementos reglados que condicionan el ejercicio de la potestad administrativa de la autoridad demandada, en relación a la renovación del registro sanitario de los productos de la sociedad actora, descritos en el preámbulo de esta sentencia; esta Sala advierte que el contenido de alcohol que se ha puesto como justificante para no conceder la renovación del registro sanitario a CORPTI, S.A. de C.V., no es una limitante establecida en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, esta Sala advierte que la autoridad demandada denegó las renovaciones de los registros sanitarios, no por el incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, sino a partir de una circunstancia fáctica ajena a los presupuestos legales que habilitan el otorgamiento del registro sanitario de alimentos como los comercializados por la actora. Se concluye, entonces, que no existe cobertura legal que ampare la decisión administrativa analizada. Así, el Jefe de la Unidad de Salud Ambiental del Ministerio de Salud excedió su marco de potestades al denegar la renovación del registro sanitario pretendida por la actora, pues fundamentó su denegatoria en razones extra legales. De ahí que el ejercicio de la potestad administrativa para negar el registro sanitario, en el caso de mérito, es ilegal."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 220-2013, fecha de la resolución: 30/10/2019

TRIBUNAL DE SELECCIÓN PARA EL ASCENSO A GENERAL DE BRIGADA

FUNCIONES TÉCNICAS E INHERENTES AL CARGO, NO POSEEN UN AMPLIO MARGEN DE LIBERTAD PARA TOMAR DECISIONES

"La Ley de la Carrera Militar designa las funciones del Tribunal de Selección para el Ascenso a General de Brigada, las cuales son: 1) en el artículo 14 "*(…) evaluar objetivamente a los Coroneles que cumplan con los requisitos que se establecen en el Reglamento de la presente Ley, a fin de determinar el mérito para el ascenso";* 2) en el artículo 15 "*(…) es el único organismo que posee la facultad para recomendar al Presidente de la República y Comandante General de la Fuerza Armada, el ascenso a Oficial General. Las resoluciones de este Tribunal serán inapelables";* y 3) en el artículo 16 "*Los Tribunales de Evaluación y Selección analizarán la conducta y el rendimiento profesional de los Oficiales Superiores, Oficiales Subalternos y Suboficiales, determinando el mérito para el ascenso, considerando los requisitos que para este efecto determine el Reglamento de esta Ley*".

Además, el Reglamento de la Ley de la Carrera Militar en el artículo 15 establece que: "*El Tribunal de Selección evaluará a los candidatos con base a los siguientes factores: 1º La capacidad profesional, que será determinada por el rendimiento intelectual como resultado de estudios profesionales realizados y aprobados, aptitud física, psíquica y médica. 2º El desempeño profesional, que será determinado por el cumplimiento de las obligaciones y la observancia de las disposiciones legales relativas a los cargos ejercidos. 3º La conducta pública, que será determinado por la manera de comportarse y dirigir sus acciones en el ejercicio de la Carrera Militar como funcionario. 4º La conducta privada, que será determinada por la observancia del comportamiento como ciudadano, ante su familia y la sociedad. 5º La proyección dentro de la Institución, que será determinada en base a los factores anteriormente descritos, como también al potencial profesional y a los aportes técnicos-científicos dentro y fuera de la Carrera Militar, que contribuyen al desarrollo de la Fuerza Armada y al de la sociedad*".

Ahora bien, tomando en cuenta el perfil anterior, es procedente determinar si todas o la mayoría de las funciones atribuidas a los miembros del Tribunal de Selección para el Ascenso a General de Brigada son atinentes al desempeño de un cargo de confianza. En ese sentido, se realizan las siguientes consideraciones basadas en la jurisprudencia contencioso administrativa y constitucional citadas en los párrafos precedentes.

La primera característica se refiere a: *(i) que el cargo sea de alto nivel, en el sentido de que es determinante para la conducción de la institución respectiva, lo que puede establecerse analizando la naturaleza de las funciones desempeñadas -más políticas que técnicas- y la ubicación jerárquica en la organización interna de la institución -en el nivel superior-*.

Aquí, como primer punto, se hace especial énfasis al hecho de que no se refiere a cualquier función, sino aquella determinante para la conducción de la institución, prevaleciendo la función política sobre la técnica. Al tomar en consideración esta característica y cada atribución asignada tanto en la ley como en

el reglamento, ambos de la Carrera Militar, se advierte que se trata de actividades técnicas inherentes al desempeño del cargo en sí. Además, las autoridades demandadas no han delimitado ni incluido alguna función de naturaleza política, es decir, que su trabajo sea determinante para la conducción de la institución, para este cargo.

Como segundo punto, se debe tomar en cuenta la ubicación jerárquica en la organización interna de la institución. Con relación a ello, las autoridades demandadas no presentaron documento alguno que ubique al referido tribunal en una escala determinante para la conducción de la institución, ya que el mismo únicamente es un organismo consultivo del Alto Mando.

La segunda característica está referida a: (*ii) que el cargo implique un grado mínimo de subordinación al titular de la institución, en el sentido de que el funcionario o empleado posee un amplio margen de libertad para la adopción de decisiones en la esfera de sus competencias*.

Con relación a ello, los miembros del Tribunal de Selección para el Ascenso a General de Brigada tienen designadas funciones específicas y delimitadas, dadas principalmente por el ordenamiento jurídico que aplican. De ahí que, en el ejercicio de sus funciones, no poseen un amplio margen de libertad para tomar decisiones."

FUNCIÓN ES EMINENTEMENTE TÉCNICA

"Finalmente, como tercera característica, corresponde verificar: *(iii) que el cargo implique un vínculo directo con el titular de la institución, lo que se infiere de la confianza personal que dicho titular deposita en el funcionario o empleado respectivo o de los servicios que éstos le prestan directamente al primero*.

Tal como está previsto en el ordenamiento jurídico, los miembros del Tribunal de Selección para el Ascenso a General de Brigada no tienen un vínculo directo con el titular, su función es eminentemente técnica.

En definitiva, las funciones del Tribunal de Selección para el Ascenso a General de Brigada son técnicas inherentes al cargo; no hay un amplio margen en la toma de decisiones porque son determinadas por el ordenamiento jurídico y el resultado de su trabajo es un recomendable al titular de la institución. Por tanto, se concluye que el nombramiento de los miembros del tribunal en referencia no corresponde a un cargo de confianza."

LA ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS ES PARA UN AÑO

"Según manifiesta la parte actora, tanto el Presidente de la República y Comandante General de la Fuerza Armada como el Ministro de la Defensa Nacional violentaron el inciso 2° del artículo 14 de la Ley de la Carrera Militar cuando emitieron la adición a la Orden General 06/009, del 2 de junio de 2009, la cual contenía, entre otros asuntos, el nombramiento de los nuevos miembros del Tribunal de Selección para el Ascenso al Grado de General de Brigada, en sustitución de los que habían sido nombrados en la Orden General número 01/009, de fecha 1 de enero de 2009.

El artículo 168 ordinales 11° y 19° de la Constitución de la República establece, respectivamente, que son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República: "O*rganizar, conducir y mantener la Fuerza Armada, conferir los Grados Militares y ordenar el destino, cargo, o la baja de los Oficiales de la misma, de conformidad con la Ley*" y "*Fijar anualmente un número razonable de efectivos de la Fuerza Armada (…)*"

La misma Constitución, en el artículo 213, determina que: "*La Fuerza Armada forma parte del Organo Ejecutivo y está subordinada a la autoridad del Presidente de la República, en su calidad de Comandante General. Su estructura, régimen jurídico, doctrina, composición y funcionamiento son definidos por la ley, los reglamentos y las disposiciones especiales que adopte el Presidente de la República*".

De las disposiciones constitucionales citadas, es posible afirmar que la Fuerza Armada es parte del Órgano Ejecutivo y está subordinada al Presidente de la República. Ahora bien, la Ley de la Carrera Militar, en el artículo 13, reconoce al Tribunal de Selección para el Ascenso a General de Brigada como un organismo consultivo que asesora al Alto Mando en el ejercicio de la Carrera Militar.

El artículo 14 de dicha ley señala que: "*El Tribunal de Selección para el Ascenso de Grado de General de Brigada o su equivalente, evaluará objetivamente a los Coroneles que cumplan con los requisitos que se establecen en el Reglamento de la presente Ley, a fin de determinar el mérito para el ascenso. Los miembros de este Tribunal serán nombrados por el Presidente de la República y Comandante General de la Fuerza Armada en la primera Orden General de cada año. Este Tribunal estará integrado por cuatro miembros propietarios y suplentes, quienes deberán ser Generales de la Situación Activa o de la Situación de Retiro. En caso de que en las resoluciones del Tribunal no se establezca mayoría, el Presidente de la República y Comandante General de la Fuerza Armada determinará el mérito o no para el ascenso*". Como se advierte de esta última disposición, los miembros del tribunal en referencia serán nombrados por el Presidente de la República y Comandante General de la Fuerza Armada en la primera Orden General de cada año.

Consta a folio 43 la Orden General No 01/009, en la que se nombró al señor José Napoleón Ágreda como presidente del Tribunal de Selección para el Ascenso al Grado de General de Brigada, nombramiento que fue efectuado el primero de enero de 2009. Consta a folio 87 frente la adición a la Orden General número 06/009, de fecha primero de junio de 2009, en la que efectuó la sustitución del señor Ágreda por el señor ********** en el cargo de presidente del referido tribunal.

Es preciso notar que, según la Ley de la Carrera Militar, los nombramientos para integrar el referido tribunal los hará el Presidente de la República y Comandante General de la Fuerza Armada en la primera Orden General de cada año. En este caso, el nombramiento del demandante fue en la primera Orden del año dos mil nueve, específicamente el 01 de enero, tal como consta a folio 43 -Orden General No 01/009-. En ese sentido, las autoridades demandadas debieron respetar los nombramientos hechos en esa Orden General. Se entiende que la elección de los miembros del Tribunal de Selección para el Ascenso al Grado de General de Brigada es para un año, y legalmente no era posible sustituirlos

mediante otra Orden General distinta a la primera de ese año. Por ende, el acto impugnado, emitido por el Presidente de la República y Comandante General de la Fuerza Armada, y refrendado por el Ministro de la Defensa Nacional, no es conforme a lo establecido en el inciso 2° del artículo 14 de la Ley de la Carrera Militar.

El artículo 32 de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada de El Salvador señala que: *«Corresponde al Ministro de la Defensa Nacional, lo siguiente: a) Refrendar y comunicar las órdenes generales, decretos, acuerdos, disposiciones y providencias del Presidente de la República, que conciernan a la Secretaría a su cargo (…) i) Fiscalizar los actos y resoluciones de las autoridades de la Fuerza Armada, a fin de que éstos se ajusten a las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y doctrinarias en vigencia, así como a la política de defensa nacional formulada por el Presidente de la República».* Conforme a las atribuciones mencionadas del Ministro de la Defensa Nacional, al refrendar el acto incurrió en el vicio de ilegalidad señalado.

[...] Ante tal afirmación, es preciso aclarar que, por haber hecho en el pasado el nombramiento del tribunal mediante una Orden General que no fue la primera del año, no significa que está justificada la ilegalidad del acto impugnado, precisamente porque ya el artículo 14 de la Ley de la Carrera Militar señala el momento en que debe hacerse el nombramiento. Si bien el Presidente de la República tiene la potestad de nombrar al personal que considere cumple los requisitos de ley, esto no lo inhibe de hacerlo bajo la forma señalada en el artículo anterior, a pesar que sus dictámenes no son vinculantes a la decisión que eventualmente podría adoptar.

De lo expuesto en los párrafos precedentes se colige que tanto el Presidente de la República y Comandante General de la Fuerza Armada como el Ministro de la Defensa Nacional irrespetaron lo establecido en el inciso 2° del artículo 14 de la Ley de la Carrera Militar, circunstancia que fue alegada por el señor *********, lo cual deviene en ilegalidad del acto impugnado.

En razón que se ha estimado el vicio de ilegalidad en comento, resulta inoficioso emitir pronunciamiento de fondo alguno sobre cualquier otro vicio alegado, ya que no variaría la declaratoria a la que se ha llegado."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 178-2009, fecha de la resolución: 06/02/2019

TRIBUNAL DE SERVICIO CIVIL

REQUISITOS PARA VERIFICAR SI SE CUMPLEN LOS PARÁMETROS PARA LA DECLARATORIA DE INAPLICABILIDAD O DEROGACIÓN GENÉRICA

"B. El demandante también pidió que esta Sala «*(…) con base en la facultad concedida en el artículo 185 Cn., inaplique por inconstitucionalidad La (sic) Ley del (sic) Servicio Civil por omisión de regular la audiencia del recurrido en el recurso de revisión (…)*»

La Ley de Servicio Civil fue creada mediante Decreto número 507, del veinticuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, publicado en el Diario

Oficial número doscientos treinta y nueve, del veintisiete de diciembre del mismo año, por lo que dicha ley es *preconstitucional*.

Sin embargo, antes de examinar la constitucionalidad de una norma, es necesario verificar los requisitos que la jurisprudencia ha señalado, para verificar si se cumplen los parámetros para la declaratoria de inaplicabilidad o derogación genérica conforme al artículo 249 de la Constitución.

Esta Sala, en la sentencia pronunciada a las quince horas con cinco minutos del veintidós de abril de dos mil dieciséis, en el proceso identificado con la referencia 142-2009, sobre la inaplicabilidad de la ley, señaló: «*Conforme con los artículos 185 y 246 de la Constitución, 77-A y siguientes de la Ley de Procedimientos Constitucionales y jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, los requisitos de la técnica de la inaplicación pueden resumirse así: a) la existencia de una norma constitucional que sea utilizada como parámetro de control; b) la norma o acto que será el objeto de control debe ser susceptible de aplicación; c) la inexistencia de un pronunciamiento por parte de la Sala de lo Constitucional, en el mismo sentido que los esgrimidos en el caso en estudio; d) previo a la inaplicación, debe intentarse una interpretación conforme a la Constitución de la República de las disposiciones cuestionadas; y e) la oportunidad en que se debe realizar el juicio de validez constitucional cuando se tenga que pronunciar una decisión (…)*»

En ese sentido, se colige que previo a declarar la inaplicabilidad de alguna disposición legal es necesario que se cumplan los requisitos señalados, dentro de los que se encuentra el que exige intentar una interpretación conforme a la Constitución de la República."

LA COMPETENCIA CONCEDIDA PARA CONOCER DEL RECURSO DE REVISIÓN PUEDE EJERCERSE RESPETANDO LA GARANTÍA DE AUDIENCIA Y EL DERECHO DE DEFENSA DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN EL RECURSO

"A pesar que el demandante no señaló con exactitud qué disposición de la Ley de Servicio Civil debe ser interpretada en una perspectiva constitucional, esta Sala entiende que hizo referencia al inciso primero del artículo 57 el cual establece: «*El Tribunal de Servicio Civil resolverá el recurso con la sola vista de los autos y dentro de tres días contados desde el siguiente al de su recibo*». Se entiende de esta manera, debido a que la parte actora ha sostenido que tenía que concederse una audiencia para controvertir los alegatos esgrimidos en el recurso de revisión.

Efectivamente, el inciso primero del artículo señalado determina que el Tribunal de Servicio Civil ha de resolver con la vista de los autos que remita la Comisión, sin que se exija conceder una audiencia al recurrido para que controvierta los argumentos del recurrente.

Sin embargo, la autoridad demandada, al momento de aplicar el inciso primero del artículo 57 de la Ley de Servicio Civil, debió armonizarla con los derechos y garantías fundamentales que establece la Constitución de la República, entre los cuales están la garantía de audiencia y el derecho de defensa de la parte a quien eventualmente se le va a producir una afectación con la decisión que se adoptará.

En ese orden, el vacío constitucional de la disposición legal debía llenarse haciendo una interpretación conforme a la norma primaria; en otras palabras, concediendo la oportunidad al recurrido para que conozca y pueda, en un plazo razonable, controvertir los argumentos esgrimidos por el recurrente, garantizando la audiencia (artículo 11) y el derecho de defensa (artículo 12).

Así las cosas, la competencia concedida al Tribunal de Servicio Civil en el inciso primero del artículo 57 de la ley en estudio puede ejercerse respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de las partes que intervienen en el recurso de revisión."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 162-2015, fecha de la resolución: 10/06/2019

VÍA DE HECHO

CONFIGURACIÓN

"c.3 *Naturaleza de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.*

El autor Garrido Falla en su libro Tratado de Derecho Administrativo, destaca que para que el acto administrativo produzca los efectos ejecutivos y ejecutorios es necesario que se den tres circunstancias: a) que el acto administrativo exista; es decir que cuando menos, haya una aparienci,0a de acto administrativo; b) que haya sido dictado por órgano con competencia; y c) que se haya dictado de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Si no se dan estos tres requisitos se estará en presencia de una vía de hecho.

La ley vigente -que no es aplicable al caso en concreto- ha significado un avance trascendental en el esfuerzo por construir un verdadero Estado de Derecho, que responde a la presente complejidad del funcionamiento de la Administración Pública, así como la consciencia que los ciudadanos han adquirido respecto de sus derechos frente a ésta, y sobre la función que la misma está llamada a cumplir. Con la norma vigente, se pretende impedir la existencia de zonas exentas de control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, y de las actuaciones y omisiones de concesionarios en ejercicio de la actividad concedida, frente a la tutela judicial efectiva que debe procurar el Órgano Judicial.

El ordenamiento jurídico posibilita que la Administración Pública dicte dentro del ejercicio de sus funciones, actos administrativos, y que los ejecute ella misma, como regla general; por ello se dice que los actos administrativos gozan de una presunción de validez, y son ejecutivos y ejecutorios. [...]"

ELEMENTOS QUE LA CARACTERIZAN

"Así, en nuestro sistema jurídico, la vía hecho está caracterizada por tres elementos a saber: el primero, está dado por un comportamiento material, que se concreta con una mera actuación física; el segundo, la actuación material se ejecuta por quien tiene a su cargo el ejercicio de la función administrativa; y el

tercero, se trata de un comportamiento material que carece de respaldo de un acto administrativo previo, o se ha realizado en exceso del contenido del acto administrativo correspondiente.

En este sentido, la vía de hecho se configura, cuando de manera pura y simple, la Administración pasa a la acción sin emitir acto alguno; es decir la actuación que realiza no está precedida de una declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo, que dé cobertura al accionar material o físico de esta; sino que son meras acciones o actuaciones físicas desprovistas de actos administrativos que autoricen y delimiten su accionar. Verbigracia, la toma de posesión de un lote de terreno, sin que exista el acto que decreta la expropiación; la clausura o cierre material de un establecimiento, sin acto administrativo precedente; la demolición de un edificio sin acto habilitante para ello; entre otros. En todos estos supuestos a guisa de ejemplo, lo que se verifica palmariamente es la acción material de la Administración, sin acto administrativo que legitime su actuar.

Todas esas manifestaciones, materiales relacionadas, bien podría concretarlas legítimamente la autoridad, si no se hubiere omitido un eslabón de la cadena de legalidad (norma habilitante -acto previo- ejecución material); ya que la Administración sí puede tomar válidamente posesión vía expropiación (si se encuentra habilitada por la norma, y concretizado en un acto administrativo hacia el administrado); puede clausurar o cerrar un establecimiento legítimamente, (si se encuentra habilitada por la norma, y con la adopción de un acto administrativo en ese sentido); asimismo, puede demoler un edificio al cumplirse las condiciones antes expresadas.

En conclusión, la nota característica de la vía de hecho basada en la inexistencia del acto de cobertura, es que se encuentre desprovista absolutamente de acto administrativo alguno, y en consecuencia de legitimidad.

Por otro lado, tal como se ha expresado con anterioridad, la vía de hecho también se perfila cuando la actuación material se realiza en exceso de la propia actividad de la ejecución del acto: existiendo un acto administrativo previo, la actividad material de ejecución excede el ámbito cubierto por el acto, por lo cual ese acto administrativo aparentemente habilitante no le proporciona suficiente sustento jurídico para el comportamiento material que realiza la Administración Pública. A manera de ejemplo, si se ocupa una finca en mayor extensión respecto de la que declara la expropiación."

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*

"En el presente caso, tal como se desarrolló *supra,* dados los alegatos de las partes, y los hechos que constan en el expediente administrativo se llega a advertir, una manifestación concreta de actos emitidos por la Administración Pública, así como actuaciones materiales, que, en su conjunto, llevan a la conclusión *liminar* que estamos frente a una actividad propia de la figura de expropiación, a partir de un actuar de la autoridad demandada, que goza (como todos los actos administrativos y actuaciones de la Administración) de presunción de legalidad.

De ahí que lo anterior, como se ha dicho, se enmarca en una expropiación, doctrinariamente hablando, pero tanto la falta de procedimiento, como el

incumplimiento de algunos de los requisitos esenciales para su configuración: necesidad pública evidente y manifiesta; constatación por ley de esa causal de limitación a la propiedad privada *(legalmente comprobados),* e indemnización, que debe constitucionalmente ser *justa* en su cuantía; generan consecuencias jurídicas distintas.

Ahora bien, bajo el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) se reconoce que partiendo de la integración de los principios dispositivo, de congruencia, y de dirección procesal, aun cuando las partes se encuentran en la obligación ineludible de proveer argumentos y elementos probatorios, así como de proponer su interpretación jurídica, será el juzgador de la causa, quien en definitiva apreciará su calificación jurídica, ya que la aplicación del derecho, es exclusiva responsabilidad del Tribunal; respetando siempre los hechos, los cuales jamás podrán cambiar, debido a que éstos deben ser acreditados por las partes.

La aplicación de este principio obedece a una manifiesta necesidad derivada de un deber constitucional de brindar una tutela judicial efectiva, que comprende el desarrollo normal de la función jurisdiccional, de proclamar el imperio de la Ley, en cuya aplicación no debe haber sitio para limitaciones, ni áreas exentas de control jurisdiccional.

En consecuencia, luego de analizados los argumentos expuestos, y por las razones desarrolladas, no logra advertirse circunstancias o elementos que conlleven a la consecuencia jurídica de inadmisibilidad *in persequendi litis,* o la terminación anticipada del procedimiento; y así se declarará en la parte resolutiva del presente auto."

CAMBIO JURISPRUDENCIAL

D. *Cambio de precedente jurisprudencial*.

El artículo 2 de la LJCA -derogada-, establecía que la competencia de esta Sala se circunscribe al *conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública.*

En esta línea argumentativa, esta Sala advierte que si a la postre se verifica que existen actuaciones materiales de la autoridad que carecen de la necesaria cobertura jurídica y que lesionan derechos e intereses del administrado, con mayor razón debe de dársele cobertura en esta jurisdicción, por ser propio (por su naturaleza) del derecho administrativo, alejándose así esta conformación subjetiva a los precedentes que señalaban como requisito para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, *la previa existencia de un acto administrativo objeto de impugnación; por ejemplo* sentencias 110-2014 de las once horas cuarenta y siete minutos del veintidós de abril de dos mil catorce; y 452-2011 del cuatro de septiembre de dos mil quince.

Empero, la continuidad de la jurisprudencia puede flexibilizarse o ceder bajo determinados supuestos; previos a ello se exige que el apartamiento de los precedentes esté especialmente justificado con un análisis prospectivo de la antigua jurisprudencia, que también es susceptible de ser reinterpretada.

Así, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el respeto a los precedentes -como manifestación específica de la seguridad jurídica y el someti-

miento de los jueces al ordenamiento jurídico- no significa la imposibilidad de cambiarlos o que estos sean inmutables,

En ese sentido, la misma Sala de lo Constitucional ha admitido como circunstancias válidas para modificar un precedente o alejarse de él: estar en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados; el cambio en la conformación subjetiva del Tribunal; o que los fundamentos fácticos que le motivaron hayan variado sustancialmente al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario, con la realidad normada (sentencia definitiva del quince de junio del dos mil dieciséis, emitida en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 114-2013).

Establecido lo anterior y como se indicó, esta Sala en las sentencias 110-2014 y 452- 2011, se decantaba porque la actuación material de la vía de hecho no era impugnable directamente en esta jurisdicción, dado que, se exigía la existencia de un acto administrativo en el que se materializara la actividad administrativa (o falta de ella).

Esta visión data de mil novecientos setenta y ocho, y comprende de manera restringida las formas por medio de las cuales la Administración Pública puede manifestarse ya sea mediante situaciones favorables o desfavorables hacia los administrados. Por ello, limitar el acceso de esta jurisdicción, a la configuración de un acto administrativo definitivo, impide, a *prima facie,* comprender y controlar el universo de fenómenos diferentes pero propios del derecho administrativo, que deben estar sujetos a esta jurisdicción, ya que no pueden haber áreas exentas de control, para la necesaria tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos."

ESTA SALA REALIZANDO UNA INTERPRETACIÓN QUE RESPONDE A UN ENFOQUE DE MAYOR GARANTÍA PARA LOS ADMINISTRADOS, Y MEDIANTE ESTA RESOLUCIÓN ROMPE CON EL PRECEDENTE QUE EXIGÍA COMO REQUISITO DE PROCESABILIDAD LA EMISIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO DEFINITIVO, CUANDO SE TRATE DE UNA POTENCIAL VÍA DE HECHO RADICAL

"Para el presente cambio jurisprudencial, esta Sala toma particular consideración que la LJCA -derogada- era preconstitucional, y de ahí que pueda entenderse, que por su menguado desarrollo, en correspondencia a principios constitucionales, plenamente aplicados y defendidos en nuestro Estado de Derecho, tales como, el acceso a la jurisdicción, y la tutela judicial efectiva, por lo que las pretensiones de los administrados, no puedan limitarse solo a supuestos en lo que se compruebe la emisión de un acto administrativo definitivo, ya que ello ocasiona una restricción a la eficacia del control de legalidad de las actuaciones de la Administración Pública; congruente con el principio de la buena administración.

Por esta razón, esta Sala realizando una interpretación que responde a un enfoque de mayor garantía para los administrados, y mediante esta resolución rompe con el precedente que exigía como requisito de procesabilidad la emisión de un acto administrativo previo definitivo, cuando se trate de una potencial vía de hecho radical.

En atención a ello, y en virtud que en el *sub júdice,* este Tribunal advierte una potencial configuración de vía de hecho; y con el objeto de garantizar el derecho de audiencia y defensa, es procedente conferir un nuevo plazo para que la autoridad demandada rinda informe justificativo de legalidad, de conformidad a los artículos 11 y 12 de la Constitución, y así eliminar la contingencia que, mediante una eventual sentencia, se configure de manera sorpresiva, otra calificación jurídica ante los presentes hechos."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 371-2016, fecha de la resolución: 23/12/2019

VOTACIÓN

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

"IV. La Sala de lo Constitucional, el uno de marzo de dos mil trece, emitió sentencia en el proceso de inconstitucionalidad referencia 78-2011, en el cual se alegaron *«(...)vicios de contenido, del art. 14 ínc 2° de la Ley Orgánica Judicial (...)»*; dicha disposición hace referencia al carácter deliberativo del proceso decisorio y la regla de votación para la emisión de sentencias, incluyendo la de esta Sala.

Esencialmente en la referida sentencia se estableció *«(...) se concluye que la regla de votación impugnada por los demandantes debe ser declarada inconstitucional, pues carece de justificación suficiente en relación con el alcance de los arts. 2 y 186 inc. 3° Cn. En vista de que la regla de mayoría corresponde a la votación mínima necesaria para formar decisiones de un órgano colegiado, de que ella está reconocida legalmente como estándar de votación de diversos tribunales colectivos (arts. 14 inc. 1° y 50 inc. 1° LOJ) - lo que sirve corno referente analógico para evitar un vacío normativo- y por razones de seguridad jurídica, el efecto de esta sentencia será que para tomar las decisiones interlocutorias y definitivas de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia bastarán los votos de la mayoría de los Magistrados que la integran, incluso en los procesos iniciados con anterioridad a esta sentencia»*."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 01-2012, fecha de la resolución: 25/02/2019

VOTO CONCURRENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

DESPIDO DE EMPLEADO MUNICIPAL

DESVIRTUADA LA IMPROPONIBILIDAD DE LA DEMANDA PROCEDE DECLARAR LA ILEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES PRONUNCIADAS

"Concuerdo con la decisión plasmada en la sentencia pronunciada por mis honorables colegas en el proceso contencioso administrativo promovido por el

señor RDPS, por medio de su apoderado general judicial, licenciado Óscar Mauricio García Zometa, contra el Juez de lo Civil de Usulután y los magistrados de la Cámara de la Segunda Sección de Oriente, contra los siguientes actos:

1) La resolución pronunciada por el Juez de lo Civil de Usulután, de las quince horas con treinta minutos del trece de enero de dos mil diez, que declaró improponible la demanda de nulidad de despido.

2) La resolución pronunciada por la Cámara de la Segunda Sección de Oriente, de las doce horas con cinco minutos del diecinueve de febrero de dos mil diez, que confirmó la resolución que declara improponible la demanda de nulidad de despido.

Asimismo comparto que se haya declarado la ilegalidad del acuerdo del Concejo Municipal de Usulután, mediante el cual decidió prescindir de los servicios laborales que prestaba el señor RDPS, como jurídico de la Alcaldía Municipal de Usulután, a partir del día ocho de octubre de dos mil nueve, sin embargo estimo que la demanda contra el acto del Concejo es improponible.

Explico los motivos de mi disidencia en los siguientes términos:

I.-El artículo 79 inciso final de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal - en adelante LCAM - es del siguiente tenor:

"La parte que se considere agraviada por la sentencia proveída por la cámara respectiva en el recurso de revisión, podrá ejercer sus derechos mediante la acción contencioso administrativa ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia."

Atendiendo a la literalidad de la disposición que antecede, la ley permite la impugnación ***de la resolución pronunciada por la Cámara*** por lo en principio no se habilita interponer la demanda directamente contra el acto del Concejo Municipal, ya que éste es sometido a control ante un juzgado con competencia laboral que es el que decide sobre el mismo y, de esa última decisión puede recurrirse en revisión ante la respectiva Cámara.

Empero, la facultad de control respecto de lo resuelto por la Cámara permite a esta Sala también examinar el pronunciamiento del Juzgado de primera instancia con competencia laboral, lo que tendrá repercusiones directas respecto del acto del Consejo Municipal que fue objeto de pronunciamiento de los tribunales con competencia laboral.

II.- En el presente caso, se observa que el Juez de lo Civil de Usulután declaró improponible la demanda por nulidad de despido, para arribar a tal conclusión examinó el fondo de la pretensión planteada por el trabajador pues el núcleo de su agravio era que dicho trabajador se consideraba incluido en la Ley de la Carrera Administrativa Municipal y, por ende, estimaba que gozaba de estabilidad laboral y, por tanto, para separarlo de su puesto de trabajo debía haber incurrido en una causal de despido y por ende haber seguido el correspondiente procedimiento de autorización para desvincularlo.

Al examinar la legitimidad activa del señor RDPS,, el Juez de lo Civil de Usulután se pronunció declarando que el trabajador era de confianza y por ende no pertenecía a la carrera administrativa municipal y en consecuencia no cabía pronunciarse sobre la nulidad de despido.

Esta decisión, en realidad, constituye un aval al despido teniendo como base que se determina que el puesto de trabajo era de confianza y por tanto excluido

de la carrera administrativa municipal, por ende carente de estabilidad laboral, lo cual llevó a resolver que para desvincularlo no se requeriría de un proceso previo de autorización.

La decisión entonces, constituye un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, aunque haya sido disfrazado de improponibilidad sobrevenida.

En igual sentido, ante la impugnación contra esta decisión, la Cámara de la Segunda Sección de Oriente, confirmó la decisión y reiteró que el demandante era un empleado de confianza, por lo que estaba excluido de la carrera administrativa municipal, con lo que, también el tribunal de alzada conoció la sustancia de la pretensión, aunque haya confirmado la improponibilidad sobrevenida.

Por ello, la Sala se encontraba en condiciones ***no solamente de pronunciarse respecto de la improponibilidad*** como tal - con lo que la solución a la ilegalidad advertida se habría limitado a ordenar que se conociera sobre la pretensión - ***sino también respecto de la legalidad o ilegalidad del despido***, como se ha hecho en la sentencia que antecede.

III.- En conclusión, estoy de acuerdo con lo resuelto en la sentencia que antecede en lo que se refiere a: (i) declarar la ilegalidad de las resoluciones pronunciadas por el Juzgado de lo Civil de Usulután y la Cámara de la Segunda Sección de Oriente en tanto la demanda de nulidad de despido no era improponible; (ii) declarar la nulidad del despido del señor RDPS; (iii) como medida para restaurar los derechos vulnerados ordenar el pago de los sueldos dejados de percibir por el trabajador demandante, durante las fechas es que éste se materializó: y (iv) dejar expedita a favor del demandante la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra los funcionarios suscriptores de las resoluciones emitidas por el Juzgado de lo Civil de Usulután y la Cámara de la Segunda Sección de Oriente, que han sido declaradas ilegales; pero además debe declararse improponible la demanda contencioso administrativa contra el acuerdo del Concejo Municipal de Usulután, mediante el cual decidió prescindir de los servicios laborales que prestaba el señor RDPS, como jurídico de la Alcaldía Municipal de Usulután, a partir del día ocho de octubre de dos mil nueve"

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 223-2010, fecha de la resolución: 21/08/2019

VOTO DISIDENTE DE LA MAGISTRADA PAULA PATRICIA VELÁSQUEZ CENTENO Y DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

CENTRO NACIONAL DE REGISTROS

FINALIDAD

"El Centro Nacional de Registros [CNR] tiene como fin público organizar y administrar el sistema registral y catastral del país, y así garantizar la seguridad jurídica sobre la propiedad y los derechos de los ciudadanos, entre estos últimos, el derecho a la libre disposición de los bienes. En tal sentido, los registradores adscritos a tal institución verifican en el sistema registral los límites legales a los

que se somete cualquier sujeto que quiera y pretenda disponer libremente de sus bienes inscritos en el referido sistema.

La función principal del registrador es la de calificar los documentos presentados ante él, ordenando su inscripción, haciéndoles observaciones o denegando su inscripción, apegados a la normativa pertinente.

DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN

En el presente caso, las autoridades demandadas denegaron la inscripción de un instrumento de mutuo hipotecario, en razón que no coinciden los datos del inmueble que se pretende dar en garantía, según los antecedentes inscritos en los Registros de la Propiedad y de Catastro. [...]

De ahí que, si al inmueble relacionado en la escritura de mutuo hipotecario que se pretende inscribir, se le efectuó mantenimiento catastral con anterioridad a la presentación del instrumento denegado, es viable concluir que los datos establecidos en el Registro de Catastro son los correctos, en cuanto localización, medidas lineales y superficiales, naturaleza, nomenclatura y demás características, así como para sanear los títulos de dominio o posesión. Según el artículo 1 de la Ley de Catastro, que el objeto de Catastro es «*(…) obtener la correcta localización de los inmuebles, establecer sus medidas lineales y superficiales, su naturaleza, su valor y productividad, su nomenclatura y demás características, así como para sanear los títulos de dominio o posesión».*

Es lógico que tanto el Registro de la Propiedad como Catastro deben coincidir en cuanto al derecho de propiedad registrado a favor de un sujeto y la descripción técnica que en realidad corresponda. No obstante, ante una incongruencia, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley de Catastro, el resultado de Catastro [análisis de campo y técnico] prevalece, siempre y cuando se verifique previamente en campo por éste.

El artículo 14 de la Ley de Catastro regula que: *«cuando hubiere diferencia entre los resultados físicos del catastro y los títulos de propiedad que amparan los inmuebles, tanto en lo relativo a su localización, como en cuanto a las medidas de superficie o lineales, se tendrán* (sic) *como ciertos derivados del catastro, salvo resolución judicial firme en sentido contrario los datos catastrales tomados como validos en relación a los contenidos en el título de propiedad, deberán ser verificados previamente en el campo por el catastro»*

Es necesario destacar que el mencionado artículo determina que dicha prevalencia de Catastro tendrá como única excepción la existencia de una resolución judicial que determine que lo verificado en campo y lo registrado no se adecua a la realidad, lo que no ha sucedido en este caso.

Si bien Catastro, en razón de su competencia y objeto, es el encargado de establecer la ubicación y las medidas superficiales y lineales de los inmuebles, la discordancia con estos parámetros debe resolverse vía judicial.

En el presente caso, la Registradora Auxiliar del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de la Tercera Sección de Occidente, ante la presentación del instrumento, verificó e identificó la disparidad entre lo que consta en el Registro de la Propiedad y Catastro. De ahí que efectuó la observación correspondien-

te [folio 10 expediente administrativo]. Ante la imposibilidad de subsanarla por la existencia del conflicto de registros, se denegó la inscripción pretendida. Se debe destacar que la inscripción del instrumento que se pretendió inscribir, alteraría la realidad catastral de la propiedad a terceros, sin haber mediado una resolución judicial.

Así, pues, se denota un conflicto que impide determinar la real capacidad superficial del inmueble relacionado en el instrumento que se pretende inscribir, propiedad de la señora RJFDM, pues no coinciden los datos que amparan ambas oficinas registrales; por ende, no está clara la verdadera situación del inmueble, en cuanto a la capacidad superficial. Dicha disparidad limita el actuar de la Registradora por que el inmueble descrito en el instrumento que se pretende inscribir no coincide con el registrado por Catastro [ubicación parcelaria y medida del inmueble]. En ese sentido, la denegativa de la inscripción no vulnera la libre disposición del bien inmueble propiedad de la señora FDM, sino que la limita de acuerdo con la ley, pues la libre disposición del inmueble está sujeta a solucionar el conflicto entre los registros mencionados.

Señala la parte actora que, de acuerdo con el registro efectuado por Catastro, se le vulnera el derecho de propiedad en cuanto se disminuye el área del inmueble propiedad de la señora FDM, consecuentemente, se despoja de está por medio de un análisis técnico. En este punto, basta mencionar que la denegativa efectuada e impugnada en el presente caso únicamente evita inscribir el gravamen pretendido [hipoteca del inmueble], y no disminuye o cancela la propiedad registrada a favor de la referida señora. Ahora bien, dicha discrepancia entre lo que consta en cada oficina registral debe de ser dirimida por el juez competente.

Se debe destacar que las diferencias radican en, primero, la extensión superficial, pues según el Registro de la Propiedad la capacidad es de 4112.94 m² y según Catastro es de 532.45 m²; segundo, el propietario según Propiedad es la señora RJFDM y según Catastro son OMDZ, conocida por C MMDZ, MGZK, ON K, JAZK, YAZKVDF, GZK, NJZKDS, R A Z K y AEZK; y finalmente, como tercero, las matrículas, pues según Propiedad la matrícula es ******** y según Catastro es **********.

Es viable destacar que, de folios 106 al 115 del expediente, la señora OMDZ, conocida por COMDZ, tercera beneficiada con el acto impugnado, agregó, entre otros documentos, la fotocopia certificada notarialmente de la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Civil de Sonsonate, de la once horas del veintiocho de marzo de dos mil siete, en la cual la señora RYFDM [actora en el presente proceso] promovió un juicio civil ordinario reivindicatorio de dominio contra aquélla por el inmueble de su propiedad, con capacidad de 4112.94 m², inscrito a su favor bajo la matrícula ********** asiento ***. La demanda fue declarada inepta. Tal decisión se fundamentó así: [...]

Así, esta Sala considera que el pronunciamiento del Juzgado de lo Civil de Sonsonate, establece los parámetros necesarios para dirimir el conflicto de propiedad. Es decir que, el inmueble del que pretende la inscripción de la hipoteca no coincide materialmente con el inscrito en el Registro de Propiedad corres-

pondiente, y por ende, a la parte actora, únicamente, le queda la posibilidad de impugnar el documento de venta mal inscrito, a efecto que en la vía judicial adecuada se reivindique su derechos contra la persona que le vendió erróneamente.

Señala la parte actora que las autoridades demandadas fundamentaron la denegativa en razón del artículo 688 del Código Civil, norma que establece los requisitos de los instrumentos a inscribir, pero no existe concordancia con lo decidido y lo normado.

Es válido indicar que tal alegato no destaca de qué manera se vulnera algún derecho a la parte actora, no obstante, la Directora de Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas expuso en su decisión que *«(…) conforme a las prescripciones del Principio* (sic) *de Especialidad* (sic) *Registral* (sic) *contenido en los Arts.* (sic) *688 C. y 42 del Reglamento de Reestructuración del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, no existe certeza, sobre el dato referente a la verdadera extensión superficial del inmueble, ya que el documento refleja un área de cuatro mil ciento doce punto noventa y cuatro metros cuadrados, dato corroborado por la matrícula *******; pero contradicho por la información del Catastro, que le señala un área de solamente 532.45 m2 (…)»* [folio 24 vuelto]. Es decir, el artículo fue considerado en la decisión por la autoridad demandada en razón de la discrepancia entre la información del registro y catastro en la extensión superficial del inmueble. El artículo 688 ordinal 2° del Código Civil exige que: *«Toda inscripción que se haga en el Registro, expresará las circunstancias siguientes: 2° La naturaleza, valor, extensión, condiciones y cargas de cualquiera especie del derecho que se inscribe»*. De ahí que los suscritos consideramos que sí tiene relación el artículo señalado con la decisión adoptada.

Por otra parte, los demandantes argumentaron que la oficina de mantenimiento de catastro del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas del departamento de Sonsonate se extralimitó en sus funciones, en el sentido que el documento presentado [mutuo hipotecario] no está incluido en los reglados por el artículo 48 de la Ley de Catastro, y que el departamento de Sonsonate no se ha declarado como zona catastrada.

Respecto de tal argumento es necesario aclarar, que el mismo se dirige a atacar una actuación realizada por la oficina de mantenimiento de catastro del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas del departamento de Sonsonate Sin embargo la referida dependencia no se configura como sujeto pasivo del presente proceso. Además, del estudio realizado a los actos objeto de controversia se advierte que los mismos no han sido fundamentados en la referida disposición legal. De ahí que no es atendible la vulneración argumentada por la parte actora en la negativa de inscripción del documento de mutuo hipotecario.

Finalmente, la parte actora indicó la vulneración de los principios de especialidad, legalidad y publicidad, en razón que no se ha inscrito el instrumento; no obstante, al verificar que la denegativa fue apegada a la norma, siendo éste el argumento central de la pretensión, dichos principios no han sido violentados."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 14-2010, fecha de la resolución: 01/11/2019

VOTO DISIDENTE DE LA MAGISTRADA PAULA PATRICIA VELÁSQUEZ CENTENO Y DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

PLAZOS

POR APLICACIÓN SUPLETORIA LOS PLAZOS CONFERIDOS A LAS PARTES SON PERENTORIOS E IMPRORROGABLES, SALVO DISPOSICIÓN EN CONTRARIO

"Así las cosas, dado que esta Sala ha sostenido que a la luz del artículo 143 del Código Procesal Civil y Mercantil CPCM, normativa de aplicación supletoria en el proceso contencioso administrativo en virtud del artículo 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA)-derogada-, emitida el catorce de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, publicada en el Diario Oficial número doscientos treinta y seis, Tomo número doscientos sesenta y uno, de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, ordenamiento de aplicación al presente caso en virtud del artículo 124 de la LJCA vigente, los plazos conferidos a las partes *"son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario.",* motivo por el cual no es procedente, por regla general, otorgar una ampliación o prórroga en los plazos conferidos a las partes.

No obstante, el artículo 146 de la misma normativa, establece el principio general de suspensión de los plazos, determinando que "*al impedido por justa causa no le corre plazo (…) Se considera justa causa la que provenga de fuerza mayor o de caso fortuito, que coloque a la parte en la imposibilidad de realizar el acto por sí."*

De la lectura del escrito presentado por la apoderada general judicial de la parte actora y la documentación que adjuntan, es posible sostener que no se ha configurado un justo impedimento, que no permitió que la profesional en comento cumpliese con la audiencia conferida en el término de tres días.

En ese sentido, no es procedente acceder a su petición de suspender el plazo para cumplir con la audiencia conferida en el auto que antecede, por lo tanto, en razón de ello no serán valorados sus argumentos, ya que fueron presentados fuera del plazo otorgado para ello."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 14-2016, fecha de la resolución: 02/10/2019

VOTO DISIDENTE DE LA MAGISTRADA PAULA PATRICIA VELÁSQUEZ CENTENO

INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

FALTA DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

"Disiento con la decisión adoptada por la Magistrada Elsy Dueñas Lovos y de los Magistrados Roberto Carlos Calderón Escobar y Sergio Luis Rivera Márquez,

relativa a emitir sentencia en el presente proceso y pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos impugnados por Terminales de Gas del Pacifico, Sociedad Anónima de Capital Variable, que se abrevia Terminales de Gas del Pacifico, S.A. de C.V., por la razones de derecho que a continuación expongo:

I. La magistrada y los magistrados con los que disiento decidieron emitir la sentencia del presente proceso por estimar que la pretensión planteada gozaba de los elementos necesarios para poder decidir sobre el fondo de la controversia.

Así, consideraron que la parte demandante planteó de manera categórica que a la base de su pretensión se encontraba el argumento de ilegalidad relativo a la contravención del artículo 40 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo, y de los Acuerdos Ejecutivos, en el ramo de economía, números 616 y 617, ambos de fecha quince de julio de dos mil tres, publicados en el Diario Oficial número ciento treinta y uno, Tomo trescientos sesenta, de fecha dieciséis de julio de dos mil tres, mediante los cuales se estableció el Sistema de Precios de Paridad de Importación como mecanismo automático para la determinación de los precios máximos en el mercado interno del GLP para el consumo doméstico.

Luego de realizar tal delimitación general, en la sentencia que antecede al presente voto se establece que la parte actora concretó la ilegalidad planteada en los siguientes términos. [...]

Así, sobre la base de los anteriores argumentos, así delimitados por la misma parte actora según la Magistrada y los Magistrados con los que disiento, se procedió a realizar el examen de legalidad de los actos administrativos impugnados y emitirse la sentencia respectiva.

II. La suscrita Magistrada, luego de realizar una lectura integra de la demanda, es del criterio que *la parte actora no ha cumplido el requisito de admisibilidad regulado en la letra ch) del artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* emitida mediante Decreto Legislativo número ochenta y uno, del catorce de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, publicado en el Diario Oficial número doscientos treinta y seis, Tomo número doscientos sesenta y uno, de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, en adelante LJCA, ordenamiento de aplicación al presente caso en virtud del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente; esto es, el deber de identificar "*el derecho protegido por las leyes o disposiciones generales que se considera violado*".

Tal como esta misma Sala ha manifestado en reiterada jurisprudencia, verbigracia en la resolución de las quince horas del veinticinco de junio de dos mil dieciocho, del proceso contencioso administrativo 248-2011, el anterior requisito -de admisibilidad de la demanda- se cumple por medio de una argumentación clara y suficiente que permita identificar el fundamento jurídico de la pretensión planteada, por lo que no basta denunciar en abstracto la violación a determinados derechos, disposiciones normativas o categorías jurídicas, sino que hace falta establecer las razones por las cuales se considera que la violación a esos derechos protegidos por el ordenamiento jurídico es consecuencia de los actos que se pretende impugnar.

No obstante, en el presente caso, siendo fiel con el texto de la demanda y proscribiendo cualquier interpretación subjetiva sobre el mismo, es concluyente que la parte demandante no ha determinado con precisión el fundamento jurídico de su pretensión.

A. En la demanda, en el apartado *"VIOLACIONES COMETIDAS POR LA ADMINISTRACION PUBLICA. ILEGALIDAD DE SUS ACTOS"* (folios 4 frente al 9 frente), la parte actora detalló la naturaleza del subsidio del gas licuado de petróleo, la forma de pago del referido subsidio y la aclaración que ella y ********** de El Salvador, S.A. de C.V. son personas jurídicas independientes.

En síntesis la demandante señaló que *«(…) el gas licuado de petróleo en El Salvador es un producto subsidiado por ministerio de ley, y lo es tanto en su importación como en su posterior comercialización (…) Es el Ministerio de Economía quien establece el precio máximo de facturación del gas licuado de petróleo tanto para los importadores como para los comercializadores; (…) la fijación de precios solo opera para el gas licuado de petróleo que se destina al consumo doméstico (…)»* (folio 4 frente y vuelto). [...]

B. Establecido lo anterior, la suscrita Magistrada advierte que la parte actora, en la demanda, (i) no precisó los derechos que considera vulnerados con la emisión de los actos administrativos impugnados, (ii) no estableció las disposiciones normativas con carácter de ley secundaria en la que se encontrarían protegidos tales derechos, y (iii) no señaló de manera concreta la forma en que se ha producido el quebrantamiento del ordenamiento jurídico de naturaleza administrativa, limitándose a plantear una pretensión abstracta de ilegalidad.

En suma, las manifestaciones vertidas por la parte demandante no trascienden más allá de meras consideraciones en abstracto. En tal sentido, el planteamiento con el que pretendió sustentar jurídicamente su pretensión resulta insuficiente para que este Tribunal se vea obligado a emitir una decisión de fondo.

En este orden de ideas, considero que la Magistrada y los Magistrados con los que disiento, para emitir la sentencia que antecede, suplieron la omisión y falta de claridad de la parte actora, ello, mediante un esfuerzo intelectivo de interpretación o deducción que se apartó tajantemente de la literalidad de la demanda. Con ello, la delimitación de la pretensión realizada en los números 1 y 2 de la letra A del romano IV de la sentencia que antecede, es producto de una exégesis forzada y contaminada por sus propias apreciaciones, generándose un defecto en el principio de imparcialidad.

III. En virtud de lo expuesto en los apartados precedentes, la ausencia de concretos y claros argumentos de ilegalidad contra los actos administrativos impugnados en este proceso (inconveniente propiciado por la misma parte actora al configurar su pretensión), genera el incumplimiento, en los términos expuestos *supra*, del requisito de la demanda regulado en el artículo 10 letra ch) de la LJCA.

De ahí que, para la suscrita Magistrada, la demanda del presente proceso tuvo que haberse declarado inadmisible."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 136-2005, fecha de la resolución: 06/02/2019

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

POTESTAD REGLADA

ANTE UNA POTESTAD REGLADA EXISTE UN PRESUPUESTO NORMATIVO TIPIFICADO EN LA LEY, POR LO QUE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SE LIMITARÁ A CONSTATAR EL CONTENIDO DE DICHO PRESUPUESTO, PUDIENDO EMITIR UN ÚNICO RESULTADO

"**5. De la potestad reglada de la Administración Pública.**

A través de la ley, el legislador confiere a la Administración pública una serie de prerrogativas para el cumplimiento de sus fines -las cuales son de interés general o público-, y a éstas se les denomina potestades administrativas, mismas que además ubican a aquella en una posición de preponderancia jurídica, ya que conlleva la sujeción de los administrados a los actos que emita.

Según el grado de sujeción que las potestades tengan con las normas jurídicas, éstas se clasifican en potestades discrecionales o potestades regladas. Así, las potestades discrecionales implican la posibilidad que la Administración, al momento de emitir su decisión tenga la posibilidad de optar entre dos o más posibilidades igualmente válidas según la ley; mientras que las potestades regladas son aquellas que se encuentran perfectamente determinadas en la ley, lo cual limita la actuación de la Administración ya que ésta deberá circunscribirse a constatar que se ha dado cumplimiento a los requisitos señalados por el ordenamiento jurídico, a efecto de proceder a emitir la debida consecuencia jurídica. Es decir que ante una potestad reglada existe un presupuesto normativo tipificado en la ley, por lo que la actividad administrativa se limitará a constatar el contenido de dicho presupuesto, pudiendo emitir un único resultado."

En la sentencia a la que anteriormente se ha hecho referencia, esta Sala también ha emitido pronunciamiento respecto al tipo de potestad que la Administración despliega al momento de proceder a la inscripción de una junta directiva sindical, en atención a los presupuestos que conforme a la ley, se deben verificar, señalando que: [...]

6. De la denegación de la Administración Pública de inscribir a los demandantes como miembros de la Junta Directiva del CNTS.

Establecido lo anterior, procede examinar el contenido tanto del acto impugnado como de las disposiciones legales en las que se fundamenta, ello con el propósito de establecer si la decisión de la autoridad de denegar la inscripción contraviene los parámetros de legalidad.

i) El Jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, en el acto de las once horas del dieciocho de agosto de dos mil once indicó: [...]

Precisado el contenido del acto administrativo controvertido, el de las disposiciones en las que la Administración basó su decisión y tomando en cuenta la documentación contenida en el expediente administrativo, que ha sido relacionada en el apartado "1)" de este voto, se constata que la autoridad demandada rechazó la inscripción de los demandantes como miembros de la junta directiva

del CNTS, ante el incumplimiento de éstos a uno de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico, que es aquel que exige que la persona que ocupará un cargo en la Junta Directiva forme parte de un sindicato, acorde a lo indicado en los artículos *225 ordinal 3o. del Código de Trabajo y* 32 ordinal 3° de los Estatutos de la Confederación Nacional de Trabajadores Salvadoreños.

En este sentido, la autoridad demandada actuó en ejercicio de la potestad reglada de registro que le confiere la ley, respecto de la cual no hay margen para la discrecionalidad, y procedió así a resolver la improcedencia de la inscripción solicitada por la parte actora, pues constaba en su poder la documentación en la que se establecía que ambos administrados habían sido expulsados del sindicato del cual formaban parte -conforme certificación de acta extendida por el Secretario de Actas y Acuerdos del SUTC, de la asamblea general extraordinaria de segunda convocatoria realizada el veinte de febrero de dos mil once- y por otro lado la CNTS no evacuó la prevención que se le realizó, a efecto de comprobar mediante la documentación pertinente, que los demandantes pertenecían a cualquiera de los sindicatos que forman parte de las diferentes federaciones que integran a la CNTS, con lo cual se incumplió el requisito previsto en el ordenamiento jurídico.

Es en atención a lo anterior que se concluye que no existe cobertura legal para que la Administración amparara la solicitud de inscripción que se le hizo, pues conforme con el principio de legalidad 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."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 421-2011, fecha de la resolución: 20/05/2019

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

SINDICATOS

LA EXPULSIÓN DE UN SINDICALISTA DE UN ORGANISMO SINDICAL SE CONFIGURA COMO UNA ACTUACIÓN QUE CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

"7. Análisis de los argumentos de ilegalidad planteados por el actor.

En este punto, procede hacer referencia a los argumentos de ilegalidad invocados por la parte demandante -los cuales coinciden con aquellos que fueron esgrimidos en sede administrativa- y que como ya se ha indicado, están dirigidos a atacar la legalidad de la decisión de expulsión tomada por los miembros que conforman el SUTC, durante la realización de la asamblea general extraordinaria de segunda convocatoria, celebrada el día veinte de febrero de dos mil once.

Sobre la figura de expulsión, señala el Código de Trabajo en su artículo 205 letra a), que: «*Libertad sindical. Dimensión negativa. Art. 205.- Se prohíbe a toda persona: a) Coaccionar a otra para que ingrese o se retire de un sindicato, salvo el caso de expulsión por causa previamente establecida en los estatutos (…) »;*

mientras que el artículo 221 letra A) número 4) determina «*Tipos de asambleas Art. 221.- Las asambleas se dividen en generales y seccionales, pudiendo ser ordinarias y extraordinarias; y sus atribuciones, además de las que les señalen la Ley y los estatutos respectivos, son las siguientes: A) De las asambleas generales: (…) 4) Acordar la expulsión de uno o más miembros del sindicato de acuerdo con los estatutos;».*

La expulsión de un sindicalista de un organismo sindical, se configura como una actuación que constituye una restricción al derecho a la libertad sindical, la misma, está relacionada con la capacidad de organización que el legislador les ha conferido a los sindicatos. Es así como en una situación similar a la planteada en el presente caso-y tal y como lo señala la parte demandada en el acto administrativo que emitió-, este Tribunal ya se ha pronunciado en el sentido que: *«(…) 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 -así como acontece con el nombramiento o remoción de los miembros de los órganos de dirección de un sindicato, o incluso, el procedimiento que debió seguirse contra los miembros que vulneraron los derechos laborales de sus compañeros de Sindicato -es un campo vedado para las potestades administrativas. Es decir que, según se desprende de los anteriores razonamientos, aquellos aspectos concernientes con la entidad sindical ya constituida, y que supongan restricciones al derecho fundamental de asociación, solo deben ser resueltos mediante una decisión judicial y no una administrativa.*» (Sentencia referencia 72-2010 de las catorce horas del treinta de noviembre de dos mil diez) (subrayado suplido).

Consecuentemente, resulta atendible el actuar de la Administración Pública al establecer en el acto que está siendo controvertido, que su labor en materia de registro está llamada a observar elementos reglados para la inscripción de las juntas directivas y que los argumentos de nulidad invocados por los ahora demandantes, respecto de su expulsión del Sindicato Unión de Trabajadores de la Construcción, escapan a la competencia de ese Departamento, dejándoles a salvo el derecho de discutir ante la autoridad judicial competente su calidad de miembros del referido sindicato.

"8. Conclusiones.

i) Los argumentos de ilegalidad vertidos tanto en esta sede judicial como en sede administrativa, no atacan el acto que en este proceso de controvierte, sino aquel en el cual se tomó la decisión de expulsar los demandantes del Sindicato Unión de Trabajadores de la Construcción (SUTC).

ii) La función registral realizada por la autoridad demandada, respecto al registro e inscripción de las juntas directivas de los sindicatos es un acto meramente declarativo, en atención a que la Administración no puede limitar sin fundamento legal el libre ejercicio de los derechos laborales de los particulares.

iii) La función registral es una potestad reglada de la Administración, donde no existe margen para la discrecionalidad en la inscripción o no de una junta directiva sindical; ya que los presupuestos legales para la inscripción de dichos órganos colegiados, están previstos en el Código de Trabajo y los estatutos de

cada uno de los sindicatos, que son los que norman el adecuado ejercicio y funcionamiento de los mismos.

iv) La nulidad alegada por los demandantes respecto de su expulsión del SUTC es una circunstancia fáctica ajena a los presupuestos reglados que habilitan la inscripción de una junta directiva sindical, pues tal situación solo puede ser resuelta mediante una decisión judicial y no una de carácter administrativo.

v) La CNTS no evacuó la prevención realizada por la Administración pública a efecto de comprobar la pertenecía de los demandantes a alguno de los sindicatos que la integran. Razón por la cual la autoridad demandada determinó que los señores Vásquez y Hernández, no cumplían con el requisito reglado establecido en los artículos 225 del Código de Trabajo y artículo 32 de los Estatutos de la Confederación Nacional de Trabajadores Salvadoreños, los cuales imponen la necesidad de pertenecer a un sindicato para poder desempeñar un cargo directivo.

vi) El actuar de la autoridad demandada se rigió por los parámetros que establece la ley y en el marco de las competencias que la misma le confiere."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 421-2011, fecha de la resolución: 20/05/2019

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

CONSTITUYEN INTERFERENCIAS DEL ESTADO EN LOS DERECHOS DE QUIENES LAS SUFREN

"IV. La competencia de esta sala comprende la revisión de la legalidad entendida como el apego de la Administración a los principios del derecho, la correcta interpretación de la legislación, el buen uso del entendimiento humano en la valoración de los elementos que llevaron a la Administración a adoptar la decisión impugnada, así como la concordancia entre la interpretación del ordenamiento jurídico y la constitución como norma primaria que orienta el sistema.

La primacía de los principios constitucionales es aplicable a todo el derecho sancionatorio -sea éste penal o pertenezca al orden administrativo- en virtud de los arts. 11, 12, 14 y 86 de la Constitución -Cn-; así, el art. 86 contiene la denominada libertad positiva, que constriñe las potestades de la Administración a las que le confiere la misma constitución y la ley, el art. 14 desarrolla la facultad sancionatoria que se otorga a la Administración, misma que se ve sujeta a la aplicación del "*debido proceso*" según el propio texto de la norma constitucional; éste, que ha sido denominado también "*proceso constitucionalmente configurado*" corresponde a las garantías que se consignan en el art. 11 Cn, que aplican a toda clase de proceso y, en particular, las reguladas en el art. 12 de la Cn, para todas las infracciones e ilícitos a los que corresponde una sanción, sin limitarse al derecho penal.

En consecuencia, en materia administrativa sancionatoria, se aplican principios de trascendencia constitucional, cuyo desarrollo ha sido notable en materia

penal, pero que no son exclusivos de esta materia, por el contrario, tienen vigor en todos los ámbitos en que puede cometerse un "hecho ilícito" (por ser contrario a la norma) y sancionarse éste, ya sea por los tribunales o por la Administración; para el caso cabe referir a los principios de (i) Legalidad, con sus subprincipios de mera legalidad, legalidad estricta y certeza, taxatividad o tipicidad tanto en la conducta punible como en la sanción aplicable; (ii) Culpabilidad, de cual se derivan subprincipios: principio de responsabilidad por personal y por el hecho; principio de responsabilidad subjetiva, principio de proporcionalidad de la pena y la garantía de presunción de inocencia; y (iii) Lesividad, que implica el daño o riesgo a un bien jurídico valioso para el derecho, que puede materializarse en la infracción a un deber legal o en el daño recaído al objeto de protección.

Por su propia naturaleza, las sanciones constituyen interferencias del Estado en los derechos de quienes las sufren, sean de índole personal -como los derechos de libertad- o patrimonial -multas-, pérdidas de bienes a favor del Estado o de terceros, etc., de ahí que, como toda limitación de derechos de carácter fundamental, deba operar respecto de ellas un sistema de principios orientadores y un conjunto de garantías protectoras."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 8-2009, fecha de la resolución: 06/02/2019

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

COMPETENCIA

EN DERECHO PROCESAL LA COMPETENCIA ESTÁ ASOCIADA AL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

"2. En derecho procesal la competencia está asociada al concepto de jurisdicción, así, cuando se hace referencia a la jurisdicción, se está discurriendo sobre la potestad *de juzgar y ejecutar lo juzgado* que corresponde al Órgano Judicial de conformidad con el artículo 172 No 1 de la Constitución de la República - en adelante Cn. - mientras que por competencia se entiende la distribución del ejercicio de la jurisdicción en ámbitos delimitados que se hace a cada juez o tribunal de la república, atendiendo a criterios definidos por la ley que incluyen el territorio, cuantía, materia y función."

Empero, en Derecho Administrativo no tiene idéntico significado, verbigracia se ha dicho que *«[s]i bien el fundamento de la competencia puede hallarse tanto en la idea de eficacia (que conlleva la necesidad de distribuir las tareas entre órganos y entes diferenciados) como en una garantía para los derechos individuales, cierto es que esta institución se encuentra erigida fundamentalmente para preservar y proteger -de una manera objetiva y muchas veces genérica- el cumplimiento de las finalidades públicas o de bien común que la Administración persigue.*

La competencia puede considerarse desde muchos puntos de vista y su significado ha originado grandes desacuerdos doctrinarios. Ella puede analizarse

en su condición de principio jurídico fundamental de toda organización pública del Estado y, también, en su faz dinámica y concreta, como uno de los elementos esenciales del acto administrativo.

En el plano de las organizaciones públicas estatales constituye el principio que predetermina, articula y delimita la función administrativa que desarrollan los órganos y las entidades públicas del Estado con personalidad jurídica.

Desde otra perspectiva, la competencia puede ser definida como el conjunto o círculo de atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos públicos estatales o bien con un alcance jurídico más preciso, como la aptitud de obrar o legal de un órgano o ente del Estado.

[…]El error en que incurren los partidarios de la distinción deriva de definir la competencia como la medida de la potestad de un órgano, siguiendo un criterio similar a la doctrina procesalista que caracteriza a la competencia como la medida de la jurisdicción, mientras que la competencia ***consiste en la aptitud legal para ejercer dichas potestades y ser titular de ella****s.*

Esa competencia tiene, ante todo, una raíz objetiva, en el sentido de que a partir de la formulación del régimen administrativo napoleónico, ella no surge más de la sola voluntad del monarca o funcionario, sino ***que se hallará predeterminada por la norma****. Este principio de objetivación de la competencia no implica, empero, la eliminación de la actuación discrecional en la elección del criterio o de la oportunidad para dictar el pertinente acto administrativo, pero* ***exige que la aptitud legal*** *del ente o del órgano de la Administración* ***se base en una norma objetiva****.»* [Resaltado suplido.] [CASSAGNE, juan Carlos. Derecho Administrativo Tomo I, Sexta Edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. Págs. 234-236.]

Se desprende de esta acepción de "competencia", particular al Derecho Administrativo, que se refiere a la *habilitación legal que tiene un ente administrativo para ejercer ciertas potestades*, por lo que, ante una impugnación de la competencia de una Autoridad para emitir un acto administrativo, se requiere examinar si la ley le permite realizar el acto tildado de ajeno a su competencia."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 248-2014, fecha de la resolución: 06/05/2019

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

ENTES DESCENTRALIZADOS

LA COOPERACIÓN, COLABORACIÓN Y COORDINACIÓN DE ENTES DEL EJECUTIVO NO CONSTITUYE UNA MATERIA RESERVADA A LA LEY

"De todo lo precedente se determina que la cooperación, colaboración y coordinación de entes del ejecutivo ***no constituye una materia reservada a la ley - entendida como producto legislativo formal -*** en tanto se trata de una de las facultades necesarias derivadas de la organización y competencia de los entes públicos que forman parte del ejecutivo, en ese sentido, puede ser reglada

por un cuerpo normativo distinto a la ley o puede serlo por esta última, en cuyo caso habrá un "congelamiento" de rango que impedirá que esa facultad sea luego tratada por algún cuerpo normativo de rango inferior - salvo que se trate del reglamento que desarrolla esa misma ley –

Por consiguiente, es aplicable el artículo 58 RIOE como fundamento legal de cualquier convenido entre dos entes descentralizados, autónomos, Ministerios o Secretarías de Estado.

Ahora bien, en lo que atañe a la exigencia establecida en el artículo 59 RIOE de la coordinación de estos esfuerzos, es menester agregar algunas ideas:

De conformidad con el artículo 56 LPC:

"Créase la Defensoría del Consumidor, como una ***institución descentralizada*** *del Gobierno de la República con personalidad jurídica y patrimonio propio,* ***con autonomía en lo administrativo y presupuestario****.*

Se regirá por lo dispuesto en la presente ley y su reglamento, además de leyes especiales aplicables a la materia."

En el caso de la Defensoría del Consumidor, esta entidad tiene equivalencia a un rango ministerial, lo cual encuentra soporte tras develar su evolución histórica a partir de sus orígenes, así, en los Acuerdos de Paz firmados por el gobierno y el FMLN el 16 de enero de 1992 se incorporó en el Capítulo V, Tema Económico Social, el numeral 6 Medidas para aliviar el costo social de los programas de ajuste estructural, el literal a) Protección al Consumidor, estableció lo siguiente:

"El Gobierno de El Salvador se compromete a adoptar políticas y a crear mecanismos efectivos tendientes a defender a los consumidores, de acuerdo con el mandato de la parte final del inciso 2o del artículo 101 de la Constitución. Para el cumplimiento de este precepto constitucional, el Gobierno se compromete a presentar a la Asamblea Legislativa, dentro de 60 días de la firma del presente acuerdo, un proyecto de ley de protección al consumidor que contemple fortalecer al Ministerio de Economía, y que pudiera marcar un primer paso en la dirección de la eventual creación de una Procuraduría General de Defensa del Consumidor."

El treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y dos se sancionó y mandó a publicar en el Diario Oficial número 159, tomo 316, la primera Ley de Protección al Consumidor, la cual entró en vigencia el 9 de septiembre de 1992.

Esta Ley de Protección al Consumidor creó la primera autoridad gubernamental en la materia, denominándola Dirección de Protección al Consumidor (DPC), entidad dependiente del Ministerio de Economía.

Tras sucesivas legislaciones se adoptó la actualmente vigente Ley de Protección al Consumidor por Decreto Legislativo No 776 del dieciocho de agosto de dos mil cinco, que fue publicado en el Diario Oficial número 166, tomo 368, del ocho de septiembre de dos mil cinco.

Fue en esta ley que se creó la Defensoría del Consumidor, como una Institución autónoma, a diferencia de la extinta DPC que dependía del Ministerio de Economía.

La Defensoría cuenta con tres instancias superiores que poseen nombramiento del Presidente de la República: Consejo Consultivo, Presidencia y Tribunal Sancionador.

En ese sentido, no se trata de un ente público descentralizado que dependa de un Ministerio para coordinarse, por el contrario la DC es ella misma el ente coordinador del Sistema Nacional de Protección al Consumidor (como he de explicar en un momento), de manera que, en el caso de la cooperación entre entes descentralizados cuya función y competencias sea la de proteger al consumidor en algún segmento de mercado, no es a los diversos Ministerios que va a competer esta coordinación, sino a la Defensoría del Consumidor, de ahí que le sea aplicable el artículo 59 RIOE, al analizarlo en concordancia con el artículo 1 inciso 2 LPC:

"Así mismo tiene por objeto establecer el Sistema Nacional de Protección al Consumidor y la Defensoría del Consumidor como institución encargada de promover y desarrollar la protección de los consumidores, disponiendo su organización, competencia y sus relaciones con los órganos e instituciones del Estado y los particulares, cuando requiera coordinar su actuación. "

En igual sentido con el artículo 57 LPC:

"La Defensoría del Consumidor, en adelante "la Defensoría", es la entidad encargada de aplicar la presente ley y de ***coordinar la acción conjunta de las instituciones de la administración pública*** *para el cumplimiento de la misma.*

Además, ***coordinará el Sistema Nacional de Protección al Consumidor*** *y tendrá entre otras, la facultad de presentar propuestas al Órgano Ejecutivo en el ramo de economía, para la formulación de políticas de protección al consumidor y su plan de acción."*

Lo cual se complementa con el contenido del artículo 151 LPC que define quienes forman parte del SNPC;

"Institúyese el Sistema Nacional de Protección al Consumidor, en adelante "el Sistema", para promover y desarrollar la protección de los consumidores, el que estará compuesto por: La Defensoría del Consumidor, dependencias del Órgano Ejecutivo y demás instituciones del Estado que entre los asuntos de su competencia les corresponden velar sectorialmente por los derechos de los consumidores o vigilar a las empresas que operan con el público."

Y con el artículo 152 LPC que reafirma el papel de coordinador del SNPC que tiene la DC:

"La Defensoría será el ente coordinador del Sistema y servirá como oficina de enlace de la actuación conjunta de las entidades públicas para el cumplimiento de la presente ley."

Las disposiciones legales citadas sirven de soporte para afirmar que el artículo 59 del RIOE es aplicable a la DC como tal, sin necesidad de la participación de algún Ministerio, por el contrario, será la DC la que *"orientará y coordinará las acciones, programas y proyectos sectoriales""*

"6.3. Disposiciones contenidas en la Ley de Protección al Consumidor y en la Ley de Medicamentos.

6.3.1. LPC

Los artículos 7 inciso final y 28 inciso final de la LPC contienen la obligación de dar aviso a otras instituciones y la potestad de dictar medidas cautelares ante infracciones a leyes que tienen otros entes públicos encargados de su ejecución).

Art. 7 inciso último LPC:

"El incumplimiento de las obligaciones establecidas en las letras a) a la g) del presente artículo acarreará las sanciones establecidas en las leyes y reglamentos sobre la materia de que se trate, la cual será impuesta por la autoridad competente. ***En caso que la Defensoría del Consumidor detecte incumplimientos a las obligaciones antes referidas, deberá hacerlo del conocimiento de las autoridades correspondientes*** *dentro del plazo de veinticuatro horas,* ***sin perjuicio de lo establecido en los Arts. 99 y 100 de la presente ley****."*

Art. 28 inciso final LPC:

"La Defensoría del Consumidor ***deberá hacer del conocimiento de las autoridades competentes, toda posible infracción a dichas regulaciones****,* ***para su investigación y sanción de conformidad a las leyes de la materia****, sin perjuicio de lo establecido en los Arts. 99 y 100 de la presente ley."*

Los artículos 57 inciso segundo, 58 letra "a", 151 y 152 todos LPC, mismos que ya he citado, se refieren a la integración y coordinación del Sistema Nacional de Protección al Consumidor -SNPC-.

El artículo 58 también contiene, en su letra "d" la siguiente potestad:

"d) ***Celebrar convenios con instituciones públicas*** *o entidades privadas nacionales o extranjeras para facilitar el cumplimiento de los objetivos de esta ley."*

Los artículos 99 y 100 que he citado en líneas anteriores desarrollan las facultades para dictar medidas cautelares.

El artículo 154 LPC hace alusión a la facultad de realizar campañas de control de calidad:

"Las instituciones del Órgano Ejecutivo en el ámbito de sus competencias organizarán campañas y ***actividades de control de calidad****, especialmente en relación con los siguientes productos y servicios:*

a) Los de uso o consumo común, ordinario y generalizado;

b) Los que reflejen una mayor incidencia en los estudios estadísticos o epidemiológicos;

c) Los que sean objeto de reclamaciones o quejas*, de las que razonablemente se deduzcan las situaciones de desventaja o indefensión de los consumidores;*

d) Los que sean objeto de programas específicos de investigación; y

e) Aquellos otros que, en razón de su régimen o proceso de producción y comercialización, puedan ser fácilmente objeto de fraude o adulteración."

Por otra parte, el artículo 155 LPC contiene la potestad de la DC de solicitar información a cualquier entidad pública para determinar infracción a las leyes que protegen los intereses de los consumidores y la ***de nombrar delegados que acompañen*** a los de la entidad respectiva:

"La Defensoría ***requerirá a cualquier entidad pública la información que considere necesaria*** *para establecer si se ha producido o puede producirse una infracción a la legislación que protege los intereses de los consumidores. El requerido facilitará inmediatamente la información solicitada, para cuyo efecto deberá realizar, en su caso, las investigaciones que fueren necesarias.*

La Defensoría ***podrá nombrar a uno de sus funcionarios para acompañar a los delegados de la entidad requerida*** *en sus investigaciones."*

De la misma manera que los artículos 7 inciso final y 28 inciso final establecen la obligación de la Defensoría del Consumidor de informar a otras entidades cuando se cometan infracciones cuya sanción les competa, hay también una obligación de estas otras entidades de informar a la DC, que se encuentra en el artículo 156 LPC:

"Cuando ***un funcionario*** *tenga conocimiento que se ha producido* ***una infracción a la legislación que protege los intereses de los consumidores****, o considere que existe un grave riesgo de que tal infracción se produzca****, lo notificará a la Defensoría*** *y le enviará, sin demora, toda la información necesaria."*

6.3.2 LM

Inicia esta aparente colaboración con la conformación de la misma Dirección Nacional de medicamentos, según puede verse en el artículo 4 letra "d" que señala la integración de la dirección por un delegado de la Defensoría del Consumidor.

En igual sentido el artículo 6 letra "p", que regula la coordinación entre la Defensoría del Consumidor y la Dirección Nacional de Medicamentos para supervisar los precios de venta de los medicamentos."

DISPOSICIONES EN LOS REGLAMENTOS DE EJECUCIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y LA LEY DE MEDICAMENTOS

"6.4. Disposiciones en los reglamentos de ejecución de ambas leyes

6.4.1 Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor.

El artículo 38 del Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor impone a varias instituciones - entre ellas, de manera expresa se señala a la Dirección Nacional de Medicamentos - la obligación de informar a la DC todas las regulaciones que dicten en relación con diversos productos, entre ellos los medicamentos, para que la DC pueda supervisarlos en cumplimiento del artículo 28 de la LPC, mientras que el artículo 47 RLPC ordena a la DC a informar a otras instituciones cuando determine que hay una infracción que corresponda a éstas sancionar y relaciona la facultad de la DC para imponer medidas cautelares en estos casos.

De particular interés es el artículo 100 del RLPC:

"La coordinación del Sistema Nacional de Protección al Consumidor, estará a cargo de la Defensoría, la cual ***tendrá la función de apoyar y coordinar a las distintas instituciones públicas que lo conforman****, para el logro de la protección efectiva de los derechos del consumidor, en sus distintos ámbitos de acción.*

El funcionamiento coordinado del Sistema Nacional de Protección al Consumidor, se fortalecerá con la formulación e implementación de la Política Nacional de Protección al Consumidor, la elaboración de un Plan de Acción y ***la celebración de convenios con las instituciones que lo conforman****.""*

LA DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR Y LA DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS TIENE ENTRE SUS COMPETENCIAS LA DE REALIZAR INSPECCIONES PARA EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA QUE ES APLICABLE A PRODUCTOS FARMACÉUTICOS

"7. Existencia de acuerdos de cooperación, coordinación y delegación interinstitucional y determinación de su legalidad o ilegalidad.

7.1. Existencia de los acuerdos.

7.1.1. Acuerdo de la DNM número I de fecha cuatro de mayo de dos mil doce.

Este acuerdo es un acto impugnado en la demanda - aunque fue declarada inadmisible su impugnación - el cual además fue ofrecido como prueba por la parte actora y se agregó copia certificada por Notario a folios 152 del expediente judicial, con lo que se corroboró su existencia.

Dicho acuerdo número 1 fue suscrito por el Director Nacional de Medicamentos y en él, se dijo en lo esencial: *[...]*

Mediante este acuerdo, el Director Nacional de Medicamentos básicamente está nombrando personal ad honorem por un período de dos meses y veintiocho días y delegando a dicho personal funciones que corresponden a la Dirección Nacional de Medicamentos de conformidad con los artículos 70 al 74 LM.

El personal que fue nombrado en dicho acuerdo estaba nombrado como personal de la Defensoría del Consumidor en ese momento, según se acreditó en el proceso con la copia certificada por Notario de la certificación emitida por la Directora de Vigilancia de Mercado de la Defensoría del Consumidor que fue ofrecida por la parte actora y agregada a folios 134-141.

7.1.2. Convenio de cooperación entre la Dirección Nacional de Medicamentos y la Defensoría del Consumidor.

Copia certificada por Notario de este convenio se encuentra agregada a folio 132 del expediente judicial y fue ofrecida como prueba por las sociedades demandantes.

El referido convenio fue suscrito por el Director Nacional de Medicamentos y la presidenta de la Defensoría del Consumidor el cuatro de mayo de dos mil doce y en lo medular se lee: [...]

Este acuerdo interinstitucional, en resumen establece cooperación entre ambas autoridades para que se auxilien mutuamente en la vigilancia del cumplimiento de sus leyes respectivas y establece cooperación en materia de capacitaciones.

7. 2. Naturaleza y determinación de la legalidad o ilegalidad de los acuerdos interinstitucionales de cooperación entre miembros del SNPC y del acuerdo de delegación de funciones de la DNM.

7.2.1. De todas las disposiciones anteriormente relacionadas advierto: (i) que existe un principio de organización de carácter constitucional que impone la cooperación entre las distintas entidades del Estado, (ii) que el RIOE autoriza a las entidades descentralizadas del Órgano Ejecutivo a cooperar y coordinarse, incluso compartiendo o unificando sus recursos físicos y financieros; (iii) que las leyes de las instituciones concernidas en el presente caso permiten la coopera-

ción entre la Dirección Nacional de Medicamentos, la cual es un miembro sectorial del Sistema Nacional de Protección al Consumidor, y la Defensoría del Consumidor, que es el ente coordinador del mismo sistema; (iv) que esa cooperación comprende el intercambio de información, la firma de convenios, la coordinación y celebración conjunta de campañas de control de calidad, en el ejercicio de las competencias que cada institución tiene; (v) que tanto la Defensoría como la Dirección Nacional de Medicamentos tienen entre sus competencias la de realizar inspecciones para el control del cumplimiento de la normativa que es aplicable a productos farmacéuticos, no solo en los precios, sino también en el cumplimiento de las normas sobre empaque y etiquetado así como la de revisar si estos productos cumplen las leyes relevantes al sector, entre ellas, evidentemente, la Ley de Medicamentos y sus reglamentos; (vi) que en el ejercicio de esas potestades de supervisión deben documentar los hallazgos que resulten, no solamente aquellos que atañen a sus propias leyes, sino todas las posibles infracciones a las leyes aplicables - incluida la LM - que pudieran advertir; (vii) que además de documentar estas infracciones y dar aviso a las entidades correspondientes, pueden dictar medidas cautelares entre las cuales se encuentra el decomiso de los medicamentos y el impedir que se pongan a disposición del público; (viii) que cada una de las instituciones relacionadas tiene potestad de nombrar su personal, determinar el tipo de vinculación que tendrá este personal con la institución, la duración de esta relación y la remuneración que a ella corresponde.

De este hilván de potestades se desprende que **existe suficiente habilitación legal para que la Dirección Nacional de Medicamentos y la Defensoría del Consumidor establezcan acuerdos entre ellas para**: (a) realizar inspecciones para verificar el cumplimiento de la Ley de Medicamentos, ya sea en conjunto o por separado; (b) imponer medidas cautelares en caso de descubrir cualquier infracción a la LM; (c) compartir recursos financieros (partidas presupuestarias dispuestas para el SNPC, ingresos adicionales o especiales, etc.) ; (d) compartir recursos físicos (los bienes materiales muebles o inmuebles que pertenecen a cada institución); (e) solicitar la cooperación de personal de la Defensoría del Consumidor para realizar control de calidad de los medicamentos, habida cuenta que comparten varias de estas competencias.

Dichos acuerdos, contrario a lo que se consideró al inicio del proceso, cuando se inadmitió la pretensión de ilegalidad contra ellos, ***no son normativa general equiparable a reglamentos, sino que son actos de implementación de las competencias*** que están contenidas en la LPC, la LM y el RIOE y no tienen alcance general sino particular. En ese sentido, son actos administrativos como cualesquiera otros y pueden impugnarse ante este Tribunal.

7.2.2 Por otra parte, **no existe habilitación** - ni puede haberla habida cuenta que el mismo artículo 86 de la Constitución prohíbe que un ente delegue en otro sus facultades- **para delegar funciones en personal u oficinas que, orgánicamente, no pertenecen a la misma institución**. La delegación ocurre jerárquicamente dentro de una estructura organizativa de un mismo ente, de manera que el superior - siempre y cuando esté expresamente habilitado de la manera que la ley determine - confiere a sus subalternos parte de las atribuciones que le ha otorgado la ley, y no puede operar desde el superior de una institución

hacia los subalternos que pertenecen a otra institución, ni siquiera en el marco de cooperación interinstitucional, ni puede entenderse que los entes sectoriales que pertenecen al Sistema Nacional de Protección al Consumidor pertenezcan a una misma institución, de hecho, la Defensoría del Consumidor es una institución autónoma pero la Dirección Nacional de Medicamentos no lo es, sino una entidad descentralizada pero con dependencia funcional del Ministerio de Salud.

Tampoco existe habilitación para que se comparta entre instituciones *el recurso humano*, si por eso entendemos que una institución le entrega a la otra su personal propio para que funja como si trabajase para la otra entidad administrativa, conservando su nombramiento en ambas, pues en realidad se ha habilitado solamente compartir los recursos financieros y los físicos.

Esto no impide que, en el marco de una cooperación puedan los miembros de la Defensoría *acompañar* a los delegados de la Dirección Nacional de Medicamentos, ya que la ley lo permite; tampoco es impedimento para que la *DC realice inspecciones para verificar si se está cumpliendo con cualquiera de las leyes sectoriales de protección a consumidores, incluyendo la Ley de Medicamentos* y, en caso de encontrar anomalías, dé aviso a la Dirección Nacional de Medicamentos y dicte las medidas cautelares que corresponda, pero sí constituye un impedimento a que se pretenda que ese personal, nombrado en la Defensoría del Consumidor, al mismo tiempo forme parte de la Dirección Nacional de Medicamentos y pretenda realizar funciones de esta última, *actuando por delegación del Director Nacional de Medicamentos.*

7.2.3. De lo anterior se desprende que el Acuerdo Número I de fecha cuatro de mayo de dos mil doce por el cual el Director Nacional de Medicamentos delegó sus funciones en un conjunto de personas que se encontraban nombradas en la Defensoría del Consumidor, con carácter ad-honorem, es contrario al ordenamiento jurídico tanto constitucional como de las leyes secundarias, por lo cual **no puede servir como marco o fundamento legal de sus actuaciones.**

Este acto había sido impugnado en la demanda, sin embargo, la conformación de Sala que conoció en dos mil catorce declaró inadmisible dicha impugnación al estimar que el acuerdo era una norma general, circunstancia con la que muestro mi desacuerdo, dado que se trata de un acto administrativo de implementación, por el cual se manifiesta la voluntad de la administración en un caso concreto, por ende, era o debía ser susceptible de conocimiento mediante la respectiva demanda.

Empero, aunque dicho acto no es objeto directo del pronunciamiento en el presente proceso, ha sido ofrecido como prueba por las partes y la autoridad demandada ha indicado que le sirvió como base para las actuaciones sobre las cuales sí se está conociendo, por lo que, era necesario pronunciarse respecto de su legalidad y capacidad para servir como basamento legal de aquellos.

Sin embargo, dicho acuerdo no era el único fundamento legal de la cooperación entre la DC y la DNM, pues, como se ha desarrollado a lo largo del presente voto, en realidad la actividad de inspección y recopilación de evidencia que realizaron los inspectores de la DC se basa en sus propias facultades legales.

Asimismo, la DC - en el uso de las facultades que le atribuye la ley en los artículos 7 inciso final y 28 inciso final LPC - remitió aviso a la DNM para que esta

última iniciara el procedimiento sancionatorio conforme a su legislación, por lo que estimo que la siguiente actividad es completamente legal:

(a) Las inspecciones para corroborar si se está infringiendo la Ley de Medicamento son competencia de la Defensoría del Consumidor por disposición de su propia ley, como ya he reseñado.

(b) Los delegados de la Defensoría no se identificaron como miembros de la Dirección Nacional de Medicamentos sino en su calidad de empleados de la DC, tal cual se los exige su propia legislación.

(c) Los delegados de la Defensoría en el ejercicio de inspecciones tienen permitido imponer medidas cautelares al constatar probables infracciones a leyes sectoriales como la Ley de Medicamentos, por lo que es legal tanto que impidan la venta como que decomisen los medicamentos que advirtieron que no tenían el correspondiente registro en el empaque.

(d) Los acuerdos entre ambas instituciones para realizar vigilancia son válidos, los permite la LPC como parte del Sistema Nacional de Protección al Consumidor.

(e) La presidenta de la DC remitió ***aviso*** a la DNM, el cual es una de las formas válidas de iniciar un procedimiento sancionatorio según la Ley de Medicamentos.

(f) Las actas en las cuales documentan sus hallazgos los delegados de la DC tienen calidad de medios de prueba, pues la propia LPC les otorga esa calidad y, dado que la ley también faculta a que la DC realice inspecciones para vigilar que se cumplan leyes sectoriales como la Ley de Medicamentos y ordena que se documente lo encontrado, debe entenderse que conservan su valor probatorio para ser utilizadas en los respectivos procedimientos administrativos que se realizan conforme a esas otras leyes.

8. En el procedimiento sancionatorio la DNM contó con diferentes medios probatorios surgidos (actas e informes) de las diligencias de inspección realizadas por personal de la Defensoría del Consumidor - DC - en las Farmacias Económicas, sucursales Beethoven, Paseo Escalón, veintinueve Calle, Mejicanos, Chiltiupán, todas propiedad de Farmacéuticos Equivalentes, S.A. de C.V. y sucursal Las Terrazas, propiedad de El Copo, S.A. de C.V.

Estas inspecciones fueron realizadas por personal que labora para la Defensoría del Consumidor en cumplimiento del acuerdo de apoyo interinstitucional y con fundamento en las propias facultades que tiene la DC, se documentaron los hallazgos de la manera en que la LPC dispone y, al descubrir infracciones a una de las leyes sectoriales de protección al consumidor que es la Ley de Medicamentos, los delegados de la DC actuaron de conformidad con las disposiciones de la LPC por las cuales deben dar aviso de las infracciones, asimismo dictaron las medidas cautelares requeridas por la situación de entre aquellas que la LPC les permite adoptar en estos casos.

Aunado a esto, es un hecho no discutido, que ha sido aducido tanto por la parte demandante como por la autoridad demandada, que la DNM aún no contaba con personal propio, pues no tenía asignación presupuestaria todavía, de manera que, para vigilar la aplicación de la Ley de Medicamentos necesitaba de la colaboración de la entidad que, por su propia ley, tiene facultades para revisar

que se cumplan las leyes que corresponden a *otras instituciones especializadas* en los diversos sectores de protección al consumidor, en este caso, el sector de medicamentos y cosméticos.

El procedimiento sancionatorio de la DNM inició por aviso, se incorporaron las actas de inspección como elementos de convicción y se establecieron así varias infracciones a la Ley de Medicamentos.

En todo ello no observo actuación ilegal, dadas las facultades de cada una de las instituciones concernidas, tal cual he expuesto.

Por consiguiente, los medios probatorios que sirvieron de fundamento de los actos administrativos impugnados fueron obtenidos de manera regular, de manera que no pueden calificarse como ilícitos, lo cual trae como consecuencia que debió declararse que no existe ilegalidad en ninguno de los actos objeto del presente proceso.

Así mi voto.

En la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a los seis días del mes de mayo de dos mil diecinueve."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 248-2014, fecha de la resolución: 06/05/2019

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

JUNTA DIRECTIVA SINDICAL

CLASES DE INSCRIPCIONES

"**3. De la función registral de la Administración Pública**

La labor del Estado de dar certidumbre, autenticidad y seguridad jurídica a todos aquellos actos -ya sea de naturaleza privada o pública- que son susceptibles de ser inscritos en los diferentes registros públicos, se le conoce como función registral.

Dicha función se caracteriza por ser una actividad de comprobación que tiene su fundamento en el principio de legalidad, ya que todo aquel documento que se pretenda inscribir en un registro, está sometido a un examen previo de "calificación" en atención a los presupuestos que han sido establecidos por la misma ley.

Las inscripciones que realiza la Administración pública en el ejercicio de la función registral, son de dos clases: i) las inscripciones constitutivas, que son aquellas que crean derecho con la propia inscripción; es decir que los derechos derivados del acto o contrato no existirán sino hasta el momento mismo en que se lleve a cabo la inscripción; y ii) las inscripciones declarativas, que son las que no exigen como requisito esencial la inscripción para que un derecho nazca, pues este surge de manera extra-registral; la inscripción solo constata frente a terceros la existencia de tal derecho.

En materia laboral, la función registral se observa en el artículo 219 del Código de Trabajo, así como los artículos 8 letra b) y 22 letra b) de la Ley de

Organización y Funciones del Sector Trabajo y Previsión Social; en los cuales se establece que al Ministerio de Trabajo y Previsión Social le corresponde la inscripción -en el registro respectivo- de los sindicatos y de sus juntas directivas, a efecto de determinar y acreditar su representación.

Ahora bien, esta Sala ya se ha pronunciado jurisprudencialmente respecto la naturaleza de las inscripciones de Juntas Directivas sindicales que realiza la Administración en materia laboral, indicando al respecto que *« La doctrina sostiene que el registro del sindicato es el acto por el cual la autoridad da fe de haber quedado constituido el mismo, y por ello la inscripción se entiende como un acto declarativo y no constitutivo, en vista que, al ser un derecho con categorización de fundamental no puede limitarse su ejercicio a la voluntad discrecional de la Administración, la cual sólo reconoce la existencia del sindicato y comprueba que se cumplan los requisitos que la norma secundaria prevé para su conformación. Siguiendo ese orden de ideas, se sustenta la tesis que el registro e inscripción de las juntas directivas de los sindicatos es un acto declarativo, en atención a que la Administración no puede limitar sin fundamento legal el libre ejercicio de los derechos laborales de los particulares. A partir de lo expuesto, esta Sala debe precisar que el primer acto administrativo impugnado -resolución de las nueve horas con quince minutos del diez de agosto de dos mil doce, mediante la cual se declaró sin lugar la inscripción de la junta directiva general del STISSS-, fue emitido en el marco de una función registral conferida exclusivamente al Ministerio de Trabajo.»* (Sentencia 323-2012, de las quince horas del trece de noviembre de dos mil diecisiete). (subrayado suplido)"

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 421-2011, fecha de la resolución: 20/05/2019

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR IMPIDE QUE SE TRATE COMO CULPABLE A LA PERSONA QUE SE LE ATRIBUYE UN HECHO PUNIBLE O UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

"3. En la sentencia de mayoría se sostiene que la verificación de los hechos la realizó un agente de policía y, en atención a que goza de "presunción de veracidad" *«…solamente puede ser destruida mediante una prueba fehaciente, de parte del administrado, acerca de la ausencia de su responsabilidad.»*

3.1. Ante tal afirmación, es menester destacar, que entre los principios del derecho sancionatorio que son aplicables a todo el *iuspuniendi* estatal -incluyendo a los procedimientos administrativos sancionatorios- mencioné el principio de culpabilidad, uno de cuyos componentes es la garantía de presunción de inocencia, pues está intrínsecamente relacionada con la suficiencia probatoria que se exige para vencerla.

En ese sentido, la *presunción de inocencia*, como garantía constitucional de la cual son titulares los administrados dentro de un procedimiento administrativo

sancionador, impide que se trate como a un culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible o una infracción administrativa, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la incriminación, hasta que el Estado en el ejercicio del *iuspuniendi*, por medio de los órganos establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie mediante decisión que declare su culpabilidad y la someta a una sanción.

La presunción de inocencia o de no culpabilidad posee al menos tres significados según la Sala de lo Constitucional, los cuales son claramente diferenciados: *«… (i) es una garantía básica del proceso penal; (ii) es una regla referida al tratamiento del imputado durante el proceso; y (iii) es una regla relativa a la actividad probatoria…»* (Inc. 54-2005, de las ocho horas y veinte minutos del día cinco de octubre de dos mil once).

3.2. Interesa hacer referencia al último ítem respecto de la actividad probatoria, en tanto que la prueba presentada en un procedimiento administrativo a fin de sostener y comprobar una infracción para lograr un fallo sancionatorio, *debe ser suministrada por la administración*, imponiéndose la absolución ante la carencia de la prueba de cargo *suficiente*; es decir que, en el plano adjetivo se estatuyen diversas cargas que determinan a cada parte su interés en probar un hecho alegado, de cara a obtener éxito en las resultas del proceso, se configura la obligación a la parte procesal que afirma un hecho o circunstancia, el aporte de los *medios necesarios e idóneos para su acreditación*, a esta especial circunstancia se la ha denominado carga de la prueba.

En el caso de los procedimientos administrativos sancionatorios, en virtud de la identidad del *iuspuniendi* del Estado, pese a que se matiza en algunas de sus expresiones, en esencia implica que corresponde a la administración la obligación de probar la imputación que efectúa.

Frente a la presunción de inocencia, que es de carácter constitucional, ceden otras presunciones tradicionales del derecho administrativo que tienen fundamento en leyes secundarias, de ello se sigue que en el procedimiento sancionatorio *no operan* ni *presunciones de responsabilidad* -como las que sí pueden operar en el ámbito civil o en el proceso de cuentas- ni es posible sostener que el solo señalamiento realizado por un ente de la Administración sea suficiente para establecer la infracción, de manera *que no operan tampoco presunciones de veracidad o corrección* de todo aquello que manifieste la Autoridad Administrativa.

La única manera de vencer la presunción de inocencia es mediante el ejercicio de actividad probatoria suficiente para establecer la existencia del hecho, su tipicidad (incluyendo la determinación de los elementos subjetivos del tipo, es decir, que se ha cometido con dolo o con culpa), el nexo causal entre el administrado y la conducta, y la ausencia de factores que impidan al administrado determinarse por la norma y no verse obligado a seguir un comportamiento distinto al ordenamiento.

3.3. Entre las implicaciones de la garantía de presunción de inocencia y su relación con la carga probatoria de la Administración se encuentra la posibilidad de nula actividad probatoria del Administrado, es decir, que no tiene obligación de probar su inocencia y puede, si así quisiere, adoptar una conducta pasiva frente a la imputación administrativa -con matices-, pues la Administración tiene, en muchos casos, la facultad de exigirle que entregue información que puede in-

criminarle, y en esos casos, el administrado no puede negarse a proporcionarla, siempre que lo pedido sean solamente los datos objetivos, pues conserva la posibilidad de negarse a autoincriminarse de manera directa mediante confesiones forzadas por la solicitud de la administración.

Sin embargo, si desea resistir la imputación que se le realiza mediante el establecimiento de una tesis de defensa, operan para el administrado las cargas dinámicas de la prueba, pues recae en él acreditar su oposición y demostrar su veracidad."

LOS ACTOS ADOLECEN DE ILEGALIDAD POR INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

"3.4. En el caso concreto la presunción de inocencia del administrado ha sido considerada como destruida por la Administración, sobre la base de un único documento, mismo que tiene naturaleza de notificación y emplazamiento, elaborado por el agente que imputa una infracción, sin que se adicione a dicho documento algún medio de prueba que permita acreditar dicha imputación.

Bajo el sistema racional de deducciones -que es el determinado por el legislador para la valoración de la prueba en el procedimiento de tránsito- los medios probatorios se someten a varios análisis: el de licitud el primero, tras superarlo, los de pertinencia y utilidad, finalmente, el de *suficiencia* o capacidad de convencer, este último no es una exigencia legal, sino un requisito intrínseco del método de inferencia, la lógica es la que exige el correcto razonamiento humano, especialmente en un proceso o procedimiento con finalidad punitiva, que exige un desarrollo *cognoscitivo* o de descubrimiento de la verdad por lo que, uno de los principios lógicos que prima en el examen de prueba por sana crítica es el *principio de razón suficiente*.

Por este principio, cada inferencia tiene una razón antecedente, que se desglosa a través del método analítico y del estudio de sus relaciones causales. Por este método se requiere que se someta a comprobación toda premisa (la prueba y el elemento inferencial que ella causa en el juzgador o en el funcionario) para corroborar si, en realidad, es capaz por sí misma de sustanciar la conclusión.

Lo antecedente lleva a que se evalúe cada medio de prueba y el juicio de valor que se extrae del dato concreto, mediante el examen de la correcta formulación a nivel abstracto o formal -su validez- como de la veracidad de sus premisas mediante la comprobación empírica.

En el presente caso, la esquela de infracción no pasa el primero de todos los exámenes, por cuanto quiere otorgársele el carácter legal de medio probatorio cuando no lo tiene, sino que es meramente un mecanismo de comunicación. En todo caso, tampoco superaría el examen de suficiencia, por cuanto se trata del vehículo que contiene la imputación y comunica al administrado la existencia de esa incriminación y con ella misma se quiere tener por acreditada la infracción.

Tal univocidad de método para introducir información llevaría a que en el intelecto de la Autoridad se tenga, por una parte, una única premisa que consistiría en el señalamiento o imputación que contiene la esquela de infracción y por la otra, que la conclusión fuese que queda probado que el administrado ha cometido la infracción, porque en la esquela así se afirma.

El anterior es un argumento deficiente por falacia material de petición de principio, aunque se vea aparentemente como un razonamiento formalmente válido, pero su falsedad deriva de su contenido, pues es del orden “A es A” o “A, por tanto A”, en el cual la conclusión está contenida en la premisa.

En este caso se comete porque se está proponiendo que “En la esquela de notificación se acusa al administrado de cometer una infracción, por tanto, está probado que el administrado ha cometido la infracción porque en la esquela de notificación se le acusa de ello.”

La premisa que es la imputación de la infracción en la esquela; se convierte en la conclusión, la infracción está probada porque así se ha imputado en la esquela.

Dicho razonamiento es materialmente falaz porque no es cierto que la infracción esté probada solamente porque así se señale en la esquela. Por principio de razón suficiente, se requiere de alguna forma de comprobación empírica de esa afirmación contenida en la esquela, verbigracia, alguna forma de deposición del agente policial.

Confrontan aquí la presunción constitucional de inocencia con cualquier presunción legal de veracidad, debiendo ceder ante la norma primaria, cualquier otra norma de rango inferior, lo que lleva a que, lo que contiene la esquela, requiere de comprobación por algún medio de prueba, no es creíble solo por su existencia, ni menos basta para superar la presunción de inocencia del Administrado.

De la constatación de la insuficiencia de la esquela para establecer algo más que la mera imputación de la infracción se sigue que no tiene capacidad para sustentar que *efectivamente* haya ocurrido la infracción.

Con esto no se niega que el *dicho* del agente pueda bastar para probar el hecho, pero ello requiere que este dicho se incorpore utilizando un *medio legal de prueba*, y sea susceptible tanto de alguna forma de contradicción, como del análisis de credibilidad -subjetiva y objetiva- que debe ejercer el ente decisor.

VI. En concordancia con los razonamientos precedentes, estimo que los actos administrativos impugnados por los cuales se impusieron las esquelas y aquellos por los cuales se confirmaron, adolecen de ilegalidad por inobservancia al principio de legalidad al equivocar la administración la naturaleza de las esquelas de infracción y por insuficiencia probatoria que fuere capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del administrado.”

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 8-2009, fecha de la resolución: 06/02/2019

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

PRINCIPIO DE LESIVIDAD

LAS SANCIONES BUSCAN LA PROTECCIÓN CONTRA UN DAÑO QUE RECAE EN UN BIEN JURÍDICO QUE ESTÁ DOTADO DE IMPORTANCIA

“2.1. En lo que respecta al **principio de lesividad.**

Ante los argumentos de la autoridad tributaria, conviene tener en conside-

ración lo que la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha reseñado en lo atinente a la autorización de limitación o restricción de derechos para la protección de bienes jurídicos y el papel que juega ahí la proporcionalidad:

«C. Ahora bien, el ámbito dentro del cual el legislador desarrolla su actividad, pasa por tener en cuenta que existen ciertos límites que le permiten afectar al ejercicio de los derechos fundamentales, sin que esto implique en ningún momento anulación del derecho. Los primeros son los límites internos, que sirven para determinar el contenido del derecho, resultando intrínsecos al mismo; un límite interno es una situación de no derecho, es decir, de supresión del ejercicio de un derecho fundamental que va a ser tan solo admisible en la medida en que sea subsumible en algún elemento de la norma que establece el derecho fundamental; v. gr., el art. 7 Cn., establece el derecho de asociación de forma pacífica y sin armas, lo que impide que se pueda ejercer tal derecho de forma violenta o con armas.

[…]Por otro lado, los límites externos -estrechamente relacionados con la figura de la regulación, restricción o intervención de los derechos-, se encuentran en normas de rango infraconstitucional que modifican alguno de los elementos configuradores del derecho fundamental -titular, destinatario y objeto- y que supone la inaplicación a dichas modificaciones del sentido ilimitado de un derecho fundamental como consecuencia de la utilización por parte del legislador de una norma de competencia, siempre que no se entre en contradicción con la Constitución.

***Los límites externos son los que se imponen por el ordenamiento al ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales. Estos límites son justificados por la necesidad de proteger otros derechos fundamentales, otros bienes constitucionales, e incluso para salvaguardar el contenido de ciertos principios** inmersos en normas que son propias de la estructura del Estado. Sin embargo, **no es admisible el que pueda ser cualquier bien jurídico protegible, ya que en caso contrario le resultaría sencillo al ente con potestad normativa vaciar de contenido los derechos fundamentales mediante la invocación de cualquier bien o principio**.»*[Resaltado suplido.] Sentencia de amparo constitucional con referencia 16-99, pronunciada a las once horas del veintiséis de junio de dos mil.

De la anterior jurisprudencia se deriva que los bienes jurídicos determinados por el legislador requieren protección, lo que lleva a que, en ciertos casos, se legislen restricciones - o límites - a derechos fundamentales, mismos que se consideran legítimos en la medida de su proporción, por ende, **no cualquier bien jurídico justifica la incidencia en ellos**, va a ser **a partir de la *importancia* que tenga el bien jurídico** que se podrá determinar cuan intensa será la intervención en otros derechos fundamentales que va a permitir el legislador.

Tal **relación** entre la **importancia del bien** que se quiere resguardar y **la limitación de derechos fundamentales** que resulta aceptable para alcanzar dicha protección **es la que justifica la imposición de sanciones**, de modo que no hay justificación para adjudicar una sanción - que es una intervención en un derecho fundamental - como consecuencia de la infracción de una norma que no resguarde un bien jurídico; por lo que, para determinar si la consecuencia jurídi-

ca es proporcional se ha de hacer una comparación entre la intensidad de la restricción provocada al derecho y la entidad que tenga el pretendido bien jurídico.

Pero no se debe tratar de cualquier tipo de "bien", la jurisprudencia que se acaba de citar contiene desarrolla la exigencia de que el bien jurídico sea *relevante.* Esta reivindicación de la preeminencia del bien jurídico en la elaboración de la norma no es exclusiva del derecho penal, sino que es también exigible a las contravenciones administrativas, así lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional al decir:

«*Por tanto,* ***el concepto de bien jurídico no resulta ser exclusivo del Derecho Penal.*** *Al contrario, puede acontecer que aún en las* ***contravenciones de carácter administrativo tenga relevancia este principio como máxima rectora en la elaboración normativa****.*

Y es que, el legislador ***no establece sus mandatos y prohibiciones para ejercitar obediencia de los ciudadanos, sino para crear un estado o situación valiosos o impedir la producción de un daño****. De ahí que, desde el núcleo central del Derecho Penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas, discurre una línea continua desde un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo. Esto es lo que induce a los juristas a afirmar que lo injusto de una falta determinada es puramente formal.»* [Resaltado suplidos]. Sentencia de inconstitucionalidad con referencia 87-2006, pronunciada a las ocho horas y treinta minutos del veinticuatro de julio de dos mil nueve.

Queda claro entonces que las sanciones buscan la protección contra un daño que recae en un bien jurídico que está *dotado de importancia* y que esta exigencia es igualmente determinante cuando se legislan las infracciones administrativas como al momento del diseño de los ilícitos penales, es decir, el bien jurídico deviene en máxima rectora en ***la elaboración*** normativa de las sanciones administrativas."

EN EL CASO DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS, EL BIEN JURÍDICO QUE EL ESTADO CONSIDERA VALIOSO ES LA RECAUDACIÓN DE LOS TRIBUTOS

"También debe considerarse como máxima rectora de ***la aplicación*** de la norma por los operadores del sistema - las autoridades administrativas y los organismos jurisdiccionales - de manera que se procure que cualquier sanción impuesta sea el resultado de la comprobación de una conducta que infringe o, al menos, pone en riesgo, un bien al cual el legislador le ha otorgado importancia suficiente como para justificar que en aras de su protección sea válido intervenir en derechos fundamentales de los ciudadanos; empero la Sala de lo Constitucional, en la sentencia citada dejó claro que el bien jurídico que sustenta una sanción no puede ser la sola obediencia de los ciudadanos a las normas, sino que se requiere la creación de un estado valioso o la prevención de un daño.

En el caso de las normas tributarias, el bien jurídico que el estado considera valioso es la recaudación de los tributos, para ello impone diversas obligaciones, unas de pago otras de procedimientos o formalidades, que son las que la administración denomina obligaciones sustantivas y obligaciones formales, es

decir, se busca proteger ulteriormente a la hacienda pública contra el daño que le causaría una deficiente o nula recaudación de los impuestos que legalmente deben pagar las personas naturales y jurídicas."

LA SANCIÓN IMPUESTA POR INFRACCIÓN A DISPOSICIONES DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, O DE LEYES DE TRIBUTOS ESPECÍFICOS, NO CASTIGA AL CONTRIBUYENTE POR DESOBEDECER LEYES TRIBUTARIAS, IMPONEN CONSECUENCIAS JURÍDICAS PARA PROTEGER LOS FINES DEL ESTADO

"Esto significa que la sanción que se impone por la infracción a cualquiera de las disposiciones del CT o de las leyes de tributos específicos, no castiga al contribuyente tan solo por *desobedecer las leyes tributarias* como tales, sino que se imponen las consecuencias jurídicas para *proteger los fines del Estado,* en este caso porque el legislador considera la tributación como necesaria para la sanidad de la hacienda pública que es la que permite que el Estado desarrolle sus planes y proyectos, por lo que se estima que, al incumplirse la obligación legal, se incurre en un riesgo o un daño a un bien de importancia, de donde deviene el mérito para reprimir las conductas que lo ponen en peligro, mediante penalizaciones que infringen la esfera de los derechos fundamentales de los administrados.

En ese sentido, la infracción de normas que imponen obligaciones formales se pune porque se cree que ese incumplimiento genera el riesgo de que no se paguen los tributos debidos, en otras palabras, se trata de prohibiciones a conductas que generan riesgo.

La lesividad de las conductas prohibidas en esta materia debe medirse a partir de la intensidad del daño causado; si no causa daño, puede ameritar sanción - aunque no puede justificarse un castigo igual a un riesgo que a un daño - y si no causa daño ni riesgo, se considera intrascendente la infracción porque carece de la capacidad de causar el daño que se quiere prevenir.

2.2. En lo concerniente a los **principios de razonabilidad y proporcionalidad en la creación de la norma.**

La *razonabilidad* propende a la justificación racional de las sanciones y a la adecuación que debe hacerse para que no resulten excesivas a las circunstancias que las originan y a los fines que se quiere alcanzar con ellas; mientras que la *proporcionalidad* atiende a la relación de equivalencia entre el derecho protegido y la intensidad de la intervención que recae sobre derechos fundamentales como resultado de la represión del daño o riesgo a ese bien jurídico defendido."

LAS MULTAS DERIVADAS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 239 LETRA "A" Y, 241 LETRA "E" DEL CÓDIGO TRIBUTARIO RESULTAN INADECUADAS POR CARENCIA DE FLEXIBILIDAD PARA ESTIMAR LA PROPORCIÓN ENTRE EL DAÑO QUE SE CAUSA Y LA ADECUADA REPRESIÓN

"Al respecto de la potestad sancionadora de la administración y su relación con estos dos principios la Sala de lo Constitucional ha postulado lo siguiente:

"[…] el reconocimiento de la potestad sancionadora administrativa conlleva, de forma paralela, ***la necesidad de la proporcionalidad de las sanciones***

***administrativas**, **tanto en el plano de su formulación normativa, como en el de su aplicación** por los entes correspondientes. Así, en el plano normativo se observará la proporcionalidad siempre que las sanciones contempladas en la ley o reglamento sean congruentes con las infracciones respectivas; mientras que en el plano aplicativo, el principio se cumplirá siempre que las sanciones que se impongan sean proporcionales a la gravedad que comporten los hechos según circunstancias objetivas y subjetivas.*

*De esta manera, el principio de proporcionalidad sirve, por un lado, como límite a la discrecionalidad de la actividad administrativa sancionatoria, procurando la correspondencia y vinculación que debe existir entre las infracciones cometidas y la gravedad o severidad de las sanciones impuestas por el ente competente; y, por otro, como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones a derechos y garantías constitucionales siempre que la relación entre el fin o fines perseguidos por el ente legisferante y la sanción tipificada como medio para conseguirlo **implique su sacrificio excesivo o innecesario, carente de razonabilidad.”*** Sentencia de inconstitucionalidad con referencia 175-2013, pronunciada a las once horas con cincuenta y cinco minutos del tres de febrero de dos mil dieciséis.

Partiendo de los criterios extraídos de la jurisprudencia citada, habrá que determinarse si el diseño de una sanción es racional o implica un exceso respecto de la aflicción causada y si es proporcionado al daño o riesgo generado.

En lo que atañe a las infracciones incurridas por el contribuyente, se tiene que la multa que resulta del artículo 239 letra “b” es una **multa única** equivalente al treinta por ciento (30%) del monto de la operación por cada documento emitido sin cumplir con alguno de los requerimientos formales establecidos en el CT, la que no podrá ser inferior a dos salarios mínimos mensuales.

Por otra parte la multa establecida como consecuencia jurídica del incumplimiento al art. 241 letra “e” ya sea por no remitir los informes sobre sujetos a retención, anticipo o percepción del IVA, remitirlos tarde o remitirlos sin algunos de los requisitos formales es **también una multa única del** cero punto uno por ciento (0.1%) sobre el patrimonio o capital contable que figure en el balance general menos el superávit por revalúo de activos no realizado, la que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual

La multa que deriva de cualquiera de las dos sanciones adolece del defecto de constituir una sanción única, es decir, **no permite el uso de algún criterio para establecer una proporción entre daño y sanción**, pues no todas las infracciones a la misma disposición producen idéntico riesgo o daño.

Lo adecuado, a los fines de la proporción, es contar con criterios que permitan graduar las sanciones, lineamientos que diseña el legislador y que luego son interpretados bajo una cierta discrecionalidad por el ente aplicador - en este caso la autoridad administrativa - aprovechando los límites mínimos y máximos que se determinan para cada sanción.

Respecto a la racionalidad manifestada en los baremos que sirven de guía en la dosificación de la pena, a la proporción entre aquellos y el daño, así como **la inconveniencia de las penas únicas**, se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional, en la sentencia que antes se ha citado, en los siguientes términos:

*"Ahora bien, para lograr la proporcionalidad entre la represión de las infracciones administrativas y la naturaleza de los comportamientos ilícitos**, corresponde al legislador en primer lugar el establecimiento de un baremo** de sanciones en atención a su gravedad y de infracciones tipificadas con arreglo a tal clasificación y, **además, la inclusión de criterios de dosimetría punitiva**, es decir criterios dirigidos a los aplicadores de las normas para graduar la sanción que corresponda a cada caso, según la apreciación conjunta de circunstancias objetivas y subjetivas.*

*De acuerdo al derecho comparado -y sin ánimo de exhaustividad-, entre los criterios de dosimetría de sanciones administrativas que pueden considerarse se encuentran: (i) la **intencionalidad** de la conducta constitutiva de infracción; (ii) la **gravedad y cuantía de los perjuicios** causados; (iii) el **beneficio** que, si acaso, obtiene el infractor con el hecho y la posición económica y material del sancionado; y (iv) la **finalidad** inmediata o mediata perseguida con la **imposición** de la sanción.*

*Lo anterior pone de manifiesto la relación necesaria entre la observancia de la proporcionalidad en la labor sancionadora administrativa y la discrecionalidad con que debe contar **tanto el legislador que crea la norma sancionadora como la Administración que impone las sanciones**. En efecto, la exigencia de alcanzar la debida proporción entre infracción cometida y sanción aplicada sólo es posible con el reconocimiento de **un margen de decisión en los ámbitos normativo y aplicativo** de la potestad sancionadora, pues ello permitirá la valoración de las circunstancias que rodean a la contravención respectiva y la razonabilidad en la graduación de las penas a imponer.*

*D. El reconocimiento de tal discrecionalidad trae como consecuencia la aceptación de la práctica legislativa de establecer límites mínimos y máximos en la cuantía de las sanciones -encaso de ser pecuniarias-, esto es, de pisos y techos sancionatorios como parte de la técnica de dosimetría aludida, **lo cual permite flexibilidad en la graduación de las sanciones según la severidad de la infracción cometida y evita la arbitrariedad de la Administración** en el ejercicio de dicha potestad, pues dejar en blanco los límites sancionatorios implicaría una discrecionalidad irrestricta -a manera de facultad omnímoda- que permitiría la imposición de sanciones según criterios de oportunidad, sin sujeción a prescripciones legales.*

*En relación con lo anterior, cabe mencionar que la discrecionalidad señalada conlleva la **inconveniencia de establecer multas fijas para cada contravención administrativa**, en tanto quela inflexibilidad de dicha técnica no permite a las autoridades impositoras graduar las sanciones de acuerdo con las circunstancias de cada caso, lo cual **puede provocar el tratamiento desproporcional de los infractores ante excesos que, de igual forma, se vuelve arbitrario**. En todo caso, si el legislador omitiera en un producto normativo la regulación de pisos o techos sancionatorios, ello no significaría el libre e inimpugnable arbitrio de la autoridad respectiva en su aplicación, sino que **comportaría una remisión tácita al principio de proporcionalidad sobredicha potestad sancionadora**, con el debido deber de motivación."*

En línea de lo antecedente, se vuelve manifiesto que, cualquiera de las multas, ya sea que deriven de la aplicación del artículo 239 letra "a" CT, o del artículo 241 letra "e" del mismo cuerpo legal, resulta inadecuada por carencia de flexibilidad para estimar la proporción entre el daño que se causa y la adecuada represión de dicho comportamiento en la medida de su intensidad.

En ese sentido, se considera que el legislador ha sido defectuoso en el producto legislativo, al establecer varias prohibiciones susceptibles de diversos grados de infracción con mayor o menor gravedad traducida en daño o riesgo, pero establecer una única respuesta punitiva que no permite adecuar la consecuencia al perjuicio causado o riesgo incurrido"

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 01-2012, fecha de la resolución: 25/02/2019

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

EN LA DETERMINACIÓN DE ESTAS SANCIONES NO SE HA TOMADO EN CONSIDERACIÓN NINGÚN CRITERIO DE DOSIMETRÍA PUNITIVA

"2.3. Proporcionalidad en la aplicación de la norma.

La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional a la que me he referido en líneas antecedentes indicaba que la ausencia de un adecuado producto legislativo al contarse con alguna disposición que contemplase penalidades únicas no significaba que la administración irreflexiva y automáticamente impondría la pena, sino que exigía del aplicador un ejercicio de ponderación para estimar la proporcionalidad entre el daño y la sanción.

La administración tributaria ha impuesto al contribuyente varias sanciones por infracciones formales, pese a que reconoce que no hubo perjuicio al bien jurídico recaudación tributaria porque la contribuyente pagó todos los tributos y entregó todas las retenciones que le correspondía y ha señalado que para ella es irrelevante que no se causara ese daño, ha dejado de lado la intención de la contribuyente y ha omitido valorar que la información que dice no proporcionada lo fue después, aunque de manera tardía.

De ello se sigue que en la determinación de estas sanciones no se ha tomado en consideración ningún criterio de dosimetría punitiva, debido a que la administración no se ha preocupado por diferenciar el mayor o menor daño causado con la omisión de presentación de las declaraciones de este contribuyente, tampoco ha dado importancia alguna a su intención, al beneficio que pudiere haber obtenido o, a algún otro criterio más allá de afirmar que castiga la mera infracción legal.

En ese sentido, aunque las conductas constituyen comportamientos subsumibles en el tipo objetivo administrativo que se reconocen como capaces de generar algún riesgo, por lo que en principio pueden ser punibles, en cambio se observa que una ausencia de justificación de la *cuantificación* de estas multas.

Por lo tanto, considero que la imposición de las multas fue legal, pero que es ilegal la cuantía y, para la reparación del daño causado, deberá fundamentarse ésta; lo que implica que la autoridad tributaria, utilizando el principio de proporcionalidad, deberá fijar un límite inferior o piso para que pueda elegirse ***desde*** ese mínimo imponible, mientras que el límite superior de la infracción será de ***hasta*** el 30% del monto de cada operación en el caso de la infracción al artículo 239 letra "a" CT y de ***hasta el 0.1%*** sobre el patrimonio o capital contable que figure en el balance general menos el superávit por revalúo de activos no realizado para la transgresión al artículo 241 letra "e" CT.

Para ello, será necesario que la autoridad administrativa razone con fundamento en criterios definidos de dosificación punitiva para defender la proporcionalidad del porcentaje de la multa con relación a los daños o riesgos presuntamente resultantes de la contravención reprimida con su imposición."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 01-2012, fecha de la resolución: 25/02/2019

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

PRINCIPIO DE LESIVIDAD

SÓLO ES REPRENSIBLE LA CONDUCTA QUE DAÑA O PONE EN PELIGRO UN BIEN JURÍDICO

"3. Principio de lesividad.

De acuerdo a este principio solo es reprensible la conducta que daña o pone en peligro un bien jurídico. El daño o peligro debe recaer en un bien jurídico existente y concreto -*principio de ofensividad*- y debe tener cierta relevancia o intensidad, de lo contrario no es susceptible de sanción -*principio de irrelevancia*-."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 8-2009, fecha de la resolución: 06/02/2019

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

CONSTITUYEN INTERFERENCIAS DEL ESTADO EN LOS DERECHOS DE QUIENES LAS SUFREN, EN TODA LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, DEBE OPERAR UN SISTEMA DE PRINCIPIOS ORIENTADORES Y GARANTÍAS PROTECTORAS

"**II.-**La revisión de la legalidad de un acto de la administración implica el apego de la autoridad a su mandato legal, pero además conlleva la correcta interpretación de la legislación que utiliza a tal efecto, así como el buen uso del entendimiento humano en la valoración de los elementos que la llevaron a adoptar la decisión impugnada, aunado a la concordancia entre la interpretación

del ordenamiento jurídico y la constitución como norma primaria que orienta el sistema.

La primacía de los principios constitucionales es aplicable a todo el derecho sancionatorio - sea éste penal o pertenezca al orden administrativo - en virtud de los arts. 11, 12, 14 y 86 de la Cn.; así, el art. 86 contiene la denominada libertad positiva, que constriñe las potestades de la administración a las que le confiere la misma constitución y la ley, el art. 14 desarrolla la facultad sancionatoria que se otorga a la administración, misma que se ve sujeta a la aplicación del "debido proceso" según el propio texto de la norma constitucional; éste, que ha sido denominado también "proceso constitucionalmente configurado" corresponde a las garantías que se consignan en el art. 11 Cn., que aplican a toda clase de proceso y, en particular, las reguladas en el art. 12 de la Cn., para todas las infracciones e ilícitos a los que corresponde una sanción, sin limitarse al derecho penal.

En consecuencia, en materia administrativa sancionatoria, se aplican principios de trascendencia constitucional, cuyo desarrollo ha sido notable en materia penal, pero que no son exclusivos de esta materia, por el contrario, tienen vigor en todos los ámbitos en que la norma jurídica prohíbe una norma y asigna una sanción ante el incumplimiento de la prohibición, ya sea que dicha sanción la imponga un organismo jurisdiccional o uno administrativo.

Huelga incluir la necesidad de que la autoridad que sanciona respete un conjunto de principios que sirven como límite a sus potestades sancionatorias a fin de evitar la arbitrariedad.

En el caso que nos atañe, es necesario examinar si se han respetado los **Principios de Lesividad y Culpabilidad**, que contienen los parámetros para asignar responsabilidad individual por las infracciones cometidas.

Respecto de la **lesividad**, se debe identificar cuán grave es el daño o el riesgo que la acción u omisión provoca respecto de un bien jurídico reconocido y protegido por disposición del legislador, de manera que el daño se pune con mayor fuerza que el riesgo y cada uno de ellos es graduado según su intensidad, de lo que resulta que no habrá sanción cuando no hay ni daño ni riesgo, al ser **intrascendente** la infracción; mientras que, respecto de la **culpabilidad** se examina el cumplimiento de un conjunto de subprincipios que derivan de él, entre los que destacan: la ***responsabilidad por el hecho propio***, por la cual se asume responsabilidad jurídica derivada solamente de aquellos actos realizados personalmente o en los cuáles se ha participado; esta responsabilidad además debe ser ***subjetiva***es decir, solamente es susceptible de delimitarse si la conducta se comete con dolo o con culpa (las sanciones no pueden imponerse a partir de una responsabilidad objetiva, a diferencia, verbigracia, de la que deriva de los daños y perjuicios, civiles, penales o administrativos), asimismo, ***el principio de razonabilidad***, en atención a que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede ser restringido más allá de lo estrictamente necesario para la tutela de los intereses públicos, las sanciones administrativas deben tener justificación racional y ser proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se quiere alcanzar con ellas ; y el de ***proporcionalidad*** entre la infracción y la sanción, por el cual toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo,

necesaria para la protección de este fin, e interferir en otro derecho solamente en la mínima medida requerida para cumplir esta finalidad, además de la ***garantía de presunción de inocencia*** que constituye un mecanismo de garantía respecto de la atribución de responsabilidad, que exige de la administración la carga de probar o establecer la infracción y la responsabilidad, y libera al administrado de la correspondiente obligación de acreditar que es inocente, interviniendo la posibilidad de presumir la culpabilidad - ***garantía de presunción de inocencia*** -."
Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 01-2012, fecha de la resolución: 25/02/2019

VOTO DISIDENTE DE LOS MAGISTRADOS SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ Y ROBERTO CARLOS CALDERÓN ESCOBAR

PRESCRIPCIÓN

EL TIEMPO DESEMPEÑA UN PAPEL RELEVANTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, ES UNO DE LOS ELEMENTOS DE LOS CUALES DEPENDE LA ADQUISICIÓN O LA PÉRDIDA

"III.- EXAMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA.

1. Respecto de la supuesta prescripción de los hechos que sirven de base a la acción de autorización de despido.

a) El demandante objetó que las conductas que se le atribuyen no podían servir como fundamento de la solicitud de autorización de despido porque ya había finalizado el plazo que la ley habilita para promoverla, de manera que ya estaba prescrita la acción, por lo que las Autoridades demandadas se equivocaron al contabilizar dicho plazo, ya que legalmente comienza a contabilizarse a partir del momento en que se comente el hecho, no desde que la Administración Municipal descubre su existencia.

El fundamento legal de dicha alegación es el artículo 77-A de la LCAM que se lee:

"Todas las acciones que se derivan de la presente ley, prescribirán en seis meses a partir del día siguiente del hecho que las motiva"

Del texto de la disposición se extrae que, en efecto, el legislador ha indicado como momento en el cual inicia el plazo de seis meses que se autoriza para iniciar la acción, o para que ésta prescriba si no se hace uso de ella, es de seis meses ***a partir del día siguiente del hecho que las motiva.***

Se entiende en la disposición que el hecho motivador es la conducta que se pune, de manera que no puede entenderse alternativamente que el plazo inicie a contabilizarse hasta que esa conducta es descubierta, pues si esa hubiese sido la ***ratio legislatore*** se habría redactado la norma en otra forma, verbigracia de la manera que se estableció la figura de la caducidad en el artículo 80 de la Ley de la Carrera Judicial que se lee:

"La acción para iniciar el procedimiento disciplinario caducará transcurridos ciento ochenta días ***contados a partir del conocimiento del hecho que lo motiva****"*

Por ello, tiene razón el demandante en señalar que ha existido un error en la manera en la cual el Juez de Primera Instancia de Jiquilisco y los Magistrados de la Cámara de la Segunda Sección de Oriente determinaron la norma aplicable para establecer la prescripción.

Sin embargo, dicho equívoco no es, por sí mismo, suficiente para estimar como ilegales los actos impugnados, pues lo que determinará la procedencia o improcedencia del punto de agravio es la decisión referida a si el hecho estaba o no prescrito, incluso contando ***desde el hecho motivador.***

b) El tiempo desempeña un papel relevante en el ordenamiento jurídico, es uno de los elementos de los cuales depende la adquisición o la pérdida del ejercicio de un derecho, el cumplimiento de una obligación, o el límite a la facultad de restricción de derechos legítimos por parte del Estado -entre otros-.

Esta última idea tiene su fundamento en el principio de seguridad jurídica, pues sirve como factor limitador de la indolencia, desidia o desinterés en el ejercicio de la acción o abandono de su pretensión durante un período muy extenso; de ahí la importancia y utilidad de reglas fijas y uniformes para la computación de los diversos plazos.

Se entiende el plazo como el tiempo concedido o exigido por la ley, por el juez, o por las partes para la ejecución de un acto cualquiera. Desde esta perspectiva y conforme a la relevancia de los plazos para la atribución o restricción de derechos, surge la importancia de adoptar algunas instituciones jurídicas como la prescripción."

CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA PRETENSIÓN PUNITIVA QUE OPERA POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO TRAS LA INACTIVIDAD ESTATAL, ANTE LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN

"c) La prescripción es una causa de extinción de la pretensión punitiva que opera por el transcurso del tiempo tras la inactividad ante la comisión de una infracción; en este sentido, el supuesto de hecho regulado por las normas relativas a esta figura jurídica, es el mero transcurso de un plazo señalado en la ley sin que se persiga al presunto infractor, o bien, no se ejecute la sanción en un plazo determinado una vez impuesta.

Supone en esencia un límite temporal que el Estado se impone para llevar a cabo la persecución y castigo de los ilícitos, constituyéndose por un lado en un instrumento potenciador del derecho de los administrados a ser perseguidos en un plazo razonable, y por otro, en un estímulo para la actividad estatal oportuna y efectiva de los órganos encargados del ***ius puniendi***, conforme al principio de eficacia administrativa, ante el evento de la imposibilidad de realizar el derecho sustantivo sancionador, más allá de determinado espacio temporal.

Esta limitación al ejercicio tardío del derecho sancionador, parte de la premisa de obligar a la Administración Pública a ser diligente en la tramitación de los procedimientos sancionatorios, ya que de lo contrario, los mismos podrían permanecer abiertos para siempre afectando al administrado, quien estaría en una situación de inseguridad jurídica permanente."

EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA SÓLO PUEDE SER EJERCIDO VÁLIDAMENTE DENTRO UN LÍMITE TEMPORAL FIJADO LEGALMENTE

"d) De ahí que extinguir la posibilidad de los poderes públicos de exigir o corregir la responsabilidad de un presunto infractor, por su propia inactividad en un espacio determinado de tiempo, tiene como justificación última, poner fin a una situación de incertidumbre, que en suma, contraría el principio constitucional de seguridad jurídica previsto en el art. 2 inc. 1° de la Constitución.

De este modo, la potestad sancionadora sólo puede ser ejercida válidamente dentro un límite temporal fijado legalmente, de manera tal, que si la Administración Pública impusiera una sanción excediendo los plazos de la prescripción, ya sea de la acción o de ejecución de la sanción, esta decisión carecería de fundamento normativo que le brinde contenido de legalidad.

En conclusión, surge la imposibilidad de realizar la persecución de un hecho ilícito contrario al ordenamiento jurídico, por el simple transcurso de determinados plazos señalados en la ley, límite temporal que también se traslada a la ejecución de las sanciones ya impuestas, como una restricción al poder sancionatorio de la Administración Pública."

CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES

"e) Como el demandante ha señalado que la conducta está prescrita porque el plazo de seis meses para ejercer la acción se contabiliza desde el día siguiente del hecho que lo motiva, habrá de examinarse ***cuando inició y finalizó la infracción***, para luego establecer el día inicial y el final del cómputo del plazo de la prescripción. Con relación a este tema, es necesario acudir a la clasificación de las infracciones conforme a su duración o permanencia en el tiempo; las cuales conforme a esta categoría se identifican como instantáneas, continuadas y permanentes.

En la **infracción instantánea**, la conducta constitutiva de infracción se desarrolla y luego cesa, produciendo la lesión o peligro de lesión al bien jurídico de forma inmediata, la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento.

Por su parte, **una infracción permanente** es aquella en los que el agente mantiene la conducta infractora en el tiempo, prolongando la ejecución, por lo tanto el actuar típico no se concluye, se mantiene por la voluntad infractora, hay un efecto que se prolonga en el tiempo; es decir, no obstante haberse consumado en un momento determinado, crea un estado delictivo que se dilata y extiende en el tiempo, de tal manera que la infracción sigue cometiéndose en cuanto no se ponga término al estado delictivo así creado, teniendo el actor la posibilidad de hacerlo.

En la continuada, el autor desarrolla dos o más acciones u omisiones reveladoras del mismo propósito infractor y aprovechándose el agente de condiciones semejantes de tiempo, lugar y manera de ejecución, se cometen varias infracciones de la misma disposición legal que protege un mismo bien jurídico, aun cuando no fueren de distinta gravedad.

f) Establecer el tiempo de consumación de la infracción tiene relevancia jurídica en varios aspectos, entre ellos, la contabilización del plazo de prescripción, en vista que comienza a correr ***una vez cesa la conducta ilícita***.

En la infracción instantánea la prescripción inicia al día siguiente del acto que constituye la infracción.

En la permanente el cómputo para la prescripción inicia una vez ***cesa de realizarse la conducta por voluntad del autor*** **y, en caso de omisión, una vez cesa la obligación que tiene legalmente el infractor de cumplir con el acto omitido**.

Finalmente en la infracción de carácter continuada desde la realización del último acto constitutivo de infracción.

g) Es necesario detenerse en las denominadas infracciones permanentes; en éstas el administrado incurre en una situación infractora, cuyo mantenimiento le es imputable. En estos casos, se admite que el plazo de prescripción comienza a correr desde el día siguiente al momento en el cual ***cesa la conducta infractora***, asimilándose a este supuesto ciertas infracciones por omisión, en donde la conducta infractora (independientemente si es de dar o hacer) ***permanece mientras se mantenga el deber de actuar***. Es decir, se comienza a contar la prescripción hasta que cesa la conducta infractora, esto es, hasta que ya no hay deber de realizar la acción omitida.

Esto genera dos posibilidades: (i) que el infractor dé muestras de cumplir con la conducta a la cual está obligado, en cuyo caso cesa la omisión; o (ii) que el infractor persevere en la omisión y nunca cumpla la conducta a la cual está obligado. En el primer supuesto, para establecer el día de inicio de la prescripción de la acción, debe determinarse el día en que ocurrió la finalización definitiva del comportamiento infractor.

Con relación a lo anterior debe señalarse que la infracción a la norma se efectúa cuando la conducta del administrado se ajusta a la descrita o a la determinada en la ley como ilícito, y termina el día en que el sujeto -autor de la infracción -finaliza con su comportamiento infractor, es decir, exterioriza, paraliza o realiza acciones inequívocas que evidencian su voluntad o deseo de dejar de cometer la infracción."

Lo anterior significa que, a la fecha en que fue promovida la acción para solicitar su despido, el señor ZM continuaba teniendo la obligación de instalar el agua potable a los vecinos de la Colonia Quintanilla Número Uno del municipio de Jiquilisco dado que era una orden que se le había dado y nunca le fue rescindida.

En igual sentido, a esa fecha continuaba teniendo prohibido realizar gestiones municipales a título oneroso, por lo que no tenía razón alguna para haber cobrado dinero a esas personas por instalarles el servicio de agua potable (lo que además omitió hacer) y por ende tenía obligación de devolver ese dinero, el cual le fue requerido por los ciudadanos sin éxito.

Se configuran entonces dos omisiones de relevancia en el derecho: (1) al no instalar nunca el agua potable en el lugar que se le ordenó continúo omitiendo cumplir con su obligación de desempeñar con celo, diligencia y probidad las funciones inherentes a su cargo o empleo; y (2) al no devolver el dinero, conti-

nuó incurriendo en la prohibición de realizar gestiones administrativas con fines onerosos.

k) En tanto el señor ZM continúo siendo empleado municipal, seguía sujeto al cumplimiento del régimen de obligaciones y prohibiciones que atañen a todos los servidores municipales, por lo que la omisión de alguna de ellas causaba una ilicitud cuyos efectos no cesaron en el tiempo en virtud de que jamás hubo de parte del referido señor PEZM algún acto que denotase que pretendía cumplir con su obligación al instalar el servicio de agua potable o que pretendía respetar la prohibición devolviendo el dinero que había solicitado, por ende, no inició nunca el período de prescripción ni de la obligación no cumplida ni de la prohibición incurrida, en virtud de jamás cesar el deber de determinarse por ambas, hasta el momento en que fue efectivamente separado del cargo o empleo.

Por lo antecedente, se concluye que, aunque con un fundamento jurídico erróneo, tanto el Juez de Primera Instancia de Jiquilisco, como los Magistrados de la Cámara de la Segunda Sección de Oriente, estaban en lo correcto al estimar que la acción no había prescrito, por lo que no procede declarar ilegal el acto por esta razón.

2. Respecto de los otros puntos de agravio manifestados en la demanda.

Habiéndose descartado la prescripción de la acción para sancionar las infracciones atribuidas al señor ZM, subsisten como motivos de impugnación una supuesta insuficiencia probatoria y una supuesta ausencia de motivación en las decisiones que autorizaron y confirmaron su despido, por lo que, estimamos, era procedente estudiar y resolver estos otros motivos en lugar de declarar la ilegalidad del acto por las razones que señaló la mayoría.

Así nuestro voto.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 387-2011, fecha de la resolución: 22/07/2019

VOTO DISIDENTE MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

DESTITUCIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS

LOS SERVIDORES PÚBLICOS ADSCRITOS AL SERVICIO EXTERIOR ESTÁN EXCLUIDOS DEL SERVICIO CIVIL

"1) Los empleados del Ministerio de relaciones exteriores, en general, están sujetos a un reglamento interno de trabajo y a las leyes respectivas según el caso, empero, debe distinguirse entre los funcionarios y empleados que laboran en el Ministerio y prestan su servicio en El Salvador, de aquellos que prestan servicio diplomático y consular en el exterior.

Los funcionarios y los empleados del servicio exterior están excluidos del régimen de dicho reglamento, según se determina en los artículos 3 y 4 del mismo pues están sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Consular (LOSC) - que aplica tanto a los funcionarios que integran la carrera consular como a los empleados

de las delegaciones externas del país, según puede advertirse en numerosos artículos de esa ley, verbigracia 32, 34, 42, 50, 56, 74, 93, y otras más; también se ven sujetos a la Ley Orgánica del Cuerpo Diplomático (LOCD), según los arts. 22 letra "p", 33 inciso final, 40, 44, 49, 64 - que determina una infracción que pueden cometer tanto empleados como funcionarios -, 71, 72, 73, entre otros de esa ley.

Todos los servidores públicos adscritos al servicio exterior están excluidos del servicio civil como tal, como se colige del artículo 2 de la Ley del Servicio Civil (LSC): *[...]*

En esta salvedad que la ley hace no se está excluyendo únicamente a los *funcionarios* del servicio exterior o a los miembros de la *carrera consular*, sino a todos los *miembros del servicio exterior."*

A TODOS LOS MIEMBROS DEL SERVICIO EXTERIOR APLICA LA LEGISLACIÓN ESPECIAL, EN PARTICULAR LA LOSC Y LA LOCD

"2) La Sala de lo Constitucional de esta Corte, en la sentencia de amparo con referencia 101-2009 - pronunciada a las diez horas con cuarenta y siete minutos del dieciséis de marzo de dos mil once - resolvió un caso similar, relacionado con la remoción del señor ********** del cargo de asistente administrativo en el Consulado General de El Salvador, Tapachula, Estado de Chiapas, México.

La principal diferencia entre el caso resuelto en dicho amparo y el que ahora se dirime es que al señor ***, promotor del amparo, no se le siguió ningún tipo de procedimiento sancionatorio previo a su destitución, mientras que al ahora actor en el proceso contencioso administrativo - señor JCAV se le siguió uno que el administrado considera no es el aplicable.

3) En el amparo antes relacionado, la Sala de lo Constitucional se remitió a la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares, del veinticuatro de abril de mil novecientos sesenta y tres, ratificada por El Salvador mediante Decreto Legislativo No 172 del treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y dos, publicado en el Diario Oficial Número 214 Tomo 237 del diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y dos, a efecto de evidenciar la diferencia entre un "funcionario consular" y un "empleado consular" tal cual se definen en el artículo 1, letras "d" y "e" de la convención.

Tal distinción se plasmó como preámbulo al indicar que el artículo 311 de la LOSC es aplicable solamente a los funcionarios consulares y en cambio no aplicaba para los empleados consulares.

La Sala de lo Constitucional indicó que *"[…] en caso de ausencia de procedimiento, la autoridad competente debe hacer aplicación directa de la Constitución, con base en el artículo II de la Constitución, y conceder al menos, una oportunidad para oír la posición del sujeto pasivo, para que éste pueda conocer y contradecir los motivos que fundamentan la decisión privativa de derechos."* [Considerando V.3. parte final, resaltado suplido.]

Además sostuvo que *"Sin embargo, en el caso concreto, se comprobó por medio de la certificación del expediente laboral del peticionario, que éste, como asistente administrativo, estaba vinculado con el referido Ministerio por medio de una relación laboral bajo el Régimen de Ley de Salarios, siendo aplicable el*

procedimiento de destitución establecido en la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa, la cual regula el procedimiento que habrá de seguirse en caso de destitución." [Considerando V.4. Resaltado suplido.]

Pese a que la Sala precisa el procedimiento que estima aplicable y postula que no resulta aplicable el artículo 311 de la LOSC, en realidad emite el reproche por un motivo específico:

"En consecuencia se concluye que la autoridad demandada al destituir al señor JARL de su cargo como asistente administrativo en el Consulado General de El Salvador en Tapachula, Chiapas, México, ***no llevó a cabo un procedimiento de destitución previo, en el cual hubiese tenido la oportunidad mínima de defenderse, por lo que lesionó sus derechos de estabilidad laboral, audiencia y defensa****.*

Lo anterior significa ***que aun cuando existan motivos o causas que se aleguen COMO [Sic] justificativos de la destitución o separación del cargo****, siempre ha de cumplirse con el proceso o procedimiento previo y con la oportunidad de defensa que ordena el artículo 11 de la Constitución, por lo que habrá de declararse ha lugar el amparo."* [Considerando V.5, resaltado suplido.]

Es decir, el reproche - más allá de elegir una norma aplicable al régimen de los empleados consulares - se manifiesta por la ausencia de procedimiento alguno.

4) En el presente caso, del examen del artículo 2 LSC se deriva que hay un conjunto de servidores públicos que no se someten a esa ley sino a leyes especiales, en particular los "… ***miembros del magisterio y servicio exterior***…"

Esta salvedad no significa, automáticamente, que estos servidores estén excluidos de la Carrera Administrativa, pues esas exclusiones se encuentran normadas en el artículo 4 LSC, tal cual ha respondido la autoridad demandada.

La excepción de aplicación es muy concreta, está delimitada a servidores que pertenecen a dos sectores con características únicas y sujetos "…***a leyes especiales***…"

Esta remisión a leyes especiales no es casual, responde al desarrollo administrativo y jurídico-histórico de estos sectores en el país y su especificidad y límite permite advertir cómo, la no aplicación de la LSC no implica, en lo absoluto, que siempre, y en todos los casos, para estos regímenes deba aplicarse en su literalidad la LGAEPNCCA y llevarse a conocimiento de los tribunales con competencia civil.

Sirva el otro caso para clarificar esta situación, pues los miembros del magisterio se rigen por la **Ley de la Carrera Docente** (LCD), no por la LGAEPNCCA.

En igual sentido, a todos los miembros del servicio exterior aplica la legislación especial, en particular **la LOSC** y la **LOCD**, que definen sus obligaciones y en las cuales puede hacerse integración normativa para cubrir situaciones sustantivas no determinadas (verbigracia las infracciones que cometen los funcionarios consulares también pueden ser cometidas por los empleados, y no porque no se mencione en el art. 311 LOSC, automáticamente deberá entenderse que si las cometen los empleados se transforman en conductas impunes).

La exclusión de los miembros del servicio consular de las leyes antes dichas tiene sentido, pues, si bien en el presente caso el servidor es un connacional, el

servicio puede contratar personal local en los países en los cuales El Salvador tiene representación, con lo que la idea de sujeción a los tribunales que conocen de la LGAEPNCCA o, en su caso, a las comisiones del servicio civil y al tribunal del servicio civil, resulta impráctica en su aplicación concreta.

5) Por otro lado, no podemos perder de vista el efecto negativo que la interpretación efectuada generará en los derechos del personal del servicio exterior que se vea sometido a un proceso jurisdiccional de destitución ante el juez nacional, el cual -también- afectará la eficacia de la actividad sancionadora, dado que dicho proceso -en principio- constituirá una mera formalidad, carente de contenido, en el que principalmente el personal del servicio exterior, difícilmente podrá ejercer su derecho de defensa.

Dicha situación se deriva de la misma particularidad del servicio exterior, pues este -como la misma expresión lo denota- es una función pública que se desarrolla fuera del país, razón por la que, por regla general, los hechos controvertidos han sucedido fuera del territorio nacional y, por tanto, los distintos medios de prueba no se encuentran dentro del mismo.

Adviértase que en estos procedimientos la autoridad administrativa requiere la comparecencia del administrado, de potenciales afectados, así como testigos de cargo y descargo, que difícilmente podrán desplazarse hasta El Salvador, para establecer los hechos acaecidos en el país extranjero en el cual se desempeña el miembro del servicio exterior.

6) En ese sentido, se presenta de cara al proceso mismo y, particularmente, en ejercicio de los derechos que este comporta, un valladar que difícilmente puede ser superado por la parte vulnerable dentro de proceso -el personal que presta sus servicios en el exterior-, a quien, sin justificación alguna, se le seguirá un proceso ante un juez en el que no concurre ninguno de los criterios utilizados en el CPCM para conferir competencia.

En concreto, la norma derivada de la interpretación contenida en la sentencia que con mi voto no concurro, deja de lado todos los criterios de competencia establecidos en el derecho procesal común, entre otros: (i) El del domicilio del demandado, que tiene como cimiento el derecho de defensa del demandado, en la medida que la demanda se está incoando ante un juez ante el qué personarse y ejercer su derecho de defensa se le vuelve, prácticamente, difícil; (ii) El del lugar donde acaecieron los hechos, puesto que -básicamente- el fundamento fáctico de la pretensión se encuentra fuera del territorio nacional, de forma tal que carece -en ese momento inicial- de justificación que el supuesto se plantee ante el juez nacional.

7) Cabe plantearse, de esta forma algunas interrogantes que permitan reflexionar respecto de la incidencia que pueda tener el lugar en que se someta a un procedimiento o proceso sancionatorio el miembro del servicio, así es menester preguntarse si será viable para el personal del servicio exterior aportar testigos -por ejemplo personal de la oficina o usuarios- en el proceso ante una denuncia por parte de los usuarios o por malos tratos o cobros indebidos; también si será viable al personal del servicio exterior ofrecer una declaración de propia parte; y si podrán desplazarse los ofendidos al territorio nacional para prestar declaraciones.

A la vista de estas evidentes dificultades que se aprecian en el ejercicio de la defensa del administrado, la interpretación literal de la norma, nos lleva a resultados ajenos a la teleología de la misma y al entramado normativo que rige al servicio exterior, el cual se configura mediante la concurrencia de normas de derecho interno y de normas de derechos internacional, incorporadas al ordenamiento jurídico.

Y es que, la interpretación literal del mencionado *art. 311*, en cuya virtud somete únicamente a los *funcionarios* a la potestad sancionadora del Ministerio de Relaciones Exteriores, no hace alusión o no toma en consideración, la razón de ser del otorgamiento de la competencia al Ministerio de Relaciones Exteriores, como lo es que se trata de un servicio prestado fuera del país, donde el sustrato fáctico o la causa que motiva la imposición de una eventual sanción administrativa, sucede fuera del país.

Dicha situación singular, también, vuelve *ineficaz* no solo la potestad sancionadora (como se aprecia en el presente caso, que los testigos están en el extranjero) sino también -y principalmente- el ejercicio de los derechos por parte del personal mismo del servicio exterior.

Por otro lado, el otorgamiento de dicha competencia no conlleva una negación de la tutela jurisdiccional, sino que, por el contrario, la deja intacta, la cual -actualmente- es dispensada por tribunales especializados en materia administrativa, coherentes con la naturaleza del acto mismo sancionador.

En ese sentido, la interpretación efectuada del *art. 311* tantas veces citado, también nos lleva a una desnaturalización del control jurisdiccional, que a este momento carece de sentido con la creación de los tribunales contenciosos administrativos, en la medida que obliga a la administración someter el conocimiento de los procesos de destitución a tribunales especializados en materia civil y mercantil.

8) Finalmente, si se entiende que debe acudirse indefectiblemente a los tribunales civiles, en aplicación de la LDGEPNCCA, se genera un vacío relacionado con la potestad de imponer otras sanciones de naturaleza diferente, como, por ejemplo, *amonestar o suspender*, cuya redacción -en su literalidad- se encuentra referida solamente a los funcionarios.

Para evitar dicha laguna legal es menester entender que las sanciones que cometen los funcionarios, pueden ser cometidas por los empleados del servicio consular, máxime que por sus propias disposiciones especiales dichos empleados frecuentemente desempeñan interinamente las funciones de aquellos.

9) En consecuencia, la norma que emana de la interpretación efectuada del *art. 311* produce efectos negativos en:

9.1) En materia procesal, puesto que conlleva al *"desvaciamiento"* de las garantías procesales, particularmente, del derecho de defensa, el cual difícilmente puede ser ejercido, dado que los diferentes medios de prueba se encuentran en el exterior, como lo es, demandado, ofendidos, testigos, documentos.

9.2) No hace alusión al criterio diferenciador contenido en el artículo interpretado, prácticamente, es desconocido, en la medida que pretende aplicar el criterio competencial que es predicable respecto al personal, por ejemplo, que se encuentra en la sede.

9.3) Confiere la competencia a tribunales no especializados en materia administrativa, otorgamiento que carece de justificación con la creación de la instauración de los *tribunales de lo contencioso administrativo.*

9.4) Despoja, de hecho, a la administración de la potestad de imponer sanciones diferentes a la destitución al personal que no es funcionario, las cuales -su único respaldo normativo- se encuentra en el precitado art. 311 LOSC.

En consecuencia, se vuelve imprescindible, con el objeto de no afectar el ejercicio de los derechos de los servidores públicos en el exterior y la potestad sancionadora, interpretar el *art. 311 LOSC* de una manera *sistemática,* congruente con la normativa sectorial, específicamente: *la Constitución, Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomática y Consulares, Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo y Reglamento Interno del Ministerio de Relaciones Exteriores.*

10) Particularmente, en relación con esta materia, le compete al Presidente de la República dirigir las relaciones exteriores (artículo 168, ordinal 5 de la Constitución de la República). Esta atribución se encuentra regulada de forma complementaria en el artículo 32 del Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, número tres, en el cual se delega al Ministerio de Relaciones Exteriores las competencias en relación con la dirección de tales relaciones exteriores, y entre las cuales se encuentran: *Organizar y dirigir el servicio exterior salvadoreño*, compuesto por sus embajadas, consulados y representaciones permanentes. Todo de conformidad a lo establecido en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Consulares y Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Tal como se expuso en líneas precedentes, esta competencia de organizar y dirigir el servicio exterior salvadoreño está desarrollada tanto en la Ley Orgánica del Cuerpo Diplomático como en la Ley Orgánica del Servicio Consular, las cuales, son el desarrollo a nivel de normativa interna del contenido establecido en las referidas convenciones.

La **Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC)** constituye el régimen jurídico aplicable a los miembros de la oficina consular (jefe de oficina consular, funcionarios consulares, empleados consulares, y miembros del personal de servicio), y a las oficinas consulares, incluyendo sus funciones, deberes y obligaciones. En tanto Ley de la República, la citada Convención se complementa con la Ley Orgánica del Servicio Consular, la cual, desarrolla también, entre otros, los deberes, derechos y obligaciones de los miembros de las oficinas consulares, siendo que muchas de las competencias de las oficinas consulares están dedicadas a la protección de las personas e intereses de los salvadoreños en el exterior.

Dicho lo cual, **es imperativo dar una lectura conjunta y sistemática**, a los tres instrumentos jurídicos que regulan la materia consular.

Congruente con lo antecedente, el quehacer consular que comprende derechos, obligaciones y prohibiciones, **involucra a todo el personal** que compone la oficina consular, tanto es así que el artículo 31 de la citada LOSC prevé que: "*El Jefe de una oficina consular será subrogado por el funcionario de la categoría inmediata inferior de la misma. Si no hubiere ningún otro funcionario, **será subrogado por el empleado más antiguo**; y caso de no haber empleados,*

el Cónsul podrá encargar la oficina a un Cónsul de una nación amiga o a una persona de su confianza, dando la preferencia a un salvadoreño, si lo creyere conveniente."

11) En virtud de lo precedente, dado el alcance amplio de las funciones que se ejercen en el servicio consular y su vinculación a todo el personal que conforma la oficina consular, es posible advertir que respecto del artículo 311 de la LOSC, relativo a la amonestación, suspensión o remoción, su **regulación aplica para todos los miembros de la oficina consular**, disposición que se complementa incluso con el Reglamento Interno de Trabajo del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual, según su artículo 2 establece que: *El personal destacado en el servicio exterior estará regido por una normativa especial; sin embargo, dichos servidores públicos,* ***estarán sujetos a lo regulado en el presente Reglamento en cuanto a sus derechos, obligaciones, prohibiciones y régimen disciplinario, en lo que no se opusiere a la normativa que los rige****.*

Este contenido de la norma reglamentaria remite sus efectos hacia las acciones en materia disciplinaria, respecto de las cuales, el artículo 76 del mismo cuerpo normativo establece el deber de acatar el debido proceso: "***La titularidad deberá garantizar el respeto y cumplimiento de las disposiciones legales aplicables a la administración de personal, las cuales, deben estar basadas en el presente Reglamento, y demás leyes especiales que rijan la materia****.*

Se garantiza el respeto ***al principio del debido proceso*** *en la imposición de cualquier sanción disciplinaria".*

Así, es posible observar que, en su conjunto, tanto el artículo 311 de la Ley Orgánica del Servicio Consular como el artículo 2 y 76 del Reglamento Interno de Trabajo del Ministerio de Relaciones Exteriores **conforman preceptos jurídicos que predeterminan una competencia específica** a **la titularidad del Ministerio de Relaciones Exteriores** de desarrollar las acciones aplicables en relación con los casos de faltas o excesos que los miembros de la oficina consular - funcionarios y empleados - pudieren comprender en cuanto al ejercicio de las funciones consulares.

12) Lo precedente implica que los miembros del servicio exterior están, en efecto, regidos por las ya citadas leyes especiales y convenciones relacionadas, las cuales contienen un régimen disciplinario en el cual se definen infracciones y sanciones, pero que ninguna de ellas reguló un procedimiento sancionatorio específico para los empleados del servicio consular, que permitiese establecer responsabilidad en las infracciones y garantizara el derecho de defensa y que, tampoco le es aplicable, en su literalidad, la LRGAEPNCCA, puesto que si los tribunales con competencia civil situados en El Salvador fuesen los encargados de determinar si procede cualquier sanción o la destitución, por una parte la administración tendría dificultades para establecer lo sucedido, salvo en casos limitados, y por el otro, el administrado no tendría una oportunidad real de ejercer la defensa, habida cuenta que los sucesos originarios ocurren fuera del país, con lo que las posibilidades reales de traer a los testigos, ofendidos, etc. son mínimas y de gran costo monetario."

CUANDO NO EXISTE PROCEDIMIENTO, LA AUTORIDAD COMPETENTE DEBERÁ SUPLIR EL VACÍO EN APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, APLICANDO ALGÚN PROCEDIMIENTO QUE PERMITA EL DERECHO DE AUDIENCIA Y EL DE DEFENSA

"13) Por otra parte, la Sala de lo Constitucional en la sentencia de las diez horas con cuarenta y siete minutos del dieciséis de marzo de dos mil once, que resuelve el amparo con referencia 101-2009, que tuvo su origen en un caso referido a la destitución sin procedimiento de un empleado miembro del servicio exterior, es decir, similar al presente: [...]

Al abordar el caso, la Sala de lo Constitucional señala que la infracción se cometió por la ausencia total de procedimiento, luego indica que, en los casos en que no exista en la normativa algún procedimiento, la autoridad competente deberá suplir el vacío en aplicación directa de la Constitución, aplicando algún procedimiento que permita el derecho de audiencia y el de defensa.

Asimismo, señala que en el caso concreto, por estar el administrado bajo ley de salarios, se le podía aplicar *el procedimiento* contenido en la LRGAEPNCCA, nótese que, en estricto sentido, la Sala de lo Constitucional no designa una autoridad competente para desarrollar ante ella el procedimiento de destitución, ni indica que le sea aplicable *todo lo dispuesto en esa ley* como podría entenderse si se hubiese redactado en términos distintos el párrafo citado, sino solamente se refiere a la secuencia de actos necesarios para desarrollar el procedimiento.

De ello debe entenderse que la Sala de lo Constitucional simplemente reconoce como aplicable *por la autoridad administrativa* el procedimiento antes indicado, pero también señala que no habría vulneración siempre y cuando se aplique *algún procedimiento* que otorgue al administrado el derecho de ser escuchado y de controvertir los hechos que se le atribuyen.

En consecuencia, colijo que *preferentemente* las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores, deberá utilizar el mismo procedimiento que se desarrolla en la LGAEPNCCA, pero que, si no se decanta por dicho procedimiento, de todos modos no habrá vulneración si sigue *algún procedimiento* aunque sea distinto al de la Ley de Garantía de Audiencia, siempre y cuando garantice la oportunidad de ser oído y el derecho de defensa.

14) Como corolario, en el presente caso, se advierte que previo a la remoción del cargo del señor JCAV, efectivamente hubo un procedimiento y, en el mismo, se le notificó de las infracciones que se le atribuyeron, se le aplicó una medida cautelar, se le concedió plazo para contestar las infracciones que le fueron atribuidas y se le otorgó oportunidad procesal para proponer y producir prueba, todo previo a la emisión de la resolución de destitución.

Por ende (i) el actor se encontraba sometido a un régimen legal especial, compuesto por la LOSC, la LOCD, el reglamento interno de trabajo del Ministerio de Relaciones Exteriores, y las convenciones relacionadas de las cuales El Salvador es parte; (ii) las leyes especiales aplicables al caso contenían las infracciones que se atribuyen y la sanción que puede imponerse por ellas, determinaban la autoridad competente para sancionar, pero carecían de procedimiento aplicable; (iii) aunque no desarrolló específicamente el procedimiento contenido

en la LGAEPNCCA, la administración hizo el esfuerzo de aplicación directa de la constitución al diseñar un procedimiento sencillo pero que cubre los lineamientos señalados por la Sala de lo Constitucional para garantizar los derechos de audiencia y defensa."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 72-2013, fecha de la resolución: 14/01/2019

LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 2019

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aplicada:
D. L. N° 760 del 09 de Noviembre de 2017 - VIGENTE

ACTOS ADMINISTRATIVOS

VICIOS QUE AFECTAN SU VALIDEZ

"Esta Sala, después de deliberar y considerar que los argumentos tanto de la parte demandada como de la actora se identifican con el fondo de la pretensión, decidió efectuar el examen y valoración de los mismos hasta el momento de pronunciar la sentencia.

En virtud de lo anterior, se procede a realizar el siguiente análisis:

Los vicios que afectan la validez de un acto administrativo tienden a ubicarse en dos categorías: la mera anulabilidad -implica que el acto nulo de manera relativa- y la nulidad de pleno derecho. En cuanto a esta última, la doctrina coincide en reconocerle un alto rango y una naturaleza especial que la distingue de cualquier otro vicio. Así, se señala que la nulidad de pleno derecho constituye el grado máximo de invalidez de un acto administrativo que acarrea, por consecuencia, su ineficacia *ab initio*. Resulta importante señalar que una pretensión contencioso administrativa, deducida bajo la forma de una nulidad de pleno derecho, tiene a su base la alegación de vicios con características exclusivas que los diferencian de aquellos vicios de mera anulabilidad o simple ilegalidad. Tales vicios deben ser causas tasadas y, en razón que su ineficiencia debe considerarse *ab initio*, la alegación de éstos es imprescriptible, pues concretan afectaciones insubsanables del ordenamiento jurídico.

Es así que las Disposiciones Transitorias del Procedimiento Administrativo y del Régimen de la Administración Pública regulan en el artículo 3: *«Los actos desfavorables podrán ser revocados por la Administración, de oficio o a instancia del interesado. Solo a instancia del interesado puede la Administración Pública revocar por razones de legitimidad sus actos que produzcan efectos favorables. El interesado podrá solicitar la revocatoria de los actos administrativos en cualquier tiempo en los supuestos de nulidad absoluta, pero en los casos de nulidad relativa solo podrá hacerlo mediante la interposición de los recursos a los que se refiere el artículo 2 de este Decreto»*."

EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA SERÁ ÚNICAMENTE EXIGIBLE CUANDO EL VICIO ALEGADO SE ENMARQUE EN UNA NULIDAD RELATIVA

"En el artículo 2 de tal norma se regula el agotamiento de la vía administrativa. Pero el artículo 3 citado determina que éste será únicamente exigible cuando el vicio alegado se enmarque en una nulidad relativa. De forma expresa se se-

ñala la obligatoriedad de hacer uso de los medios de impugnación regulados en la ley, a efecto de verificar su revocación, y, de manera residual, excluye dicho requisito para las nulidades absolutas o de pleno derecho. Siendo indudable que la norma en comento regula en sí el carácter de la imprescriptibilidad de la nulidad absoluta y, por ende, no exige el agotamiento de la vía administrativa frente a dichos vicios."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 18-19-PC-SCA, fecha de la resolución: 15/11/2019

ACUERDOS CONCILIATORIOS

FACTORES FUNDAMENTALES QUE CONDICIONAN LA VALIDEZ, PREVIO A SU HOMOLOGACIÓN

"III. Analizados que han sido los extremos del incidente planteado, corresponde a esta Sala, en atención a su competencia material, pronunciarse sobre la procedencia del acuerdo conciliatorio intentado por las partes.

En este punto es necesario señalar que la homologación o no del referido acuerdo conciliatorio incumbe el análisis de los factores fundamentales que condicionan su validez, esto es, el análisis, en primer lugar, de los presupuestos procesales que determinan la válida participación de las partes en el proceso y, por ende, su capacidad para generar un acto procesal legítimo conforme con el ordenamiento jurídico, y, en segundo lugar, el análisis del fondo del acuerdo conciliatorio, en el sentido de determinar si el mismo es o no contrario al ordenamiento jurídico o lesivo al interés público.

En este orden de ideas, la decisión que ha de plasmarse en la presente resolución implicará, en primer lugar, el análisis del aspecto procesal señalado en el párrafo anterior. Así, sólo superándose tal análisis (en el sentido de tener configurados los presupuestos procesales para la válida participación de las partes), esta Sala pasará a analizar el aspecto de fondo del acuerdo conciliatorio."

LA CAPACIDAD PROCESAL ES LA CATEGORÍA QUE ALUDE A LA APTITUD DE UNA PERSONA NATURAL O JURÍDICA PARA REALIZAR ACTOS VÁLIDOS EN UN PROCESO

"A. *Análisis de los presupuestos procesales que condicionan la válida participación de las partes intervinientes y la adopción del acuerdo conciliatorio*.

1. Este Tribunal considera necesario analizar, en primer lugar, la denominada *capacidad procesal*, categoría que alude a la aptitud de una persona -natural o jurídica- para realizar actos válidos en un proceso.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional de esta Corte ha manifestado que «*(…) En principio toda persona es capaz de ser parte; sin embargo, para poder figurar y actuar como tal en un proceso, no basta con disponer de esta aptitud general, sino que es necesaria una condición más precisa, que es tener la capacidad procesal para realizar actos jurídico procesales válidos, ya sea a nombre*

propio o a cuenta de otra persona(…)» (Resolución de las once horas del día veinte de enero de dos mil seis. Proceso de amparo referencia 686-2005).

Esta capacidad procesal se concreta, en el caso de las personas jurídicas y, por ende, *en el caso de los entes administrativos, verbigracia el TSC*, en el postulado del artículo 61 inciso 2° del Código Procesal Civil y Mercantil, en adelante CPCM -ordenamiento de aplicación supletoria el presente proceso en virtud del artículo 123 de la LJCA-, que establece lo siguiente:

"*(…) Las personas jurídicas comparecerán y actuarán en el proceso por medio de quien ostente su representación conforme a la ley*".

A partir de lo expuesto es concluyente que la válida participación de determinado ente administrativo en un proceso y, por consecuencia, la legítima adopción de ciertos actos procesales de composición, por ejemplo, la conciliación, debe tener como presupuesto la existencia de capacidad procesal para actuar, conforme con el ordenamiento jurídico."

ESTE TRIBUNAL SE ENCUENTRA PLENAMENTE HABILITADO PARA OBJETAR CUALQUIER ACTO PROCESAL GENERADO POR UN SUJETO CUYA CAPACIDAD PROCESAL NO ESTÁ LEGÍTIMAMENTE CONFORMADA

"2. Establecido lo anterior, el análisis del incidente sometido a conocimiento y decisión de esta Sala exige determinar si los sujetos que intervinieron ante la Cámara de lo Contencioso Administrativo y produjeron el acuerdo conciliatorio que se pretende homologar, *efectivamente gozaban de capacidad procesal, como requisito indispensable, para que ese acto de composición pueda considerarse válido*.

No debe perderse de vista que los Tribunales, en virtud del artículo 2 inciso 1° del CPCM, están vinculados por la normativa constitucional, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico *sin que puedan ser desconocidas ni desobedecidas*. Es por ello que el artículo 3 inciso 1° del mismo cuerpo normativo, al referirse al *principio de legalidad que rige todo proceso*, señala que las disposiciones procesales aplicables a cada caso "*no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal*",

Adicionalmente, esta Sala es enfática en señalar que en virtud del principio de dirección y ordenación material del proceso -artículo 14 del CPCM-, se encuentra obligada a examinar todos aquellos presupuestos necesarios para la validez de los actos procesales adoptados en el presente caso.

Ahora bien, más allá de los principios generales que rigen el proceso, el CPCM establece un mandato categórico para las partes, en relación con su capacidad procesal. Así, el artículo 65 inciso 1° de tal cuerpo normativo establece que "*Las partes tienen la carga de acreditar e integrar su capacidad procesal*".

En este orden de ideas, siendo tal categoría un presupuesto procesal relativo a las partes, *cuya ausencia supone un obstáculo a la válida configuración del proceso*, este Tribunal se encuentra plenamente habilitado para objetar cualquier acto procesal generado por un sujeto cuya capacidad procesal no está legítimamente conformada."

UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO PUEDE ACTUAR VÁLIDAMENTE EN UN PROCESO Y GENERAR ACTOS PROCESALES LEGÍTIMOS, SI TAL AUTORIDAD ESTÁ CONFORMADA SEGÚN COMO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ORDENA

"3. Sentadas las anteriores premisas procesales, este Tribunal pasará a analizar la capacidad procesal del TSC, ente administrativo que figura como una de las partes que ha conformado, con su voluntad, el acuerdo conciliatorio sometido a homologación.

i. Con relación a la organización del sistema administrativo salvadoreño, la Sala de Constitucional de esta Corte, en la sentencia de las doce horas con quince minutos del día dieciséis de diciembre de dos mil tres (Habeas Corpus 236-2002), estableció: «*(…) que nuestro sistema de organización administrativa se encuentra imbuida por la teoría del órgano, de manera que la fragmentación del Estado, las condiciones de funcionamiento de esas unidades, sus relaciones recíprocas y externas y la acción del hombre por el Estado, se explica a través de la misma, por ser la única que puede regular eficientemente los aspectos jurídicos y técnicos de la organización del Estado (…) el órgano ha sido considerado en dos diferentes sentidos: (i) órgano institución, compuesto por las instituciones públicas estatales, de existencia ideal y que no pueden actuar y desenvolverse por sí mismas sino que requieren de las personas físicas para que actúen en nombre de la institución y expresen su voluntad. Dicha "institución", que es permanente y estable, no se identifica con las personas físicas que la integran razón por la que no cambia la identidad de la institución pese al cambio de los individuos que la integran. (ii) órgano persona, representado por la persona física que realiza la función o cumple la actividad administrativa; siendo su voluntad la que adopta las decisiones y resoluciones que sean necesarias, emitiendo los actos que se deben dictar, con la singularidad que la voluntad expresada por tales personas físicas es imputable a la persona jurídica que integran, como si fuera la voluntad verdadera del órgano en cuestión; en ese sentido, las personas investidas de la función del órgano no recaban sus poderes de sus predecesores sino directamente de la ley, dado que no hay herencia en las formas, sino sucesión en el ejercicio de las prerrogativas concedidas por la Constitución a la función del órgano (…)*».

Con fundamento en la anterior jurisprudencia constitucional, que este Tribunal comparte, es concluyente que los diferentes órganos o entes administrativos que conforman la Administración Pública, verbigracia el TSC, exteriorizan válidamente su voluntad a través de las personas físicas que los integran. Ahora, no debe perderse de vista que las actuaciones de estas personas se reputan válidas e imputables al órgano administrativo al que pertenecen, en virtud del ejercicio de su cargo, esto es, la asunción de una condición funcionarial que el ordenamiento jurídico reconoce, asignándole potestades administrativas específicas. Es en esta medida que las personas que integran un ente administrativo, ejercen o desempeñan la actividad administrativa que por el cargo se les ha impuesto.

Ahora, la anterior concepción sobre el funcionamiento y forma de expresión de la voluntad de los entes administrativos debe integrarse con la figura de la "capacidad procesal".

Así, de la conjunción de ambos aspectos se concluye que un órgano administrativo *puede actuar válidamente en un proceso y generar actos procesales legítimos, si tal autoridad está conformada según el ordenamiento jurídico ordena o, en su caso, la persona que ejerce su representación lo hace por una habilitación previa y expresa en la ley*. Es por ello que el mencionado artículo 61 inciso 2° del CPCM ha señalado que "*(…) Las personas jurídicas comparecerán y actuarán en el proceso por medio de quien ostente su representación conforme a la ley*"."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 1-19-HAC-SCA, fecha de la resolución: 30/01/2019

BIENES CULTURALES

REGÍMENES DE PROTECCIÓN

"Establecidas las posiciones jurídicas de las partes y de la representación fiscal, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

i. Una premisa elemental para el análisis del presente caso es la relativa a que el bien inmueble de la parte apelante no ha sido declarado "bien cultural" ni "bien monumental" -hecho estipulado por las partes-.

ii. La LEPPCES tiene por finalidad el rescate, investigación, conservación, protección, promoción, fomento, desarrollo, difusión y valoración del patrimonio o tesoro cultural salvadoreño (artículo 1). Este cometido fluye dentro de un marco concreto que otorga a la autoridad respectiva una serie de potestades: campo de aplicación de la ley (capítulo I); la propiedad, posesión y tenencia de los bienes culturales (capítulo II); el registro de bienes culturales muebles e inmuebles (capítulo III); la circulación de los bienes culturales (capítulo IV); el goce de los bienes culturales (capítulo V); la conservación y salvaguarda de los bienes culturales (capítulo VI); y, las prohibiciones, autorizaciones y sanciones relativas a la protección de los bienes culturales (capítulo VII).

Ahora bien, con el objeto de facilitar la aplicación de dicho orden jurídico secundario, el presidente de la República emitió el RLEPPCES, por medio del Decreto Ejecutivo número veintinueve, de fecha veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial número sesenta y ocho, tomo trescientos treinta y uno, del quince de abril de mil novecientos noventa y seis.

Al examinar integralmente los cuerpos normativos relacionados, esta Sala advierte dos regímenes de protección claramente definidos. *El primero*, orientado a la salvaguarda de aquellos bienes, muebles o inmuebles, que ya han sido declarados "bienes culturales"; es decir, que les precede una declaración administrativa relativa al reconocimiento de tal condición. Y *el segundo*, constituido por un marco jurídico tuitivo de aquellos bienes, muebles o inmuebles, que no les precede tal declaración, pero que, a pesar de ello, yace sobre sí una estimación legal relativa a su probable pertenencia o integración al tesoro cultural salvadoreño.

En este contexto normativo, el ordenamiento sectorial ha establecido una habilitación expresa para que la Administración intervenga materialmente en la esfera jurídica de cualquier persona y, además, adopte las medidas de protección que resulten necesarias, siempre y cuando se produzca el supuesto de hecho -descrito en la ley- que justifica tal intervención.

No debe perderse de vista que, en atención a la naturaleza de cada régimen, las potestades administrativas a ejecutar tienden a ser más o menos limitadas. Así, para el caso del segundo sistema de protección, la estimación relativa a la probable pertenencia, al tesoro cultural salvadoreño, de determinado bien, es producto del ejercicio de una potestad administrativa discrecional, otorgada expresamente por el legislador. Esto permite concluir que, en este caso, la adopción de las medidas de intervención respectivas ha de ser *limitada* -en su incidencia material y permanencia en el tiempo- y, fundamentalmente, *instrumental* al fin último de obtener la declaración definitiva relativa a la pertenencia, del bien respectivo, al patrimonio cultural.

Es por esta misma razón que el artículo 40 de la LEPPCES reguló la denominada "presunción de valor cultural", en el sentido de considerar que "*(…) se presumirá de valor cultural, todos los bienes señalados en el artículo 2, tanto los de propiedad pública o privada, la que se extinguirá al realizarse el reconocimiento indicado en el artículo 10, ambos de la presente Ley*" (el subrayado es propio).

Como se advierte, *de origen, es errónea* la estimación de la sociedad apelante relativa a que la autoridad demandada en una primera instancia únicamente puede ejercer sus potestades de intervención cuando existe una declaración formal de la existencia de un bien cultural. Por el contrario, la integralidad del ordenamiento jurídico sectorial instituye un sistema de protección especial para aquellos bienes que la Administración, discrecionalmente, estime integrantes del tesoro cultural.

En este punto es importante precisar que las potestades administrativas discrecionales pueden ser objeto de control, ello, a través de factores tales como sus *elementos reglados*, sus *hechos determinantes* y los *principios generales del derecho*. En este sentido, esta Sala reconoce que la estimación discrecional de bienes que pueden formar parte del tesoro cultural, es limitada.

En lo que importa al presente caso, uno de esos límites es la previsión legal relativa a la "presunción de valor cultural", *únicamente de aquellos bienes cuya naturaleza está predeterminada en el artículo 2 de la LEPPCES*. En este sentido, si la Administración estima que determinado bien "puede formar parte" del patrimonio cultural, dicho bien debe poseer, en todo caso, una de las naturalezas -*condición ontológica o sustancial*- enlistadas en la mencionada disposición normativa: «*(…)naturaleza antropológica, paleontológica, arqueológica, prehistórica, histórica, etnográfica, religiosa, artística, técnica, científica, filosófica, bibliográfica y documental*». He ahí un límite de la potestad.

A manera de ejemplo, la Administración se encuentra habilitada para emitir una medida de protección respecto de un bien del que no posee una declaración formal de "bien cultural", pero que, en cambio, sí posee certeza de su naturaleza de bien "arqueológico", a partir de un elemento de prueba técnico. Ciertamente,

y tal como se precisara *supra*, la medida de intervención respectiva debe estar encaminada a la preservación, con el fin último de obtener la declaración definitiva de bien cultural.

Dicho esto, debe concretarse que, en cuanto al régimen de protección de bienes que *pueden* formar parte del tesoro cultural y que *gozan de la presunción de valor cultural*, la Administración encuentra la atribución expresa de su potestad de intervención en el capítulo I de la LEPPCES -que se refiere su campo de aplicación-, específicamente, en el artículo 8 inciso 1°, que prescribe lo siguiente.

«*Cuando se esté causando daño o estén expuestos a peligro inminente cualquiera de los bienes a que se refiere esta ley, o que, a criterio del Ministerio puedan formar parte del Tesoro Cultural Salvadoreño, éste adoptará las medidas de protección que estime necesarias, mediante providencias que se notificarán al propietario o poseedor de dichos bienes y a las instituciones mencionadas en el artículo 26 de la presente Ley*» (el subrayado es propio).

En suma, con lo precisado en este apartado, es concluyente que los artículos 8 y 40 de la LEPPCES justifican la adopción de medidas de intervención en bienes que no poseen una declaración previa de "bienes culturales", pero que, en cambio, poseen la estimación discrecional de poder formar parte del patrimonio cultural y la presunción de valor cultural respectiva."

AUSENCIA DE LA DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA Y FORMAL DE "BIEN CULTURAL" Y "BIEN MONUMENTAL"

"iii. A partir del análisis desarrollado en el apartado anterior, resulta concluyente que la autoridad demandada en la primera instancia, estaba habilitada para emitir las medidas de intervención pública que considerara necesarias, e intervenir el inmueble de la parte apelante en pos de la protección de los bienes respectivos; ello, a pesar que dicho inmueble carece de la declaración administrativa y formal de "bien cultural" y "bien monumental".

iv. Ahora bien, la parte apelante ha alegado una "aplicación e interpretación equivocada" de los artículos 40, 41 y 42 de la LEPPCES, y 86 de su reglamento, tal como ya se apuntó, a su falta de correspondencia con la naturaleza del bien inmueble del caso.

Habiéndose concluido la pertinencia y correcta aplicación del artículo 40 en el caso de mérito, en relación con las potestades ejercidas por la autoridad demandada en la primera instancia; corresponde analizar, en este punto, la aplicación e interpretación realizada por la Cámara de los artículos 41 y 42 de la LEPPCES, y 86 de su reglamento.

a. La primera disposición normativa regula: "*Los Bienes Culturales Muebles e Inmuebles quedan sujetos a la conservación y salvaguarda que la presente Ley establece para los mismos. El área, zona, sitio cultural o histórico comprende las superficies adyacentes o anexas que forman un solo cuerpo y todos los muebles que puedan considerarse cuerpos consustanciales con los edificios, y en general, todos los objetos que estén unidos de una manera fija o estable. Desde el momento que se inicie el procedimiento para reconocer un Bien Cultural Inmueble, se suspenderán las licencias concedidas para que en él se realicen*

lotificaciones, parcelaciones, edificaciones o demoliciones. No se concederán nuevas licencias. Asimismo, se suspenderá toda obra iniciada y no podrá continuarse sino con la autorización del Ministerio y bajo la supervisión de delegados de éste. Tal autorización podrá revocarse en cualquier momento en que el Ministerio lo considere necesario para la conservación del Bien Inmueble Cultural" (el subrayado es propio).

La segunda norma relacionada -artículo 42- establece: "*Un Bien Inmueble Monumental, declarado cultural no podrá ser modificado o alterado sustancialmente por obras interiores o exteriores, salvo autorización previa del Ministerio, mediante el conocimiento del proyecto que no afecte el valor cultural o la identidad del mismo bien. Asimismo, queda prohibido colocar en tales bienes, toda clase de avisos, rótulos, señales, símbolos, publicidad comercial o de cualquier otra clase, cables, antenas o cualquier otro objeto o cuerpo que perturbe la contemplación del Bien Cultural en sus alrededores. Si un Bien Cultural Monumental se destruyere o dañare por caso fortuito o fuerza mayor, se deberá proceder a su restauración o reconstrucción, de acuerdo a su estructura arquitectónica original, bajo la supervisión del Ministerio*" (el subrayado es propio).

Finalmente, la norma reglamentaria invocada -artículo 86 del RLEPPCES- señala: «*Para los efectos del artículo 42 inciso 2 de la Ley Especial, prohibido colocar avisos, rótulos, etc. que perturben la contemplación del Bien Cultural en sus alrededores, la protección del Bien Cultural comprende su entorno ambiental y paisajístico, necesario para proporcionarle una visibilidad adecuada y acorde. La Dirección Nacional de Patrimonio Cultural delimitará esta área de influencia*» (el subrayado es propio).

b. El artículo 41 de la LEPPCES establece el alcance de la "afectación cultural" de bienes muebles e inmuebles previamente calificados como culturales, el artículo 42 del mismo cuerpo legal la específica "protección de bienes culturales monumentales", y el artículo 86 del RLEPPCES constituye un desarrollo del contenido del artículo 42 inciso 2°, subsistiendo la referencia a bienes culturales.

De la lectura integral de las disposiciones normativas relacionadas no es posible inferir que las potestades de intervención reconocidas en los mismos habiliten la afectación de bienes que únicamente poseen la estimación discrecional de "poder formar parte" del patrimonio cultural y la "presunción de valor cultural" respectiva. Por el contrario, tales normas se refieren expresamente a la afectación de "bienes culturales" y "bienes monumentales"; es decir, bienes a los que preexiste una declaración administrativa de tal condición.

c. Establecido lo anterior, es relevante analizar el fundamento legal puesto de manifiesto por la Cámara de lo Contencioso Administrativo, al emitir la sentencia impugnada. Así, dicha autoridad judicial, en lo relevante, estableció lo que sigue.

«*(…) la habilitación legal para establecer áreas de influencias se encuentra fundamentada en la LEPPCES en sus siguientes artículos: 8 (…), 11 (que establece la obligación a cargo del poseedor de un posible bien cultural, de notificar a la autoridad demandada sobre la existencia de estos, para su reconocimiento, identificación, entre otros);los Arts. 40 y 41 que otorgan presunción de valor cultural a los objetos señalados en el Art. 2, además, la segunda disposición deter-*

mina los alcances de la afectación cultural, cuando se dé inicio al reconocimiento de un bien cultural de lo cual cabe citar el segundo inciso: "El área, zona sitio cultural o histórico comprende la superficie adyacente o anexa que forma un solo cuerpo y todos los muebles que puedan considerarse cuerpos consustanciales con los edificios, y en general, todos los objetos que estén unidos de una manera fija o estable" (…) Se destaca el contenido del Art. 42 de la LEPPCES que regula las medidas de protección de bienes culturales de tal magnitud que establece imperativos o prohibiciones expresas*."Protección de Bienes Culturales Monumentales Art. 42.- Un bien inmueble monumental, declarado cultural no podrá ser modificado o alterado sustancialmente por obras interiores o exteriores, salvo autorización previa del Ministerio, mediante el conocimiento del proyecto que no afecte el valor cultural o la identidad del mismo bien. Asimismo, queda prohibido colocar en tales bienes, toda clase de avisos, rótulos, señales, símbolos, publicidad comercial o de cualquier otra clase, cables, antenas o cualquier otro objeto o cuerpo que perturbe la contemplación del Bien Cultural en sus alrededores. Si un bien cultural monumental se destruyere o dañare por caso fortuito o fuerza mayor, se deberá proceder a su restauración o reconstrucción, de acuerdo a su estructura arquitectónica original, bajo la supervisión del Ministerio." (…) En este punto cabe acotar que de conformidad a lo estipulado en los considerandos y los artículos 1 y 2 del Reglamento de la LEPPCES, éste es el sistema normativo que facilita las atribuciones y facultades de los funcionarios que ejecutan dicha ley especial.* De ahí que, esta Cámara advierte que su artículo 86 se delimita o distribuye la competencia (habilitación legal) para establecer "áreas influencia" y lo que debemos entender por dicho término *(…)*» (el subrayado es propio) (folio 440 vuelto y 441 frente del expediente 00012-18-ST-COPC-CAM).

d. Del anterior extracto de la sentencia impugnada, esta Sala advierte que la Cámara de lo Contencioso Administrativo, al justificar la intervención de la Directora Nacional de Patrimonio Cultural y Natural, integró erróneamente los dos regímenes de protección instaurados por la LEPPCES --*(1)* el sistema de protección de bienes que ya han sido declarados "bienes culturales", y *(2)*el sistema tuitivo de bienes que pueden formar parte del tesoro cultural y que gozan de la presunción de valor cultural-.

Así, la mencionada autoridad judicial interpretó que los artículos 41 y 42 de la ley que se comenta, junto con el artículo 86 de su reglamento, entre otras disposiciones, justificaban la injerencia de la Administración en el inmueble de Inversiones e Inmobiliaria Fénix, S.A. de C.V. No obstante, tal como se relacionó en parágrafos anteriores, las disposiciones mencionadas prescriben afectaciones a "bienes culturales" o "bienes monumentales", calidades de las que carece el inmueble de la recurrente.

En este orden de ideas, la Cámara de lo Contencioso Administrativo aplicó e interpretó erróneamente los artículos 41 y 42 de la LEPPCES, y 86 de su reglamento, siendo que tales normas no pueden amparar a la autoridad demandada en la primera instancia para intervenir materialmente el inmueble de la apelante.

e. Ahora bien, para proceder a la revocación de la sentencia impugnada, como consecuencia de la aplicación e interpretación errónea de las disposiciones relacionadas, es necesario que tales normas sostengan, autónomamente, el

núcleo de derecho de la decisión de fondo. Sólo así puede estimarse que este error interpretativo conlleva la invalidación que la apelante reclama.

En este sentido, corresponde examinar si, en el presente caso, el fundamento de derecho de la sentencia de la Cámara -con relación a la habilitación de la autoridad demandada en la primera instancia para afectar materialmente el inmueble de la apelante- *descansa única y exclusivamente en los artículos 41 y 42 de la LEPPCES y 86 de su reglamento, por el contrario, si tal análisis tiene su base un fundamento jurídico diversificado, y a la vez cohesionado, capaz de sostener la decisión, aun desechándose la hipótesis de las tres normas jurídicas señaladas*.

Este análisis resulta de gran entidad puesto que el agravio planteado por la apelante radica en la inexistencia de habilitación legal, para la autoridad pública, para intervenir materialmente su inmueble (que no posee la calidad de bien cultural ni bien monumental).

Dicho esto y analizados que han sido los fundamentos de derecho de la sentencia impugnada, es relevante señalar que la Cámara de lo Contencioso Administrativo no fundamentó la competencia de la autoridad apelada, *únicamente*, en los artículos 41 y 42 de la LEPPCES, y 86 de su reglamento. [...]

Con lo precisado, esta Sala constata que la Cámara identificó, en primer término, el artículo 8 de la LEPPCES como la norma que habilitó a la Administración para intervenir el inmueble de la apelante.

Tal como se delimitara *supra*, con relación al sistema de protección de bienes *que pueden formar parte del tesoro cultural y que gozan de la presunción de valor cultural*, la Administración encuentra su potestad de intervención en el mencionado artículo 8 inciso 1° de la LEPPCES: «*Cuando se esté causando daño o estén expuestos a peligro inminente cualquiera de los bienes (…) que, a criterio del Ministerio puedan formar parte del Tesoro Cultural Salvadoreño, éste adoptará las medidas de protección que estime necesarias (…)*»

Esta norma, junto con el artículo 40 de la LEPPCES -disposiciones que la Cámara invocó como fundamento de su decisión y que consideró integrantes de un sistema normativo que facilita las atribuciones de los funcionarios que ejecutan la mencionada ley-, justifican la adopción de medidas de intervención en bienes que no poseen una declaración previa de “bienes culturales” o “bienes monumentales” pero que, en cambio, poseen la estimación discrecional de poder formar parte del patrimonio cultural y la presunción de valor cultural respectiva.

Consecuentemente, la Cámara, al invocar tales normas, en conjunción con los artículos 2 y 11 de la misma ley, y los artículos 1 y 2 de su reglamento, concluyó acertadamente el régimen de protección especial aplicable a la situación de hecho manifestada en el inmueble de la apelante.

En este punto es relevante mencionar que la Cámara, en la sentencia recurrida, reconoció expresamente «*(…) que el inmueble propiedad de la parte actora no es un bien cultural declarado, pero resulta evidente que en el mismo se han determinado hallazgos arqueológicos, de alta densidad; y no es posible sostener que por no ser un bien declarado dichos hallazgos no gozan de protección, pues la misma deviene desde la Constitución (…)*» (folio 444 frente del expediente 00012-18-ST-COPC-CAM).

Queda patente, entonces, que el fundamento jurídico y fáctico de la sentencia venida en apelación es un sustrato cohesionado y aplicativo del régimen de protección de bienes que pueden formar parte del tesoro cultural y que gozan de la presunción de valor cultural.

Lo anterior permite concluir, también, la existencia de una situación de hecho, *con absoluta cobertura en la ley*, que permite una intervención pública como la del presente caso. En otras palabras, la Administración no intervino ni limitó materialmente el inmueble de la apelante por su mera colindancia con un bien cultural, sino, de manera palpable, por la existencia de una situación fáctica subsumible en la hipótesis de los artículos 8 inciso 1°, 40 y 2 de la LEPPCES -normas que la Cámara delimitó como sistema normativo que habilitó a la Administración a actuar-.[...]

Es sustrato fáctico del caso que los bienes arqueológicos descubiertos en el inmueble de la sociedad apelante, por su naturaleza, gozan de la "presunción de valor cultural" que instituyó el artículo 40 de la LEPPCES, en relación con el artículo 2 de la misma ley. Como consecuencia, tal sociedad estaba en obligación de notificar, a la Administración cultural, la posible existencia de un bien cultural, de conformidad con el artículo 11 inciso 1° de la misma ley:

«*El propietario o poseedor de un posible Bien Cultural, tiene la obligación de notificar su existencia al Ministerio para su reconocimiento, identificación y certificación, para legalizar su inscripción dentro de un plazo no mayor de un año contado desde la vigencia de esta Ley o desde que tuviesen conocimiento de ello*» (el subrayado es propio).

Sin embargo, este aviso no fue dado por la apelante, a pesar de tener conocimiento, antes que la autoridad pública, de determinados hallazgos que evidenciaban, bajo la lógica común; es decir, bajo un razonamiento exigible de una persona sin ninguna condición especial, un "posible bien cultural".

Finalmente, se advierte que este supuesto de hecho, habilitante para la intervención pública del inmueble de la apelante, fue analizado por la Cámara como parte de su argumentación de fondo, así: «*(…) de acuerdo a lo establecido en el mismo informe preliminar, el sector "B" presentó ocho hallazgos relevantes. Luego se consignó que fue a partir de los hallazgos en el pozo 50 y como medida de protección que se determinó un área de influencia tal como fue requerido en los Términos de Referencia emitidos por personal de la autoridad demandada a fin de efectuar dichas exploraciones; es decir, consta en el expediente administrativo que los estratos culturales del pozo 50 hacia el sur de los inmuebles de la actora fue el parámetro objetivo para delimitar la zona de influencia establecida en el acto. Aunado a lo anterior, la autoridad demandada aclaró que el inmueble sobre el cual la sociedad demandante pretende construir un proyecto urbanístico, goza de la presunción de valor cultural, lo cual devino de los hallazgos arqueológicos determinados (…) ello consta en acta judicial de reconocimiento realizado por este Tribunal, durante el cual verificó los descubrimientos de los arqueólogos de la autoridad demandada, asimismo constató que actualmente hay construcción de viviendas sobre algunos pozos de exploración y sobre la zona delimitada de influencia. Y es que, durante la inspección judicial los arqueólogos acompañantes señalaron fragmentos que según su saber y entender*

eran piezas de valor cultural afectadas por la construcción; asimismo, mostraron imágenes y explicaciones técnicas arqueológicas de los hallazgos descubiertos todo lo cual ha quedado confirmado por las declaraciones de los testigos con conocimiento especializado, es decir, arqueólogos certificados de quienes no se desvirtuó su credibilidad ni pericia en la materia, así como en los informes periciales emitidos por los arqueólogos consultores como por los arqueólogos de la autoridad demandada. Es decir, existe concordancia -no controvertida- que en el lugar se realizaron hallazgos arqueológicos, y, que los mismos se dieron con mayor intensidad, desde el área de exploración "pozo 50" (…)» (el subrayado es propio) (folio 443 frente del expediente 00012-18-ST-COPC-CAM).

Ciertamente, los hallazgos documentados en el estudio "HF-SO-001-2017" que corre agregado de folios 174 al 207 del expediente administrativo, constituyen una prueba irrefutable de la "actividad prehispánica en la zona", situación de hecho que, a la luz del artículo 8 inciso 1° de la LEPPCES, justifica las medidas de protección y conservación dictadas con el objeto de evitar su destrucción.

v. En resumen, el inmueble de la apelante no es un "bien monumental" ni un "bien cultural". No obstante, la ausencia de la declaración de tales calidades no impedía, en el presente caso y de conformidad con el ordenamiento jurídico, que la autoridad demandada en la primera instancia emitiera todas aquellas medidas de protección que estimase necesarias. Y esta habilitación deriva, tal como se ha planteado, del contenido de los artículos8, 40, 2 y 11 de la LEPPCES, y 1 y 2 de su reglamento.

Ahora, si bien en la sentencia impugnada, la Cámara integró a dichas normas, los artículos 41 y 42 de la misma ley y 86 de su reglamento -que se refieren a un sistema de protección diferente-, subsiste una argumentación jurídica autónoma, suficiente y certera, por parte de la misma autoridad judicial, para justificar la habilitación legal de la Directora Nacional de Patrimonio Cultural y Natural, para intervenir el inmueble de la sociedad apelante.

Consecuentemente, la sentencia venida en apelación no puede privarse de sus efectos puesto que la misma goza de una correcta fundamentación que sostiene, conforme con el ordenamiento jurídico, la actividad material realizada por la autoridad apelada. El pretender que la sentencia de mérito pierda su validez por causa de una invocación normativa aislada que, además, no constituye su núcleo jurídico argumentativo, implicaría desconocer la palpable y acertada base *fáctica*, *probatoria* y *jurídica* puesta de manifiesto por la Cámara, como sostén de su decisión, generando así una ruptura entre el derecho aplicado y la situación material devenida en conflicto.

vi. Con fundamento en las anteriores consideraciones, debe desestimarse el alegato de la sociedad recurrente intitulado como «*Errónea valoración de la prueba: no existe ni un solo elemento de prueba que determine la existencia de un "Bien Monumental, declarado cultural" en el inmueble de FENIX*».

En otro sentido, en el fallo de esta sentencia deberá establecerse que la «*Aplicación e interpretación equivocada de los Art. (…) 41 y 42 LEPPCES y 86 del Reglamento de la LEPPCES*», constituye un yerro argumentativo aislado,

desconectado del núcleo fáctico, probatorio y jurídico de la sentencia, y, por lo tanto, incapaz de privarle de su eficacia, en los términos establecidos en los apartados precedentes."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 13-19-RA-SCA, fecha de la resolución: 04/10/2019

CANCELACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA PUEDE REALIZAR UN CONTROL DE TODAS LAS ACTUACIONES U OMISIONES RELACIONADAS CON EL EJERCICIO DE POTESTADES PURAMENTE ADMINISTRATIVAS, QUE DE MANERA EXTRAORDINARIA Y/O EXCEPCIONAL, PUEDE EJERCER EL TSE

"B. Naturaleza jurídica del acto de cancelación de un partido político.

1. Toda actuación u omisión de naturaleza "*administrativa*" de las diferentes instituciones públicas que forman parte de la organización del Estado, están sujetas a límites y, por ende, a revisión judicial. Pretender lo contrario implicaría consentir ámbitos exentos de control y sujeción al ordenamiento administrativo.

En lo que importa al presente caso, el orden de la jurisdicción contencioso administrativa se encuentra habilitado para realizar un control de todas aquellas actuaciones u omisiones relacionadas con el *ejercicio de potestades puramente administrativas* que, de manera extraordinaria y/o excepcional, puede ejercer el TSE. No obstante, aquellas decisiones derivadas de su *función ordinaria de organizar, dirigir y arbitrar la materia electoral*, no están sujetas a dicho control, por constituir un asunto esencialmente *ajeno* a la competencia material de los juzgados y tribunales contenciosos administrativos.

Este último planteamiento se extrae del imperativo categórico señalado en el artículo 1 inciso 1° de la LJCA: «*La jurisdicción contencioso administrativa será competente para conocer de las pretensiones que se deriven de las actuaciones u omisiones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo (…)*» (el subrayado es nuestro).

2. Conforme con la regulación contendida en el Código Electoral y en la Ley de Partidos Políticos, la *función electoral* está relacionada, *sin el ánimo de agotar su contenido esencial*, con la organización y desarrollo de las elecciones a cargos públicos, con el escrutinio y presentación de sus resultados y, además, con control *ex ante* y *ex post* de los partidos políticos en relación a su existencia, actuación general y válida participación en los procesos electorales.

Los ordenamientos jurídicos relacionados permiten que el TSE garantice los derechos políticos y de participación representativa mediante la organización y control de los procesos electorales, y el registro de partidos políticos, entre otras actividades relacionadas con la actividad *naturalmente electoral*.

Ahora, el ejercicio de esta función principal no impide que el TSE, *de manera excepcional*, pueda generar alguna actuación u omisión de naturaleza administrativa, verbigracia, "*actos administrativos*"."

EL TSE EMITE UN ACTO ADMINISTRATIVO EN LA MEDIDA EN QUE LA DECISIÓN RESPECTIVA IMPLICA UNA VOLUNTAD, PRODUCTO DEL EJERCICIO DE UNA POTESTAD ADMINISTRATIVA NO ELECTORAL

"Un "*acto administrativo*" constituye la declaración unilateral de voluntad, de juicio o de conocimiento, realizada por la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria; definición que ha sido retomada por el legislador, con sus mismos elementos, en el artículo 21 de la vigente Ley de Procedimientos Administrativos.

Con fundamento en tal marco constructivo puede sostenerse que el TSE emite un acto administrativo en la medida en que la decisión respectiva implica, tanto en sus aspectos precedentes y periféricos como en su núcleo decisorio, *una voluntad producto del ejercicio de una potestad administrativa no electoral*.

Sentada la anterior premisa corresponde analizar si la "cancelación" de un partido político constituye, tal como ha sostenido la parte apelante, *un acto administrativo emitido en el curso de un procedimiento administrativo*; o, por el contrario, si dicha decisión es una manifestación de la exclusiva *función electoral*-cuyo sometimiento al orden de la jurisdicción contencioso administrativa no se encuentra habilitado por el legislador-.

3. La Constitución establece, en su artículo 72 ordinal 2°, que "*Los derechos políticos del ciudadano son: (…)2°- Asociarse para constituir partidos políticos de acuerdo con la ley (…)*". Correlativamente, su artículo 77 inciso 2° señala que únicamente los "*(…) partidos políticos legalmente inscritos (…)*" tienen el derecho de vigilancia sobre la elaboración, organización, publicación y actualización del registro electoral. A este mandato de sujeción a la ley se suma el artículo 85 inciso 2° de la misma Constitución que dispone que las normas, organización y funcionamiento de los partidos políticos "*se ajusten a los principios de la democracia representativa*". Finalmente, suartículo 208 inciso 4° otorga *exclusividad en materia electoral* al TSE, instituyéndolo como *la máxima autoridad* en dicho ámbito.

La integración de las anteriores normas de rango constitucional advierte que el TSE ejerce, como parte de su función electoral, "*vigilancia, control y decisión sobre la legal existencia de un partido político*".

Esta competencia constitucional implica, conforme con los parámetros entredichos, no sólo la facultad para inscribir (en el registro público respectivo) a un partido político que cumple los requisitos previstos en el ordenamiento, sino que, además, implica la atribución de decidir su "cancelación" cuando se configura una de las causas predeterminadas en la ley."

EL ACTO DE CANCELACIÓN DE UN PARTIDO POLÍTICO SE ENCUENTRA EN LA ESFERA DE ATRIBUCIONES PROPIAS DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ELECTORAL DEL TSE

"Esta función electoral específica se encuentra en plena consonancia con la normativa *infra* constitucional: los ya mencionados Código Electoral y Ley de Partidos Políticos.

Al respecto, los artículos 63 y 64 del Código Electoral establecen las *obligaciones* y *atribuciones* del TSE, respectivamente. Aunque con sustantivas diferencias, las disposiciones mencionadas definen el marco básico de competencias del ente relacionado, el cual comprende las *potestades derivadas de su exclusiva función electoral*.

En lo que importa al presente pronunciamiento, el artículo 63 letra a. establece como obligación del TSE: "*Velar por el fiel cumplimiento de la Constitución y Leyes que garanticen el derecho de organización y participación política de los (…) partidos políticos*".

Por otra parte, el artículo 63 letra i. señala que dicho organismo debe "*Llevar el registro de partidos políticos inscritos (…)*"; la letra n. establece que le corresponde "*Inscribir a los partidos políticos (…) previo trámite, requisitos de Ley y supervisar su funcionamiento*"; y, finalmente, la letra p. establece el mandato de "*Conocer y resolver sobre las (…) cancelaciones (…)* [de] *los partidos políticos*".

En consonancia con lo regulado en el Código Electoral, la Ley de Partidos Políticos regula, en sus artículos 2 letra b. y 3 inciso 1°, la competencia del TSE para ordenar la cancelación de la inscripción de un partido político; mientras que el artículo 47 fija las causas de tal cancelación.

Hasta este punto, la integración de las normas constitucionales y legales relacionadas en los párrafos precedentes permite ubicar el acto de "*cancelación*" de un partido político, *preliminarmente*, en la esfera de atribuciones propias del ejercicio de la función electoral del TSE.

Ahora, para arribar a una conclusión definitiva y presentar con suficiencia y claridad las bases argumentativas para definir la naturaleza del acto impugnado en la primera instancia, es necesario desarrollar: (*i*) *un estudio de la jurisprudencia comparada que resulta relevante al presente caso*, dentro de una perspectiva funcionalista que permita arribar a una conclusión plausible y, en primer término, armónica con nuestra Constitución y ordenamiento legal; y, por otra parte, (*ii*) un análisis y aplicación de la *jurisprudencia constitucional más reciente, gestada en torno a esta temática.*

A estos efectos, los siguientes apartados propondrán las premisas faltantes para determinar la naturaleza de la resolución de las quince horas cuarenta y cuatro minutos del veinticinco de julio de dos mil dieciocho, mediante la cual el TSE ordenó «*(…) la cancelación de la inscripción del instituto político Partido Salvadoreño Progresista (PSP) (…)*» (folio 116 vuelto del expediente referencia CPP-03-2018).

4. La jurisprudencia es una fuente del derecho que permite conocer, de manera muy precisa, cómo los tribunales interpretan el alcance de las normas jurídicas y determinan la naturaleza de diversas categorías sustantivas y procesales sometidas a consideración en un caso concreto -para las que no existe una previsión particular-. Así, el juez puede apoyarse no sólo en la jurisprudencia nacional sino que, en un ejercicio comparativo, puede acudir a la jurisprudencia de tribunales extranjeros con quienes se compartan ordenamientos jurídicos, principios, instituciones y reglas de derecho equivalentes, con el fin de realizar un análisis de las distintas soluciones que ofrecen los variados sistemas legales, para los mismos casos.

En lo que importa al análisis del presente caso resulta relevante la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado de la República de Colombia -tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en tal país-. Así, la Sección Quinta de su Sala de lo Contencioso Administrativo, en la *sentencia emitida el cuatro de febrero de dos mil dieciséis*, bajo la referencia 11001-03-28-000-2014-00110-00, estableció lo siguiente.

«*El acto electoral (…) emanado del ejercicio de la función electoral, tiene una naturaleza autónoma y especial que lo distingue del acto administrativo, cuyo origen reside en el ejercicio de la función administrativa. Para explicar esta diferencia, se requiere inicialmente distinguir la función electoral de la administrativa. La función administrativa tiene como característica esencial la de concretar, mediante su actividad, los fines del Estado, principalmente el de satisfacer las necesidades públicas. La función electoral, por su parte, tiene como fin la elección de representantes en las otras ramas del poder público o sus titulares, de manera directa o indirecta, en otras palabras, su propósito es concretar la democracia participativa y el diseño institucional, entre otros. En ese sentido, si bien se puede entender que una es subespecie de la otra, los actos que se producen en ejercicio la función electoral, por su misma naturaleza, no pueden ser asimilables en el procedimiento de formación a los actos administrativos en ejercicio de la función administrativa, pues si bien es cierto que el acto electoral tiene algunos rasgos de éste, no por ello pueden ser catalogados como idénticos. Aquel tiene su génesis en la democracia participativa y en un derecho fundamental de carácter político: el de elegir o ser elegido (…) y no en la mera y simple expresión de la voluntad de la administración derivada del ejercicio de dicha función. Ahora bien, realizadas las anteriores precisiones sobre la naturaleza de las funciones administrativa y electoral, es menester precisar que el acto electoral puede diferenciarse del acto administrativo, por lo menos, en los siguientes aspectos: en cuanto al procedimiento para su formación; respecto de los sujetos que intervienen en su expedición; y, por último, en lo que concierne a su finalidad. Frente a la formación del acto electoral debe tenerse en cuenta que, a diferencia del procedimiento de formación de actos administrativos cuyas reglas están contenidas (…) en las leyes que regulan procedimientos administrativos especiales, el procedimiento específico de creación de actos electorales, tiene fundamento en atribuciones de carácter constitucional concretas y en principios democráticos sobre los que descansa un Estado Social de Derecho y, para los cuales y, precisamente por esa naturaleza, se prevé un procedimiento (…) que debe ser autónomo. Este procedimiento autónomo para la expedición de actos electorales está conformado por el conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para materializar o exteriorizar la voluntad popular expresada a través del derecho al voto (…) En lo que respecta a los sujetos que intervienen en su formación, a diferencia del acto administrativo cuyo sujeto principal es la Administración, el sujeto del acto electoral lo conforman los electores que participan en la contienda democrática en ejercicio del derecho a elegir (…) Por lo tanto, es incorrecto sostener que en el acto electoral se encuentra expresada la voluntad de la autoridad encargada de declarar la elección (…) sino que éste plasma el querer de los electores exteriorizado a través del voto. Consecuentemente, la*

finalidad del acto electoral corresponde a concretar o materializar la democracia participativa y la expresión de la voluntad popular» (el subrayado es nuestro).

Relacionada que ha sido la anterior jurisprudencia, esta Sala participa, con un análisis particular, en la estimación de que la "función administrativa" y la "función electoral" producen actos formal y esencialmente diferentes. En este sentido, no es posible asimilar el carácter de un "acto administrativo" ni los elementos reglados que el ordenamiento jurídico prevé para su formación (competencia, procedimiento, etc.), a una decisión del TSE producto de su función natural.

La función administrativa, de la cual derivan los actos administrativos, tiene como característica esencial concretar, mediante su actividad, los fines del Estado, y principalmente satisfacer las necesidades públicas. Ésta previsión constituye un *criterio teleológico* que permite determinar, en conjunción con otros razonamientos, si la actuación de una institución pública constituye, en esencia, un acto administrativo. En este sentido, concluir que cierta orden es un acto administrativo sólo por el hecho que su emisor es una autoridad que pertenece a la Administración Pública -criterio subjetivo-, es un juicio insuficiente pues existen variadas instituciones públicas cuya función ordinaria *no es la administrativa*.

Por otra parte, esta Sala comparte la concepción relativa a que los actos que se producen en ejercicio la *función electoral* no pueden ser asimilables, en su procedimiento de formación ni en sus aspectos reglados, a los actos administrativos; ello, por el hecho que los primeros materializan la voluntad general del cuerpo electoral -*verbigracia*, no alcanzar el número de votos del cuerpo electoral que condiciona la existencia legal de un partido político o, en su caso, evadir dicho escrutinio-, no la del organismo contralor como tal.

En otras palabras, cuando el TSE emite una resolución mediante la cual decide un asunto sometido a su competencia electoral, delimitada ésta en el Código Electoral y en la Ley de Partidos Políticos, tal decisión tiende a concretar la democracia participativa conforme con el diseño del sistema político previsto en la Constitución. En este sentido, sus decisiones no son una mera y simple expresión de su voluntad "administrativa"."

EL ENTE ELECTORAL POSEE POTESTAD JURISDICCIONAL PORQUE SUS DECISIONES PRODUCEN EFECTOS DE COSA JUZGADA Y, ADEMÁS, QUE LA ÚNICA VÍA PARA EJERCER UN CONTROL JUDICIAL DE LAS MISMAS ES LA CONSTITUCIONAL

"5. Ahora, en cuanto a las bases jurisprudenciales más recientes en materia constitucional y electoral en nuestro país, es necesario referirse a los siguientes criterios que resultan necesarios y vinculantes en cuanto a la decisión del presente caso.

La Sala de lo Constitucional de esta Corte ha señalado que «*(…) De conformidad con los arts. 39 y 40 del CE* [Código Electoral]*, el TSE se erige como la máxima autoridad en materia electoral, con independencia funcional y autonomía administrativa y financiera, cuyas resoluciones son vinculantes para las autoridades civiles y militares, los partidos políticos y los ciudadanos a quienes se dirigen (…)*» (Sentencia de las once horas con cincuenta y dos minutos del día tres de febrero de dos mil diecisiete. Amparo 209-2015).

Respecto a la especial naturaleza del referido ente electoral, la misma Sala ha reseñado lo siguiente: «*(…) hay excepciones reconocidas por la propia Constitución, que por diversas razones separa del Órgano Judicial a ciertos entes públicos con funciones propiamente jurisdiccionales, es decir, de interpretación y aplicación del derecho para la solución de conflictos sociales, con carácter irrevocable, sin perjuicio del sistema de recursos (sentencia de 5-XII-2006, Inc. 19-2006). En la sentencia de 13-VI-2014, Inc. 18- 2014, se incluyó dentro de esas excepciones al TSE. Y precisamente, en relación con este punto, en la resolución de 19-IV-2017, Inc. 27-2015, este tribunal sostuvo que "[r]especto a la competencia constitucional del TSE, esta Sala ha reconocido que ella: (i) incluye funciones jurisdiccionales, es decir, de interpretación y aplicación del derecho para la solución de conflictos sociales, con carácter irrevocable; (ii) se sujeta al principio de unidad jurisdiccional, como un modo específico organización y funcionamiento del órgano decisor: independencia, imparcialidad, responsabilidad y predeterminación legal y no discriminatoria de sus funcionarios; y (iii) tiene una materia o especialidad electoral que se relaciona directamente con la protección o garantía de principios y derechos fundamentales imprescindibles para el sistema democrático salvadoreño (…)*" (el subrayado es nuestro) (Sentencia de las quince horas con treinta y un minutos del día diez de julio de dos mil dieciocho. Inconstitucionalidad 64-2015/102-2015/103-2015).

En la misma jurisprudencia, la Sala de lo Constitucional precisa un aspecto fundamental en relación con el control judicial de las decisiones del TSE producto de su particular función. Así, ha establecido que tal ente electoral posee "*potestad jurisdiccional*" en el sentido que sus decisiones *producen efectos de cosa juzgada* y, además, que *la única vía para ejercer un control judicial de las mismas es la constitucional*, en los términos indicados en el artículo 208 inciso 4° de la Constitución: "*El Tribunal Supremo Electoral será la autoridad máxima en esta materia, sin perjuicio de los recursos que establece esta Constitución, por violación de la misma*" (el subrayado es nuestro).

Así, el referido Tribunal estableció: «*(…) al poseer potestad jurisdiccional (…)* [las] *decisiones* [del TSE] *producen efectos de cosa juzgada y no pueden ser revisadas por ninguna otra autoridad más que por esta Sala, en los términos indicado en el art. 208 inc. 4° Cn. (…)*»

Esta interpretación ya había sido concretada en la sentencia de las trece horas con cincuenta y siete minutos del diecinueve de abril de dos mil diecisiete (Inconstitucionalidad 27-2015), en la que la misma Sala estableció que «*(…) el control constitucional reconocido en el art. 208 inc. 4° Cn. debe potenciar el desarrollo propio de la jurisdicción electoral, por ejemplo, rechazando conflictos centrados exclusiva o esencialmente en la interpretación y alcance de la normativa electoral infraconstitucional que, más bien, forman parte del núcleo competencial del TSE. Del mismo modo (…) se debería permitir que el propio TSE construya un marco deliberativo y progresivo de análisis, con deferencia hacia sus márgenes decisorios, salvo arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta u otras consideraciones estrictamente justificadas sobre la trascendencia constitucional del asunto respectivo (…)*» (el subrayado es nuestro).

Con fundamento en la anterior jurisprudencia y en el contenido del mencionado artículo 208 de la Constitución, cualquier conflicto jurídico con relación a un acto típico de la función electoral, en el que se advierta *además* la violación a un derecho de rango constitucional, *debe ser resuelto por la Sala de lo Constitucional, por la vía procesal idónea*.

En sentido inverso, cualquier otro supuesto constitutivo de *infracción legal* debe ser decidido por el mismo TSE, que se instituye como la máxima autoridad en esta materia; y aún «*(…)cuando el objeto de control planteado en* [un] *proceso* [ante la Sala de lo Constitucional] *se presente como una pretensión de inconstitucionalidad, pero en realidad se refiera a la mera interpretación de la legislación electoral, la incompetencia material de* [esa] *Sala también deriva de lo dispuesto en el art. 208 inc. 4° Cn. (…)*» (el subrayado es nuestro) (Sentencia de las trece horas con cincuenta y siete minutos del diecinueve de abril de dos mil diecisiete. Inconstitucionalidad 27-2015).”

LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE UN PARTIDO POLÍTICO NO ES UN ACTO ADMINISTRATIVO, NI LA INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA NORMA JURÍDICA QUE REGULA LAS CAUSAS DE DICHA CANCELACIÓN CONSTITUYE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

“6. A partir de los fundamentos teóricos, constitucionales y jurisprudenciales sentados en los apartados precedentes, esta Sala arriba a las siguientes conclusiones.

i. *El TSE se instituye como la máxima autoridad en materia electoral*.

La Constitución reconoce, a favor del mencionado organismo electoral, el *principio de exclusividad jurisdiccional en materia electoral*, lo que implica que el mismo, además de ser la máxima autoridad, *ejerce el monopolio en materia electoral* y, en consecuencia, sus decisiones -puramente electorales- no pueden ser revisables por otro órgano, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 208 inciso 4° de la Constitución.

No debe perderse de vista que el TSE se instituye como un tribunal *con jurisdicción* en materia electoral; es decir, con el *poder-deber* atribuido de manera originaria en la Constitución para decidir los conflictos jurídicos suscitados en esta área particular del derecho. En este orden, sus decisiones tiene por objeto proveer de certeza la voluntad popular expresada en los diversos procesos electorales.

ii.*Las decisiones del TSE en materia electoral son vinculantes y obligatorias para todas las autoridades y partidos políticos, mismas que adquieren calidad de cosa juzgada*.

iii. *El TSE tiene la función de interpretación y aplicación del derecho en materia electoral, con carácter irrevocable.*

iv. *Los actos del TSE producto del ejercicio de la función electoral, únicamente pueden ser sometidos al orden de la jurisdicción constitucional, por la violación de derechos constitucionales*.

A partir del carácter de máxima autoridad atribuido al mencionado ente electoral, se deduce que el mismo posee la competencia para resolver, *en última*

instancia, todas aquellas cuestiones derivadas del ejercicio de su función. Así, sus decisiones esencialmente electorales no pueden ser revisadas ni privadas de sus efectos por otro órgano; *ello, sin perjuicio de los procesos de amparo e inconstitucionalidad que procedan conforme con la Constitución* (artículo 208 inciso 4° de la Constitución).

Esto es consecuencia de la denominada *inmutabilidad* de jurisdicción electoral. Desconocer el carácter inalterable de las decisiones del TSE -estado de firmeza- y, con ello, su carácter jurisdiccional, equivaldría a negar su *status* de *máxima autoridad electoral*. Se impone, de este modo, la obligación de respetar la decisión del constituyente que optó por la creación de un órgano al que, aunque se encuentra fuera del Órgano Judicial, se le reconoce la potestad de ejercer la jurisdicción en un campo específico y delimitado: el *electoral*.

No debe perderse de vista que esta exclusividad fue reconocida, con antelación, en la derogada LJCA -emitida mediante Decreto Legislativo número ochenta y uno, del catorce de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, publicado en el Diario Oficial número doscientos treinta y seis, Tomo número doscientos sesenta y uno, de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho-, cuyo artículo 4 letra c), *al regular las materias ajenas al control contencioso administrativo*, establecía: "*No corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa: (…)* [la impugnación de] *c) los actos del Consejo Central de Elecciones* [hoy TSE] *y demás organismos electorales relacionados exclusivamente con la función electoral*".

Ahora, aun cuando la LJCA *vigente* no contiene la previsión normativa anterior, *bajo un criterio residual y negativo está vedada la posibilidad de impugnar actos producto de la función electoral*. Así, tal como se señaló al inicio de esta sentencia, el artículo 1 inciso 1° de este nuevo ordenamiento establece: «*La jurisdicción contencioso administrativa será competente para conocer de las pretensiones que se deriven de las actuaciones u omisiones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo (…)*» (el subrayado es nuestro).

v. *El acto de cancelación de la inscripción de un partido político no es un acto administrativo, ni la interpretación del contenido y alcance de la norma jurídica que regula las causas de dicha cancelación constituye función administrativa*.

La cancelación de un partido político no es una decisión autónoma del TSE en el marco de una estimación estrictamente administrativa; por el contrario, tal gravamen es producto de la voluntad popular de los electores expresada en las reglas legales que regulan las causas de cancelación. Consecuentemente, la interpretación de tales reglas no constituye "*actividad administrativa*".

Adicionalmente, al no constituir un acto administrativo, el procedimiento previo y la correlación de votos de los miembros integrantes del TSE para decidir la cancelación de un partido político*, no son elementos reglados de una "potestad administrativa"*, descartándose su control contencioso administrativo.

iv. Con los puntos argumentativos planteados en los apartados anteriores, este Tribunal, renovado totalmente en su conformación subjetiva, *se aparta del precedente judicial* contenido en:(*a*) el auto de las doce horas cincuenta minutos del nueve de noviembre de dos mil once y la sentencia de las doce horas del veinte de marzo de dos mil doce, correspondientes al proceso contencioso admi-

nistrativo 351-2011; y, (*b*) el auto de las doce horas cincuenta y cinco minutos del nueve de noviembre de dos mil once, del proceso bajo la referencia 350-2011.

Este cambio jurisprudencial obedece, no sólo a la variación de la conformación subjetiva de esta Sala sino, también, *a una justificación crítica, lógica y coherente, estrictamente jurídica*-desarrollada ampliamente en el cuerpo de esta sentencia-,*que habilita el cambio de criterio*, *habiéndose planteado una comparación argumental y dialéctica de las antiguas razones* -que podrían favorecer la pretensión impugnativa de la parte apelante-*con el reconocimiento actual de otras, más técnicas y ajustadas a la Constitución.*

Finalmente, si bien por seguridad jurídica los efectos producidos por las decisiones emitidas con anterioridad -en procesos contenciosos administrativos 350-2011 y 351-2011- deben mantenerse, en los términos en que se pronunciaron; a partir del presente pronunciamiento se efectúa un cambio en la interpretación jurisprudencial sostenida, en el sentido finado en la parte argumentativa de esta sentencia.

C. Decisión.

A partir de los argumentos de derecho planteados en la presente sentencia, esta Sala desestima los argumentos planteados por el PSP como fundamento de su recurso de apelación, puesto que las actuaciones administrativas que pretendió impugnar ante la Cámara de lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Santa Tecla, departamento de La Libertad, están exentas de control en el orden de la jurisdicción contencioso administrativa.

Consecuentemente, es conforme a derecho el auto definitivo de las trece horas cuarenta y dos minutos del veintinueve de marzo de dos mil diecinueve, mediante el cual la referida Cámara declaró -*in limine*- la improponibilidad de la demanda interpuesta contra el TSE, por considerar que «*(…) el objeto de la pretensión (…) está fuera del ámbito material de competencia que regula la LJCA (…)*» (folio 6 frente)."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 10-19-RA-SCA, fecha de la resolución: 04/06/2019

COMPETENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

AL NO TENER INDICADA UNA TRAMITACIÓN ESPECIAL Y NO SER POSIBLE DETERMINAR LA CUANTÍA, EL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER ES LA CÁMARA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

"II. Sobre los actos controvertidos, se realizan las siguientes consideraciones.

a. La pretensión de la parte actora consiste en *"(…) Se impugna como ilegal, nulos absolutamente y de pleno derecho (…)"* (folio 2 vuelto), situación que es confirmada en el petitorio de la demanda *"Concluidos los tramites de ley, se pronuncie Sentencia Definitiva declare la ilegalidad, nulidad absoluta y de pleno derecho (…)"* de los actos impugnados (folio 11 frente).

b. En cuanto al control judicial de los actos en referencia y al Tribunal competente para el conocimiento de las controversias que pudieran suscitarse res-

pecto de los mismos, debe tenerse en cuenta el contenido del artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa - en adelante LJCA - aprobada en el Decreto Legislativo N° 760 de fecha veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, publicado en el Diario Oficial N° 209, tomo N° 417, del nueve de noviembre de dos mil diecisiete. De conformidad con esta disposición, se establece la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, el cual reza: [...]

Se advierte de la lectura del anterior artículo que este Tribunal sólo tiene competencia para conocer de las actuaciones establecidas en la disposición relacionada.

Al trasladar estas consideraciones al caso que se analiza, y teniendo en cuenta que una de las autoridades demandadas es el Ministro de la Defensa Nacional, al no estar comprendida dicha autoridad entre las enumeradas en la disposición antes citada, se concluye que esta Sala es incompetente para conocer del acto pronunciado por éste, y que la parte actora pretende se declare nulo de pleno derecho, por lo que corresponderá la declaratoria en ese sentido.

c. De conformidad a lo establecido en el romano anterior y al artículo 36 de la nueva LJCA cuando *"(…) el Tribunal advierte que carece de competencia para conocer de la pretensión de que se trate, por razón de materia, cuantía o grado, deberá declararse incompetente y remitir la demanda al Tribunal que conforme a la ley sea competente en el plazo de tres días contados a partir del siguiente al de la notificación de la resolución en que declare la incompetencia.".*

En virtud de lo establecido en el artículo citado, a continuación, se determinará quién es el Tribunal competente para conocer del presente caso.

La LJCA en el capítulo II denominado SUJETOS PROCESALES, Sección I, ORGANO JURISDICCIONAL Y COMPETENCIA, artículo 16 regula las Normas para determinar la clase de proceso: *"Toda pretensión que se deduzca ante los tribunales contencioso administrativos que no tenga señalada una tramitación especial, será decidida en proceso abreviado o proceso común, según las reglas establecidas en la presente ley. Las normas de determinación de la clase de proceso por razón de la cuantía, solo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia. (…) En caso que no se pueda determinar la cuantía de la pretensión, ni siquiera de modo relativo, será competente para conocer de las pretensiones de que se trate la Cámara de lo Contencioso Administrativo respectiva en proceso común."*

En razón de lo anterior, se advierte que el presente caso no tiene indicada una tramitación especial, y aunado a ello no es posible determinar la cuantía del mismo, por lo que se colige que el Tribunal competente para conocer es la Cámara de lo Contencioso Administrativo de San Salvador; siendo procedente ordenar la remisión del mismo.

d. Por otra parte, con respecto al acto administrativo que se le atribuye al Presidente de la República y Comandante General de la Fuerza Armada, de acuerdo a la disposición citada, este Tribunal sí tiene competencia para conocer del mismo."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 15-19-PC-SCA, fecha de la resolución: 28/06/2019

COMPETENCIA

DEFINICIÓN

"1. El Estado es un concepto político y se configura como a una forma de organización social que detenta el poder soberano que emana del pueblo a través de los órganos que lo conforman, siendo estos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

A cada uno de estos órganos le es encomendado el realizar una función en particular a efecto de lograr cumplir los fines del Estado. Es así como el Órgano legislativo es el encargado de realizar la función legislativa, es decir crear, modificar o derogar (según sea necesario) las normas jurídicas de aplicación general y obligatoria que rigen a los ciudadanos; el Órgano Judicial por su parte se encarga de desempeñar la función jurisdiccional, encaminada a resolver las controversias y así determinar o declarar un derecho; mientras que al Órgano Ejecutivo le corresponde ejercer la función administrativa, la cual se configura como la actividad concreta y práctica desarrollada por el Estado para la inmediata obtención de sus cometidos, la misma procura el cumplimiento de los derechos y los deberes de los ciudadanos, hasta la prestación de servicios públicos que satisfagan las necesidades de aquellos.

Ahora bien las funciones antes enunciadas, son aquellas que de manera predominante ejerce cada uno de los tres poderes estatales, sin embargo es necesario apuntar que de manera excepcional cada órgano puede realizar una función distinta a aquella que le corresponde de manera particular. Es así como el Órgano ejecutivo puede, en un determinado momento, realizar función legislativa al ejercer la actividad reglamentaria, mientras que los Órganos Legislativos y Judicial pueden realizar función administrativa cuando por ejemplo dirigen las relaciones laborales que tienen con sus empleados, o cuando procuran satisfacer sus necesidades con la contratación de bienes o servicios brindados por particulares y así llevar a cabo la operación misma de las instituciones.

Para el ejercicio de dichas funciones, cada Órgano ha sido dotado de competencias, las cuales determinan los límites dentro de los cuales estos pueden actuar.

Es decir, que en materia administrativa la competencia puede ser definida como aquel conjunto de facultades, poderes y obligaciones que son atribuidos de manera expresa por la ley a cada uno de los órganos que integran a la Administración Pública. Debe tenerse en cuenta que las normas que establecen la competencia son de orden público, pues éstas se emiten con miras a salvaguardar el interés público, no al del órgano estatal, de ahí que se diga que la competencia es irrenunciable e improrrogable.

Procede en este punto denotar que la competencia se configura como un elemento esencial del acto administrativo, que como tal condiciona su validez; consecuentemente aquel que emita un acto administrativo ha de ser titular de la competencia que por ley le ha sido atribuida.

En el presente caso, la interrogante que se plantea es si la Junta Directiva del primer órgano del Estado es competente para suprimir una plaza, en aten-

ción a los preceptos de rango constitucional y legal que rigen a la Asamblea Legislativa; y es así como al analizar el planteamiento realizado por la parte actora, en atención a las premisas indicadas anteriormente, procede precisar:

[...]

Para el caso de autos, interesa analizar las que se encuentran consignadas en los ordinales 1° y 9°, las cuales prescriben: *«Art. 131.- Corresponde a la Asamblea Legislativa: 1°- Decretar su reglamento interior; (…) 9° Crear y suprimir plazas, y asignar sueldos a los funcionarios y empleados de acuerdo con el régimen de Servicio Civil (…)»*

Es decir, lo primero que dicho precepto constitucional atribuye a la Asamblea Legislativa es la labor de emitir una norma que regule su propio actuar."

REGLAMENTO INTERIOR DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA NO ES UN REGLAMENTO DE EJECUCIÓN QUE TENGA POR OBJETO A FACILITAR O ASEGURAR LA APLICACIÓN DE LA CORRESPONDIENTE LEY AL DESARROLLARLA

"Debe tenerse en cuenta que el Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa –en adelante RIAL–, no es un reglamento de ejecución que tenga por objeto a facilitar o asegurar la aplicación de la correspondiente ley al desarrollarla; por el contrario, se trata de un reglamento autónomo en cuanto no depende o no guarda relación con ninguna ley, sino que su emisión deriva directamente de la Constitución.

En el referido Reglamento se regula –a partir del mandato constitucional–, la organización, el funcionamiento y los procedimientos parlamentarios de la Asamblea Legislativa, de acuerdo con las facultades que le otorga la Constitución."
Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 84-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 27/03/2019

FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA

ROL EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

"Ahora bien, es necesario explicar, de manera sucinta, el rol del Fiscal General de la República en el proceso contencioso administrativo. Para ello, hay que partir del artículo 193 ordinales primero y segundo de la Constitución de la República: *«Corresponde al Fiscal General de la República: 1°- Defender los intereses del Estado y de la sociedad; 2º- Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad (…)*»

Luego, el artículo 23 de la LJCA regula que: *«El fiscal general de la República intervendrá en el proceso en defensa de la legalidad. Para tal efecto, el tribunal deberá notificarle a partir de la admisión de la demanda»*. En la ley en referencia, en diferentes artículos, como el 43, 47 y 50, se señala que el Fiscal General de la República debe expresar su opinión técnica, la cual, de acuerdo con la Constitución, debe ser en defensa del ordenamiento jurídico. De ahí que el rol de dicho sujeto procesal en el contencioso administrativo no se reduce al

de un mero espectador, sino que puede efectuar sus propias argumentaciones del asunto sometido a juzgamiento e, incluso, puede, eventualmente, presentar prueba y controlar las decisiones mediante los recursos pertinentes.

Dicho lo anterior, la agente auxiliar del Fiscal General de la República refiere concretamente un vicio de competencia de la autoridad demandada en la emisión del acto. Alegato que debe ser resuelto por esta Sala."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 84-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 27/03/2019

INTERÉS LEGÍTIMO

ALCANCE SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

"Ahora, conforme con el fundamento jurídico de la apelación interpuesta, el tema *decidendi* de este proceso exige una delimitación de la segunda categoría.

Al respecto, este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha sostenido que el interés legítimo se presenta como una expectativa de *obtención de ventajas* o *evitación de perjuicios*, frente a una actuación u omisión administrativa que recae sobre un derecho con el que no existe titularidad formal, *pero sí una relación subyacente de afectación material* (auto definitivo de las once horas cuarenta y seis minutos del trece de agosto de dos mil catorce, proceso referencia 266-2013;auto definitivo de las ocho horas doce minutos del día trece de febrero de dos mil dieciocho, proceso referencia 32-2018;auto definitivo de las ocho horas ocho minutos del día trece de febrero de dos mil dieciocho, proceso referencia 14-2018).

En idéntico sentido la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España se ha referido a tal categoría: «*(…) El concepto de interés legítimo*, *base de la legitimación procesal (…)equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta (…)* [P]*ara que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada)debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (…)*»(el subrayado es propio; sentencia del veintiséis de abril de dos mil dieciséis, recurso de casación 3733/2014).

La misma Sala, citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, ha establecido que «*(…)es necesario el concurso del interés legítimo como presupuesto habilitante para poder acceder a la jurisdicción, en palabras del Tribunal Constitucional «[e]l interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prospe-*

rar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida [...]», [entre otras (SsTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4; y STC 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3)]» (el subrayado es propio; sentencia del tres de marzo de dos mil catorce, recurso de casación 4453/2012).

Finalmente, conviene relacionar una caracterización hecha por la mencionada Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España,acerca de la figura procesal del interés legítimo: «*Por interés, (…) «legítimo, personal y directo», o bien, simplemente, «directo» o «legítimo, individual o colectivo», debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico- administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos. (…) Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado precisamente con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio como resultado inmediato de la resolución dictada. (…)* [La legitimación activa] *en el orden contencioso-administrativo viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial(…)*»(el subrayado es propio; sentencia del veintiséis de abril de dos mil dieciséis, recurso de casación 3733/2014).

Precisado lo anterior, este tribunal tiene a bien señalar que las alusiones jurisprudenciales hechas, meramente ilustrativas, permiten una mejor aproximación al contenido de la figura de la legitimación, puesto que las mismas han tenido por objeto el estudio y aplicación de tal categoría en el orden de la jurisdicción contencioso administrativa."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 12-19-RA-SCA, fecha de la resolución: 09/09/2019

JEFE DE AUDITORÍA INTERNA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

REÚNE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CARGOS DE CONFIANZA

"IV. La presente controversia consiste en determinar si la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa, con la emisión del acto administrativo impugnado, vio-

lentó los artículos 1, 2, 11, 12 y 86 inciso tercero de la Constitución de la República; así como los principios de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica.

Las anteriores vulneraciones han sido delimitadas por el demandante en el hecho que la autoridad demandada estaba obligada a motivar la decisión de separarlo del cargo de Auditor Interno.

Es importante señalar que, en la audiencia inicial celebrada a las diez horas del dieciocho de febrero de dos mil diecinueve, las partes coincidieron en que, de conformidad con el artículo 47 de la LJCA, es procedente declarar el proceso de mero derecho, porque los hechos están justificados con prueba instrumental y la disputa versa en la aplicación de la ley a la cosa cuestionada; proposición a la que no se opuso la representación del Fiscal General de la República; en ese sentido, se resolvió seguir los trámites del proceso de mero derecho.

Por otra parte, junto con la demanda se presentó una certificación del expediente personal del señor CBVM (folios 13 al 60), extendida por la Gerencia de Recursos Humanos de la Asamblea Legislativa. De conformidad con el artículo 341 del Código Procesal Civil y Mercantil (en adelante CPCM), de aplicación supletoria de conformidad con el artículo 123 de la LJCA, los instrumentos públicos constituyen prueba fehaciente de los hechos y actos a los que se hace referencia.

Asimismo, la autoridad demandada presentó los siguientes documentos: i) organigrama institucional de la Asamblea Legislativa, ii) Manual de descripción de puestos de la Unidad de Auditoría Interna, iii) Organigrama y descripción de elementos de la organización de la Unidad de Auditoría Interna, iv) acuerdo de Junta Directiva ********** (**********) de fecha veintidós de abril de dos mil quince en el que se aprueba el Manual de Descripción de puestos de la Asamblea Legislativa. [...]

En ese sentido, de la prueba documental y lo expuesto por las partes, se colige que el cargo que tenía el demandante, dentro de la Asamblea Legislativa era de jefe de Auditoría Interna de la referida institución y como consecuencia, es una plaza que reúne las características de ser de confianza de la Junta Directiva, de conformidad con el artículo 143 del Reglamento Interior de la institución."

CARGOS DE CONFIANZA NO TIENEN GARANTIZADA LA ESTABILIDAD LABORAL

"La parte actora es clara en concretizar que la falta de motivación que alega, consiste en que la autoridad demandada no plasmó cuáles fueron los motivos que la llevaron a perderle la confianza. En estricto cumplimiento al principio de congruencia procesal, esta Sala se limitará a examinar el vicio en comento, en la parte que el demandante lo circunscribió.

La motivación como ya se ha indicado, tiene como finalidad que el afectado tenga conocimiento de las razones fácticas y jurídicas con el objeto que pueda impugnar el acto que le es adverso ya sea en vía de recurso o mediante el control jurisdiccional, según el caso.

El señor CBVM, por medio de sus apoderados, ha insistido en que el acto no está motivado, entre otras cosas, porque no constan las razones que llevaron a la autoridad demandada a perderle la confianza; en consecuencia, con la emisión del acto impugnado, se le vulneró su derecho fundamental al trabajo.

La Junta Directiva de la Asamblea Legislativa en el acto impugnado señaló que, la plaza de jefe de Auditor Interno es de confianza, por lo que decidió separarlo de la institución, de conformidad con el inciso final del artículo 143 del Reglamento Interior de la referida institución, el cual establece: «*LOS CARGOS DE GERENTES Y JEFES DE UNIDADES SON DE CONFIANZA DE LA JUNTA DIRECTIVA*».

En este punto, es importante delimitar si la parte actora, siendo un servidor público con una plaza de jefe de Auditoría Interna dentro de la Asamblea Legislativa, que reunía las características de ser un cargo de confianza, gozaba de estabilidad laboral, para, de esta forma, determinar si era necesario plasmar la motivación que su apoderado consideró indispensable se hiciera constar en el acto impugnado, tales como, señalar los motivos por los cuales la autoridad le perdió la confianza o qué faltas al ordenamiento jurídico disciplinario cometió el señor CBVM, al grado que, al faltar, el acto se tornaría ilegal.

La estabilidad laboral es una categoría jurídica a favor de determinados servidores públicos en virtud del cargo y funciones que desempeñan en la Administración Pública, cuya finalidad es garantizar, proteger y conservar el trabajo cuando concurran las condiciones siguientes: i) que subsista el puesto de trabajo; ii) que el empleado no pierda su capacidad física o mental para desempeñar el cargo; iii) que las labores se desarrollen con eficiencia; iv) que no se cometa falta grave que la ley considere causal de despido; v) que subsista la institución para la cual se presta el servicio; y vi) que el puesto no sea de aquellos cuyo desempeño requiere de confianza personal o política.

El artículo 219 de la Constitución reconoce la estabilidad laboral de los empleados públicos incluidos en la carrera administrativa, y señala que la ley regulará el servicio civil y en especial las condiciones de ingreso a la Administración; así como la promoción, ascenso, traslado, entre otros, y la cesación de un servidor público. La referida norma también establece que están excluidos, además de otros, los cargos de confianza.

Como ya se dijo, no existe controversia en que el cargo de jefe de Auditoría Interna, que tenía el señor CBVM dentro de la Asamblea Legislativa, era de confianza porque así lo establece el Reglamento Interior de la referida institución; en consecuencia, el mismo no estaba garantizado con la estabilidad laboral, propio de los servidores que hacen carrera administrativa."

MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

"El demandante alegó que la autoridad demandada no motivó la decisión de separarlo del cargo. Ahora bien, por desempeñar un cargo de confianza dentro de la Asamblea Legislativa, la autoridad demandada podía interrumpir el vínculo laboral, ya que, de conformidad con el artículo 219 de la Constitución, el referido cargo no gozaba de estabilidad laboral.

Así las cosas, se dejó constancia que la motivación de los actos administrativos tiene la finalidad de que el afectado tenga conocimiento de las razones fácticas y jurídicas que llevaron a la Administración a adoptar la decisión, más aún cuando se limite un derecho del administrado. En el presente caso, la parte

actora alegó que en el acuerdo, que lo separó de su cargo de jefe de Auditor Interno, tenía que señalarse las causas o motivos por los cuales la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa perdió la confianza.

Como se ha indicado, la motivación tiene por finalidad que el destinatario del acto -que, por cierto, ha sufrido una alteración de su situación jurídica- pueda controvertirlo, discutir la decisión de fondo o impugnarlo. Las razones que, según el actor, le faltan al acto impugnado están estrechamente vinculadas a la defensa de la estabilidad laboral. Es decir, conocer ese contenido es necesario e indispensable para que un empleado público -incluido en la carrera administrativa y que goza de estabilidad laboral- pueda controvertirlo."

SI LA PLAZA ES UN CARGO DE CONFIANZA CONFORME AL REGLAMENTO INTERIOR DE LA INSTITUCIÓN, LA DECISIÓN ADOPTADA NO LIMITA EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL

"Sin embargo, debido a que la plaza que tenía el demandante era un cargo de confianza - conforme al Reglamento Interior de la institución-, la decisión adoptada por la autoridad demandada no limitó el derecho a la estabilidad laboral de la parte actora, porque se encuentra excluido de la carrera administrativa; en ese sentido, la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa, al tener claridad que la plaza de jefe era un cargo de confianza, no estaba legalmente obligada a expresar los motivos por los que se le perdió la confianza, que el señor CBVM alegó que debía contener.

De ahí que no se advierte el vicio de falta de motivación en la forma que ha sido alegado por el demandante.

V. El licenciado **********, apoderado general judicial del señor CBVM, solicitó, en la audiencia celebrada a las diez horas del dieciocho de febrero de dos mil diecinueve, que se decretara la medida cautelar consistente en el reinstalo provisional del referido señor, sin expresar algún elemento adicional a la que se tomo como base para denegar la misma.

Además, se concluyó en que el acto administrativo impugnado, no contiene el vicio de ilegalidad de falta de motivación de acuerdo a los elementos que consideraba el demandante, carece de sentido la emisión de una medida cautelar que pretendía el reinstalo del trabajador en el empleo que tenía en la Asamblea Legislativa."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 80-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 01/03/2019

LEY ESPECIAL PARA LA INTERVENCIÓN A LAS TELECOMUNICACIONES

CARÁCTER EXCEPCIONAL DE APLICACIÓN

2.3) En este punto, el demandante alegó que en el procedimiento administrativo 093/2016 se resolvió y comprobó la conducta atribuida por la incorporación de una prueba ilícita, la cual consistió en la intervención telefónica efectuada

en la investigación penal que se tramitó contra el licenciado **********, cuando fungió como Juez de Sentencia de La Unión.

Las partes han señalado que los audios obtenidos en el centro de intervenciones de la Fiscalía General de la República sirvieron para comprobar que el licenciado CRCU asesoró a la señora MJB. Tales audios fueron obtenidos en la investigación penal iniciada contra el licenciado **********, en la que se vio involucrada la señora B.

En ese orden, de conformidad con el artículo 314 ordinal 1° del CPCM, de aplicación supletoria según el artículo 123 de la LJCA, por ser unos hechos estipulados por las partes, no necesitan ser probados. Así las cosas, la controversia radica, en este punto, en que si la incorporación de los audios obtenidos en la investigación penal, seguida contra el licenciado **********, podían ser utilizados en el procedimiento administrativo sancionatorio con referencia 093/2016, tramitado contra el licenciado CRCU, a quien se le atribuyó el haber asesorado a la señora MJB.

El artículo 24 de la Constitución regula el derecho a la intimidad que tiene toda persona, cuyo contenido enmarca que la correspondencia o la información privada es inviolable, salvo las excepciones establecidas en la ley. El inciso final de la norma constitucional señalada, hace referencia a que, excepcionalmente, puede intervenirse las telecomunicaciones, acotando a cierta clase de delitos que deberán ser determinados en una ley.

La Ley Especial para la Intervención a las Telecomunicaciones (en adelante LEIT), fue emitida en el Decreto Legislativo número 285, del dieciocho de febrero de dos mil diez, publicada en el Diario Oficial número 51, tomo 386, del quince de marzo del mismo año, norma especial que establece los límites y alcances de las intervenciones telefónicas en la investigación del delito.

En el romano II de los considerandos de la LEIT se destaca la importancia de la intervención de las telecomunicaciones, ya que es una herramienta eficaz contra la persecución de la delincuencia grave, organizada y transnacional; pero por su carácter excepcional, debe ser proporcionada y razonable para preservar el derecho constitucional a la intimidad.

El artículo 2 regula los principios rectores que deben prevalecer al momento de intervenir las telecomunicaciones de manera excepcional; las letras c) y e) establecen el carácter reservado de la información privada ajena a la investigación de los tipos penales, así como reconoce el estricto grado de confidencialidad de la obtenida y que no tenga que ver con la investigación.

El artículo 3 de la LEIT señala que las intervenciones de las telecomunicaciones no pueden ser aplicadas de manera general, al contrario, su aplicación es restrictiva y, en caso de que surja una duda, debe prevalecer el respeto de los derechos a la vida privada, intimidad personal y el secreto de las telecomunicaciones.

“El artículo 5 de la ley en estudio expresa con claridad que la intervención de las telecomunicaciones es exclusivamente sobre cierta clase de delitos, en el inciso final se manifiesta la imposibilidad de su aplicación a otros delitos menos graves, salvo en el caso de conexidad; es decir, la ley siempre hace referencia a la posibilidad de intervención pero desde la persecución penal.

El artículo 18 de la LEIT prohíbe la edición del material obtenido durante las intervenciones de las telecomunicaciones. En este artículo se hace referencia a la prohibición de cortar, pegar, modificar, etc. el producto obtenido en el centro de intervenciones de la Fiscalía General de la República. El artículo 19 de la referida norma, reconoce el carácter reservado del procedimiento de intervención y, en el inciso final, se establece el estricto secreto sobre el contenido del material obtenido que no es útil para la investigación de los delitos.

Finalmente, el artículo 22 de la LEIT establece, ante la posibilidad de que se descubran otros delitos de los que excepcionalmente se puedan intervenir según el artículo 5, que debe pedirse una ampliación de la autorización judicial. En el inciso final del señalado artículo 22, regula que no tienen validez como prueba la información obtenida respecto de los delitos excluidos de la ley y que no sean conexos, la que servirá únicamente como noticia criminal.

Como se ha señalado, la LEIT, por el carácter excepcional de aplicación, hace referencia a que serán permitidas las intervenciones de las telecomunicaciones, siempre y cuando se investiguen los tipos penales que especifica; es decir, las acciones típicas, antijurídicas, culpables y punibles contempladas en el artículo 5 de la ley."

LA LEY ESTABLECE QUE LA UTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN EN UNA INVESTIGACIÓN QUE NO SEA PENAL, SI ES UTILIZADA COMO PRUEBA, CARECE DE VALIDEZ

"La autoridad demandada manifestó que se podían utilizar los audios obtenidos por que se autorizó una investigación penal contra la señora MJB. En el momento en que se presentó en el juzgado competente la solicitud de intervención y fue aprobada por esta, la información obtenida perdió el carácter de reservado, de conformidad con el artículo 25 de la LEIT. Sin embargo, esta interpretación no es compartida por esta Sala, debido a que la LEIT ha sido clara en delimitar la posibilidad de obtener información por medio de la intervención de las telecomunicaciones, siempre y cuando se esté investigando un tipo penal y que en el mismo tendría que haber estado involucrado el demandante.

Por otra parte, la LEIT delimitó el uso de la información obtenida que no tiene relación con la investigación penal, debido al derecho a la intimidad que tienen las personas, haciendo referencia que la misma no puede ser utilizada en ningún proceso o procedimiento; asimismo, la ley establece que la utilización de la información en una investigación que no sea penal, si es utilizada como prueba, carece de validez.

Entre las partes no existe discusión en que la información obtenida por la intervención de las telecomunicaciones, que sirvió como prueba para comprobar la conducta atribuida al demandante, fue por las escuchas efectuadas a la señora MJB, a quien, según la autoridad demandada, se le estaba investigando por el posible cometimiento de un tipo penal. Pero no se determinó que en esa investigación tuvo una presunta participación el licenciado CRCU.

Como se ha manifestado, la LEIT es clara en delimitar que existe la posibilidad de intervenir las telecomunicaciones, siempre que se esté en presencia del posible cometimiento de uno de los delitos establecidos en el artículo 5, los que

deben entenderse de manera taxativa. En el procedimiento administrativo sancionatorio con referencia 093/2016 no consta que la Corte Suprema de Justicia en Pleno advirtiera el cometimiento de un hecho delictivo atribuido al demandante, ya que en ningún momento puso un aviso ante la Fiscalía General de la República.

Por consiguiente, toda la información obtenida en la investigación penal tenía el carácter de confidencial y no podía ser utilizada en ningún proceso o procedimiento distinto, ello de conformidad con los límites y alcances que establece la LEIT.

En atención a lo expuesto, se concluye que en el procedimiento administrativo sancionatorio 093/2016 se violentó el principio de legalidad, por haber valorado la autoridad demandada una prueba que es ilícita, la cual es prohibida según el artículo 316 del CPCM, de aplicación supletoria al proceso contencioso administrativo en virtud del artículo 123 LJCA. En consecuencia, los audios obtenidos en la investigación penal solo podían ser utilizados en el proceso con referencia 70/2015, tramitado en el Juzgado de Sentencia de La Unión, y no, para comprobar una infracción administrativa.

En el expediente administrativo quedó evidenciado que la Corte Suprema de Justicia en Pleno, por medio de la Dirección de Investigación Judicial, desde el momento en que solicitaron los audios a los tribunales, primero, al Noveno de Instrucción de esta ciudad, que otorgó la autorización para la intervención de las telecomunicaciones, y segundo, al de Sentencia de La Unión, donde se tramitó el proceso penal 70/2015, se violentó la ley debido a que las referidas autoridades se encontraban imposibilitadas de remitir la información solicitada, por el carácter reservado que la misma LEIT establece, situación que no se puede soslayar por esta Sala.

Por consiguiente, debido a que los audios de intervención de las telecomunicaciones fueron utilizados como prueba, con la que se estableció el cometimiento de la conducta atribuida a la parte actora, el acto impugnado, en la parte que hizo referencia al procedimiento administrativo 093/2016 que decidió la remoción, es ilegal.

Adicionalmente, se advierte que al demandante se le atribuyó la conducta establecida en el artículo 55 letra h) de la Ley de la Carrera Judicial, que hace referencia a la prohibición de los miembros de «*Asesorar en asuntos judiciales*».

Sin embargo, la comunicación entre el licenciado CRCU y la señora MJB, por la forma en que se conoció el hecho, no puede entenderse como una asesoría en asuntos judiciales, ya que únicamente aquél intentó ayudar por una consulta que tenía la referida señora.

En otras palabras, la conducta atribuida al demandante no puede entenderse como una asesoría en asuntos judiciales, ya que el artículo 55 letra h) de la Ley de la Carrera Judicial, hace referencia a la prohibición de los miembros de asesorar en casos donde se intervenga como juez en un determinado proceso, por lo que también puede advertirse un problema de subsunción. Es decir, el hecho atribuido debe encajar en la norma aplicada y, en este caso, no existió una adecuación conforme a la ley de los hechos atribuidos para establecer que existió una asesoría en asuntos judiciales.

En el procedimiento administrativo con referencia 093/2016, el demandante alegó otros vicios que hacen referencia a la imposibilidad que tuvo para presentar medios de prueba y controvertir los presentados por la autoridad demandada, situación que se vuelve inoficioso examinar debido al vicio detectado de la prueba ilícita obtenida, ya que en nada cambiaría la decisión adoptada."
Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 70-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 10/12/2019

MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL PATRIMONIO CULTURAL

ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO MÚLTIPLE

"Puesto el anterior contexto, representativo de evidencia de material arqueológico con la presunción de valor cultural de los artículos 40 y 2 de la LEPPCES, la Directora Nacional de Patrimonio Cultural y Natural, en ejercicio de las potestades otorgadas por la LEPPCES, encauzó y supervisó la investigación arqueológica a la que se ha hecho referencia -*investigación arqueológica FASE II*-, misma que arrojó hallazgos relevantes, principalmente, en el sector "B" del inmueble de Inversiones e Inmobiliaria Fénix, S.A. de C.V.: «*(…) HALLAZGOS RELEVANTES EN EL SECTOR "B" (…)*[consistentes en] *1. Estructura prehispánica en buen estado de conservación (Operación 83) (…) 2. Concentración cerámica (Operación 87) (…) 3. Concentración de rocas y material cultural (Operación 96) (…) 4- Montículo seccionado (Operación 106) (…) 5. Posible ofrenda a estructura pequeña (Operación 107) (…) 6. Posible estructura prehispánica colapsada (Operación 108) (…) 7. Pequeña concentración cerámica (Operación 116) (…) 8. Alineación de piedras (Pozo anexo 121) (…)* [hechos de los que se deslindaron las siguientes] *CONCLUSIONES PRELIMINARES: La actividad prehispánica en la zona es evidente, principalmente y como era de esperarse, en las zonas aledañas a los sitios arqueológicos, en donde, la tierra se encuentra menos alterada, es por ellos que se pudo registrar algunos rasgos arqueológicos (…) cabe destacar que durante las excavaciones arqueológicas SI se registraron bienes culturales inmuebles, como estructuras prehispánicas, que ameritan su conservación (…)*» (folios 191 al 198 del expediente administrativo).

ii. Tal como se sostuvo en el número 4 de la letra D del romano III de esta sentencia, el artículo 8 de la LEPPCES, conforme con su contenido, posee dos finalidades en torno a la protección del patrimonio cultural: *la primera*, otorgar a la autoridad competente las herramientas necesarias para la salvaguarda y protección de bienes culturales y, además, de aquellos bienes que, a su criterio, puedan formar parte del tesoro cultural salvadoreño; y, *la segunda*, intrínsecamente relacionada con la anterior, relativa a someter al administrado a una autorización previa, cuando se pretendan ejecutar planes de desarrollo urbanos y rurales, de obras públicas en general y de construcciones o restauraciones privadas, *que de un modo u otro se relacionen con un bien cultural*.

Del examen del procedimiento administrativo verificado por la Administración para la emisión del acto administrativo impugnado en primera instancia -"re-

solución modificativa 053-2017, A 107.1 Ref. 666.2017", de fecha dieciocho de diciembre de dos mil diecisiete-, esta Sala advierte que este acto se emitió en ocasión del despliegue de las dos potestades relacionadas en el párrafo anterior.

Así, como antecedente a tal acto, la Administración instó un procedimiento para verificar la procedencia de la autorización previa regulada en el artículo 8 inciso 2° de la LEPPCES, respecto del proyecto de desarrollo urbano de la apelante. De ahí que, mediante la resolución identificada como "A 107.1 ref. 525/2017", de fecha trece de octubre de dos mil diecisiete, *se autorizó la continuidad del proyecto "Urbanización Las Victorias", en el sector "A" del inmueble respectivo*, estableciéndose como límite que la remoción de tierra, cuya profundidad superara los cero punto veinte metros, debía ejecutarse con la presencia de un arqueólogo con el objeto de descartar hallazgos fortuitos en el transcurso de la ejecución de las obras en construcción.

No obstante, posteriormente, con fundamento en los hallazgos documentados por los arqueólogos consultores respectivos, en el "informe HF-SO-001-2017" -que consta de folios 174 al 207 del expediente administrativo-, la Directora Nacional de Patrimonio Cultural y Natural emitió la mencionada "resolución modificativa 053-2017, A 107.1 Ref. 666.2017", de fecha dieciocho de diciembre de dos mil diecisiete -que es la actuación impugnada en primera instancia-.

En este punto debe precisarse que dicha decisión, a partir de su particular tenor, se instituye como un *acto administrativo de contenido múltiple*. En otras palabras, se trata de una resolución administrativa que, a partir de su núcleo argumentativo y decisorio, articula dos declaraciones unilaterales de voluntad, obviamente diferentes, producto del ejercicio las potestades administrativas pertinentes.

Así, en primer lugar existe, en la "resolución modificativa 053-2017, A 107.1 Ref. 666.2017", la declaración administrativa consistente en la *autorización* de la factibilidad del proyecto de la apelante, sujetando su ejecución a ciertos requerimientos técnicos enfocados a la protección y valorización del patrimonio cultural localizado en el inmueble del caso.

En segundo lugar, es concluyente que, en atención al *periculum in mora* constatado *in situ*, la Administración desplegó sus potestades de conservación y protección inmediatas, otorgadas por el legislador en el artículo 8 de la LEPPCES, instaurando así una serie de medidas de protección sobre los bienes -con vocación a la pertenencia del patrimonio cultural- descubiertos en el inmueble de la apelante.

En este sentido, la autoridad administrativa estableció una "zona protegida integralmente" y un "área de influencia de protección", determinando en la misma resolución una serie de "usos permitidos y no permitidos" de cada área del inmueble antedicho.

iii. Ahora bien, debe recordarse que el alegato deducido por la sociedad apelante, en este punto, radica en la estimación de que la Cámara erró al justificar la emisión de la "resolución modificativa 053-2017, A 107.1 Ref. 666.2017", en su naturaleza de "medida cautelar", ello, puesto que dicha resolución no es un acto provisional sino *definitivo*. En este mismo orden de ideas, adujo la re-

currente, la Cámara también erró al desestimar, como condición de emisión del acto en cuestión, el desarrollo del procedimiento regulado en el artículo 26 del RLEPPCES.

Precisado lo anterior, interesa analizar, ahora, cuál es la verdadera naturaleza jurídica de las medidas de protección adoptadas en la "resolución modificativa 053-2017, A 107.1 Ref. 666.2017" -actuación impugnada en primera instancia-.

Al respecto, esta Sala es enfática en señalar que la naturaleza de un acto administrativo no deriva, *automática e irreflexivamente*, de su mera denominación formal ni de aquellos calificativos gramaticales que la autoridad pública haya utilizado para identificarlo, en el caso concreto. Por el contrario, la correcta dimensión de un acto administrativo parte, entre otros, de la delimitación de la potestad cuyo ejercicio lo ha generado, de la precisión de su contenido esencial y preceptivo, de la verificación de su conformidad con determinada norma habilitante y, además, del análisis del alcance de sus efectos."

EMISIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE PATRIMONIO CULTURAL

"a. De conformidad con la ley especial del caso, esta Sala advierte que las medidas de protección contenidas en la "resolución modificativa 053-2017, A 107.1 Ref. 666.2017", pueden ser emitidas por la autoridad competente: (*1*) durante la tramitación de un procedimiento administrativo que tenga por objeto declarar un bien cultural; (*2*) previo al inicio del mismo y, además, (*3*) en cualquier otro procedimiento -previo a su inicio o en su desarrollo- bajo la condición de la existencia, comprobada, de circunstancias materiales de afectación al patrimonio cultural salvadoreño o a bienes con la vocación de pertenecer al mismo, y que, por lo tanto, ameriten la emisión de medidas de conservación -*existencia de hechos determinantes para el ejercicio de la potestad administrativa*-.

Entender que estas medidas únicamente están circunscritas a un tipo de procedimiento en particular, implicaría inutilizar, materialmente, las potestades conferidas a la Directora Nacional de Patrimonio Cultural y Natural. En esa lógica errada, una medida de protección, siendo necesaria y urgente ante la comprobada e *inminente* actividad devastadora que amenaza el patrimonio cultural salvadoreño, estaría supeditada a un aspecto puramente formal -tipo de procedimiento-; en otras palabras, el *tipo* procedimiento, como condición para la validez de una medida de protección, se constituiría en *un fin en sí mismo*, y no en un factor instrumental para la protección de bienes culturales o, en su caso, de bienes con la presunción de valor cultural.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional de esta Corte ha señalado que «*(…) la jurisprudencia constitucional ha determinado como rasgos definitorios de las medidas cautelares, entre otros, los siguientes caracteres: (a) instrumentalidad: las medidas cautelares están predeterminadas, en general, al aseguramiento de una resolución definitiva, es decir, debe atender a la eficacia práctica de la decisión que pretende asegurar; (b) provisionalidad, pues sus efectos tienen duración limitada, es decir, no aspiran a transformarse en definitivas, sino que por su naturaleza están destinadas a extinguirse en el momento en que se dicte la*

resolución sobre el fondo del asunto o desaparezcan las razones que la motivaron; (c) urgencia, pues no basta para su pronunciamiento la idea de peligro, sino que precisa que exista urgencia en sí, pues de no proveer a él rápidamente, el peligro se transformaría en realidad; (d) alterabilidad, es decir, son variables y aun revocables, siempre de acuerdo al principio "rebus sic stantibus"; esto es, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó –aumento o disminución del periculum in mora, desaparición del mismo o disminución del fumus boni iuris–; (e) no surten efectos de cosa juzgada: su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y su especial provisionalidad, excluyen la duración de los efectos de una decisión. (…) Otra de las características esenciales de las medidas cautelares es la proporcionalidad, según la cual la medida cautelar que se adopte no debe exceder la medida necesaria para evitar los riesgos que implicaría su no adopción» (Auto simple de las doce horas con seis minutos del día veinticuatro de febrero de dos mil diecisiete. Proceso de inconstitucionalidad 19-2016).

Sentado ello, la caracterización de las medidas adoptadas en este caso advierte su naturaleza de *medidas cautelares*. Es decir, se trata de providencias adoptadas por el órgano administrativo competente, que tienen por objeto, entre otros, generar una protección urgente e inmediata ante la afectación de un conjunto de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico.

En el presente caso, dichas medidas importan la tutela de los intereses generales del Estado en materia cultural y su objeto especifico es, precisamente, evitar la consumación de hechos y circunstancias que amenazan la indemnidad de los bienes, con vocación a la pertenencia del patrimonio cultural, descubiertos en el inmueble de la apelante.

Así, en virtud de los elementos fácticos y jurídicos de la controversia, es concluyente que las medidas que se comentan: (*1*) fueron emitidas a partir de la existencia de un peligro comprobado e inminente de bienes con vocación de pertenencia al patrimonio cultural salvadoreño -*periculum in mora*-; (*2*) son representativas, en su contenido esencial, del ejercicio de la potestad administrativa de protección del artículo 8 de la LEPPCES; (*3*) su emisión obedece a un fin instrumental, es decir, asegurar la indemnidad de un conjunto de bienes con la presunción de valor cultural, mientras no exista una declaración administrativa que ratifique su pertenencia al tesoro cultural; y, finalmente, (*4*) las cargas y limitantes que tales medidas imponen -efectos jurídicos concretos- están subordinadas a la facultad discrecional de la autoridad competente para acordarlas, quien, vale precisar, ha analizado detenidamente las circunstancias concurrentes y habilitantes del caso; y, finalmente, (5) sus efectos jurídicos están puestos para la salvaguarda limitada."

LAS MEDIDAS DE CONSERVACIÓN QUE FUERON EMITIDAS EN EL MARCO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL CONTROL *EX POST FACTO* DE LA AUTORIZACIÓN, CONSTITUYEN MEDIDAS CAUTELARES

"En este punto, esta Sala considera necesario insistir en el postulado relativo a que la naturaleza de un acto administrativo *no puede ser producto de una*

derivación, automática e irreflexiva, de su mera denominación ni de aquellos calificativos de la jerga que la Administración haya utilizado, en su contenido, para identificarlo. En este sentido, el juicio ontológico de la "resolución modificativa 053-2017, A 107.1 Ref. 666.2017" debe superar el simple y llano examen de la "denominación" de sus medidas concretas -verbigracia, títulos como el "establecimiento de una zona protegida integralmente" y de un "área de influencia"-.

En este *iter* lógico jurídico, independientemente del calificativo adoptado, resultan identificables, sin lugar a dudas, las limitantes materiales que derivan del acto administrativo mismo y que, de conformidad con el artículo 8 inciso 2° de la LEPPCES, son representativas de la potestad para dictar "*(…)las medidas de protección que* [se] *estime necesarias (…)*".

Precisamente, ello confirma otra de las características propias de las medidas cautelares: su concreción a partir de un sistema de *numerus apertus*. En otras palabras, su catálogo de posibilidades materiales -independientemente de su denominación-deviene de la variada casuística, que deriva de las múltiples situaciones jurídicas, tal como ha ocurrido en el presente caso.

b. En consonancia con lo anterior, se reafirma que las medidas de conservación contenidas en la "resolución modificativa 053-2017, A 107.1 Ref. 666.2017", constituyen medidas cautelares, tal como lo delimitara la Cámara, mismas que fueron emitidas en el marco de un procedimiento administrativo para el control *ex post facto* de la autorización regulada en el artículo 8 de la LEPPCES.

Consecuentemente, esta Sala verifica que la Cámara de lo Contencioso Administrativo no interpretó de forma errónea el artículo 26 de la LEPPCES, al relacionar en la sentencia recurrida que «*(…)la autoridad demandada hizo uso de las competencias que le confiere la Ley, ya que, pese a que la parte actora no contaba con el permiso o autorización previa que establece el Art. 8 inciso 2 de la LEPPCES, autorizó de forma condicionada las obras de construcción que pretende concluir la parte actora (…)* [de tal manera que]*la autoridad demandada no restringió*[el derecho de propiedad de Inversiones e Inmobiliaria Fénix, S.A. de C.V.] *(…) de forma arbitraria, por cuanto no le ha despojado ilegalmente del dominio de sus inmuebles, ni le ha impedido de forma ilegal su uso sino que la Directora Nacional de Patrimonio Cultural ejerció sus potestad de otorgar medidas provisionales de salvaguarda y protección (…)*» (folio 448 frente del expediente judicial 00012-18-ST-COPC-CAM).

Así las cosas, el acto administrativo impugnado en primera instancia constituye la materialización de las potestades encomendadas por el legislador a la autoridad apelada, que siguen: por una parte, autorizar los planes de desarrollo urbano que de un modo u otro de relacionan con un bien cultural, y por otra, adoptar las medidas de protección que estime necesarias, bajo un criterio de urgencia, ante el daño o peligro de un bien que a su criterio pueda formar parte del patrimonio cultural salvadoreño.

iv. Finalmente, dado los conceptos y razones de derecho vertidas en los apartados precedentes, esta Sala considera necesario realizar una serie de consideraciones en torno al acto administrativo analizado -"resolución modificativa

053-2017, A 107.1 Ref. 666.2017"-, bajo el carácter de medida cautelar; ello, con el objetivo de emitir una decisión de fondo cohesionada y que provea seguridad jurídica a sus destinatarios.

En primer lugar, debe señalarse que una característica connatural de toda medida de protección del patrimonio cultural salvadoreño, es el impacto negativo en la esfera jurídica de su destinatario, mismo que, a partir de una ponderación de intereses, ha cedido frente a la tutela de un interés público: neutralizar la puesta peligro o destrucción inminente e irreparable del patrimonio cultural salvadoreño.

Sin embargo, este gravamen, por su misma naturaleza cautelar, no puede perpetuarse en el tiempo en ausencia de un acto que resuelva, de manera definitiva, la situación jurídica de las personas vinculadas al caso en particular.

En este orden de ideas, esta Sala es enfática en señalar que, en aplicación del principio de seguridad jurídica y existiendo un límite para el ejercicio de toda potestad administrativa, *una vez que la presunción de validez y eficacia de la "resolución modificativa 053-2017, A 107.1 Ref. 666.2017" deje de ser objeto de control judicial ante este Tribunal y, también, ante la Cámara de lo Contencioso Administrativo*, la Directora Nacional de Patrimonio Cultural y Natural *tendrá la carga legal de iniciar el procedimiento administrativo que conforme a derecho corresponda, a fin de generar una protección definitiva (no cautelar) de los bienes arqueológicos descubiertos en el inmueble de la parte apelante,* pues tal como se deslinda del cuerpo argumentativo de esta sentencia, tales bienes están excluidos de los límites establecidos por el acuerdo ejecutivo número 15-0583, del catorce de mayo de mil novecientos noventa y siete, publicado en el Diario Oficial número ciento once, Tomo trescientos treinta y cinco, del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y siete, mediante el cual se declaró "bien cultural" el sitio arqueológico Tacuscalco Los Cerritos, del municipio y departamento de Sonsonate.

Consecuentemente, la autoridad administrativa reseñada deberá resolver de forma definitiva la situación jurídica del inmueble propiedad de Inversiones e Inmobiliaria Fénix, S.A. de C.V., puesto que el acto sometido a control judicial -"resolución modificativa 053-2017, A 107.1 Ref. 666.2017"-, conforme su contenido esencial y efectos jurídicos, se instituye, únicamente, como una medida cautelar.

v. En conclusión, este Tribunal considera que no existe, en la sentencia recurrida, una errónea aplicación del artículo 26 de la LEPPCES, puesto que, la Cámara de lo Contencioso Administrativo fue asertiva al determinar que la actuación administrativa impugnada se encuadra, *en primer lugar,* en el ejercicio de la potestad autorizatoria que establece el artículo 8 inciso 2° de la LEPPCES, y en segundo lugar, en la potestad para emitir medidas provisionales de salvaguarda y protección (folio 448 frente del expediente judicial 00012-18-ST-COPC-CAM)."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 13-19-RA-SCA, fecha de la resolución: 04/10/2019

NULIDAD DE PLENO DERECHO

AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA CONSTITUYE UN REQUISITO NECESARIO PARA EL CORRECTO INICIO Y DESARROLLO DEL PROCESO

"1. La «revocatoria por razones de legitimidad» del artículo 3 de las DTPARAP frente al supuesto agotamiento «extraordinario» de la vía administrativa.

i. Resulta necesario delimitar el fundamento de la Cámara de lo Contencioso Administrativo a partir del cual, no solo justificó la improponibilidad de la demanda de la primera instancia, sino, además, estimó la configuración de un presupuesto procesal infranqueable para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, en el planteamiento de pretensiones de nulidad de pleno derecho.

En concreto, la demanda de las aerolíneas identificadas en el preámbulo de esta sentencia, contentiva de una pretensión de nulidad absoluta o de pleno derecho, fue declarada improponible pues, según la Cámara, es presupuesto procesal insalvable en este tipo de pretensiones, el planteamiento previo -en sede administrativa- de la «revocatoria» regulada en el artículo 3 de las DTPARAP. Este requerimiento fue calificado por el mencionado tribunal como «agotamiento extraordinario de la vía administrativa».

a. En detalle, la Cámara de lo Contencioso Administrativo, en la resolución de las quince horas del diecisiete de julio de dos mil diecinueve, hizo alusión al criterio sostenido por ella misma respecto a [...] (folio 355 frente y vuelto del expediente judicial 039-19-ST-COPC-CAM).

b. En suma, la Cámara sostuvo su decisión -improponibilidad de la demanda de la primera instancia- con lo que sigue: [...]vuelto del expediente judicial 039-19-ST-COPC-CAM).

ii. El «*agotamiento de la vía administrativa*» es la consunción de un procedimiento, en todas sus fases decisorias posibles, por haberse interpuesto, en tiempo y forma, y cuando procede, el recurso administrativo que la ley instituye como *preceptivo* para controvertir, ante la misma Administración, la validez y eficacia de las decisiones de sus órganos.

Tal figura jurídica constituye un *presupuesto procesal exclusivo* del orden contencioso administrativo. Bajo este carácter, implica un requisito necesario para el correcto inicio y desarrollo del proceso, en cuanto a situaciones netamente procesales que permiten la admisibilidad de una demanda y la validez de su resolución.

Hecha esta precisión, es concluyente que el concepto «agotamiento de la vía administrativa» está circunscrito, ineludiblemente, a los denominados «recursos administrativos»: el primero, como presupuesto procesal, no puede concebirse ajeno o desvinculado de los segundos.

Como colofón de esta sección debe reseñarse que un «recurso administrativo» es un mecanismo o instrumento de impugnación previsto por la ley, para ser deducido ante la misma Administración, por quién está legitimado para ello, con la finalidad de obtener la anulación o modificación de una decisión previa, ya sea por el mismo órgano que la emitió o, en su caso, mediante un control

ejercido por el superior jerárquico u órgano que determine la ley. En este orden, un recurso administrativo tiene por objetivo someter a *autocontrol* una decisión derivada del ejercicio de las potestades públicas, y emitida por un órgano de la misma Administración.

Este contexto permite vislumbrar otra característica fundamental del «recurso administrativo»: su titularidad corresponde, exclusivamente, al sujeto de derecho legitimado para obtener la anulación o modificación de la decisión respectiva; en otras palabras, este instrumento supone una relación de pertenencia y exclusividad de la «acción» impugnativa, respecto del que la ejerce."

LA REVOCATORIA POR RAZONES DE LEGITIMIDAD DEL ARTÍCULO 3 DE LAS DTPARAP, QUE PUEDE SER A PETICIÓN POR EL INTERESADO O DE OFICIO, POR SU MISMA NATURALEZA Y EFECTOS JURÍDICOS, NO CONSTITUYE UN RECURSO ADMINISTRATIVO

"iii. Tal como se señaló *supra*, la Cámara estima que, antes de deducirse una pretensión de nulidad de pleno derecho, debe plantearse, en sede administrativa, la «revocatoria» regulada en el artículo 3 de las DTPARAP; actuación previa que dicha Cámara estima obligatoria y constitutiva de una especie de «agotamiento extraordinario de la vía administrativa».

a. Pues bien, el mencionado artículo 3 de las DTPARAP regula la denominada «*revocatoria por razones de legitimidad*».

Al concretar esta evocación conceptual, el legislador reguló, expresamente, lo que sigue: «*Los actos desfavorables podrán ser revocados por la Administración, de oficio o a instancia del interesado. Solo a instancia del interesado puede la Administración Pública revocar por razones de legitimidad sus actos que produzcan efectos favorables. El interesado podrá solicitar la revocatoria de los actos administrativos en cualquier tiempo en los supuestos de nulidad absoluta, pero en los casos de nulidad relativa solo podrá hacerlo mediante la interposición de los recursos a los que se refiere el artículo 2 de este decreto*» (el subrayado es propio).

b. Esta Sala ya precisó, arriba, la ontología jurídica de los recursos administrativos develando, como una de sus características, la exclusividad en el ejercicio de su «acción» precursora, ello, en el sentido que su titularidad corresponde, justamente, al sujeto de derecho legitimado para su interposición.

Frente a tal premisa debe señalarse que la «*revocatoria por razones de legitimidad*» del artículo 3 de las DTPARAP, *que puede llevarse a cabo a partir de una petición gestada por el interesado o de oficio*, por su misma naturaleza y efectos jurídicos, no constituye un «recurso administrativo»."

REVOCATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN CUALQUIER TIEMPO EN LOS SUPUESTOS DE NULIDAD ABSOLUTA, SÓLO PUEDE REFERIRSE A ACTOS QUE HAYAN PUESTO FIN A LA VÍA ADMINISTRATIVA O QUE NO HAYAN SIDO RECURRIDOS EN PLAZO

"El término «revocatoria» utilizado por el legislador para intitular la norma antedicha evoca, abstractamente y sin mayor profundidad, el genérico *recurso*

de revocatoria - denominación propia del ámbito jurisdiccional y no de un procedimiento administrativo-. Este factor, puramente conceptual, invita a estimar, automática e irreflexivamente, que el artículo 3 de las DTPARAP ha instituido un recuro administrativo *sui generis* del cual puede deslindarse, erróneamente, un especial agotamiento de la vía administrativa.

Sin embargo, esto no es más que un equívoco conceptual. La naturaleza jurídica de la «*revocatoria por razones de legitimidad*», a pesar que puede llevarse a cabo, *en uno de sus supuestos de inicio*, a partir de una petición gestada por el interesado; no es la de un recurso administrativo. Su origen, contenido esencial, titularidad, supuestos de procedencia y, además, particulares efectos jurídicos; son variables que la distancian del concepto «recurso administrativo» y la instituyen, autónomamente, como la denominada potestad de «*revocación de los actos propios*» depositada en la Administración para revisar y, de ser necesario, extinguir un acto previo en ocasión de una infracción al ordenamiento jurídico.

Es ampliamente reconocido que la revocación -no revocatoria- es una de las *formas de extinción de los actos administrativos* dispuesta por los órganos que actúan en ejercicio de la función administrativa. Ésta -la revocación de los actos propios- se puede fundar en razones de oportunidad o de ilegitimidad, según se haya establecido en la legislación respectiva -el artículo 3 de las DTPARAP se refiere a la anulación de actos «*por razones de legitimidad*»-.

En sentido lato, revocación es sinónimo de alteración del acto por la propia Administración. Comprende la derogación sin sustitución, la derogación con sustitución y la simple modificación del mismo por el órgano administrativo que lo emitió o, en su caso, mediante un control ejercido por el superior jerárquico u órgano que determine la ley. De modo tal que, en sus consecuencias normativas, el acto de que se trate desaparece del orden jurídico o subsiste modificado (Dromi, Roberto. “El procedimiento administrativo”. Ed. Ciencia y Cultura. Ciudad Argentina. 1999. Pág. 244).

En este contexto es preciso abonar que, para el caso del artículo 3 de las DTPARAP y su particular «*revocatoria de los actos administrativos en cualquier tiempo en los supuestos de nulidad absoluta*»; esta sólo puede referirse a los actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Por lo tanto, se trata de una vía de eliminación de actos nulos absolutamente, evidentemente «*alternativa*» al recurso administrativo. Ergo, si cabe éste -el recurso administrativo-, no procederá la revocación de los actos propios, salvo que se deje transcurrir el plazo para la interposición del recurso, en cuyo caso sería procedente aquella (Gallego Anabitarte, Alfredo. et al. “Acto y procedimiento administrativo”. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 2001. Pág.278).

Ilustrativamente y en atención a la función pragmática y general de la jurisprudencia, debe referirse que, de la resolución administrativa que declare la nulidad de pleno derecho, o no, de determinado acto -sometido a revisión en ejercicio de la potestad administrativa de «revocación de los actos propios»-,solo cabe la interposición de una demanda en el orden contencioso administrativo, a efecto de decidir, *directamente*, la procedencia o no de la «revocación del acto»; es decir, la legalidad del ejercicio de la potestad de la Administración que la condujo al convencimiento de la existencia, o no, del vicio respectivo. No obstante, el

pronunciamiento judicial implicaría, *indirectamente*, decidir sobre la concurrencia del vicio de nulidad absoluta de que se trate."

EL EJERCICIO DE LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS PROPIOS NO ES AGOTAMIENTO EXTRAORDINARIO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA, NO PUEDE ESTATUIRSE COMO UNA CONDICIÓN SINE QUA NON PARA ACCEDER AL ORDEN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

"c. Con fundamento en lo expuesto en los apartados anteriores, son concluyentes lo siguientes postulados.

El artículo 3 de las DTPARAP, en cuanto a la «*revocatoria de los actos administrativos en cualquier tiempo en los supuestos de nulidad absoluta*», no ha instituido ningún «recurso administrativo». Por el contrario, tal norma ha configurado la potestad administrativa, autónoma y alternativa a la revisión recursiva, denominada «*revocación de los actos propios*».

La titularidad de tal potestad -contrario a los recursos administrativos cuya disposición corresponde a un sujeto de derecho legitimado y distinto del emisor del acto respectivo- es exclusiva de la Administración: se trata de un poder público cuyo ejercicio *no está condicionado a la súplica particular*, por el contrario, implica una actuación que puede realizarse oficiosamente -hecho que no cabe, de origen, en el contexto de un recurso administrativo-.Al tenor del artículo 3 de las DTPARAP «*Los actos desfavorables podrán ser revocados por la Administración, de oficio o a instancia del interesado*» (el subrayado es propio).

Dado que la potestad analizada no constituye un «recurso administrativo», ergo, no se erige como un supuesto de «agotamiento de la vía administrativa», presupuesto procesal que alude, exclusivamente, a la deducción de recursos administrativos.

En cuanto al «agotamiento de la vía administrativa», no existe la escisión conceptual ideada por la Cámara de lo Contencioso Administrativo relativa a un agotamiento ordinario y otro «*extraordinario*». Este presupuesto procesal es uno solo, cohesionado en su sentido procesal, sin ninguna variación y ajeno a cualquier supuesto diferente a un «recurso administrativo».

iv. En suma, a partir de las premisas formuladas en los apartados precedentes, es concluyente que el ejercicio de la potestad administrativa regulada en el artículo 3 de las DTPARAP -«*revocación de los actos propios*»- no comporta ningún «agotamiento extraordinario de la vía administrativa», como erróneamente lo ha interpretado el tribunal *a quo*. De ahí que no puede estatuirse, como lo pretende tal tribunal, como una «*condición sine qua non*» para acceder al orden contencioso administrativo."

QUE LA ADMINISTRACIÓN REVISE SUS PROPIOS ACTOS NULOS DE PLENO DERECHO, POR MEDIO DE UNA PETICIÓN, NO CONSTITUYE UNA ACCIÓN PRECEPTIVA Y HABILITANTE DE LA VÍA JURISDICCIONAL

"2. La «revocatoria por razones de legitimidad» del artículo 3 de las DTPARAP como un presupuesto procesal autónomo y diferente al agotamiento de la vía administrativa.

Concluido que el artículo 3 de las DTPARAP no instituye un agotamiento extraordinario de la vía administrativa, debe analizarse si el ejercicio de la potestad de «revocación de los actos propios», considerada ajena e independiente del agotamiento de la vía administrativa, puede constituir un presupuesto procesal *sui generis* -de un género o especie singular y excepcional que condicione el acceso al orden de la jurisdicción contencioso administrativa.

i. La LJCA, al establecer los requisitos que condicionan el acceso al proceso contencioso administrativo, ha actuado bajo el *principio de especificidad*, ello, en atención a que los presupuestos procesales comportan, materialmente, cargas u obligaciones para el justiciable que en determinados supuestos pueden impedir el acceso a la tutela jurisdiccional.

Así las cosas, ninguna disposición de la LJCA establece que sea «presupuesto procesal» o «requisito *sine qua non*» del ejercicio de la acción contencioso administrativa, el haber invitado a la Administración, previamente y por medio de la petición regulada en el artículo 3 de las DTPARAP, al ejercicio de su potestad de «revocación de los actos propios».

Ciertamente, esta potestad implica una oportunidad reglada para la Administración a fin de revisar sus actos firmes, en pos de la legalidad; sin embargo, dicha oportunidad *no comporta ninguna carga sustantiva, obligación procesal o límite legal de cara al ejercicio de una acción judicial*.

En suma, la excitación de la Administración para que revise sus propios actos nulos de pleno derecho, por medio de una petición, tal como lo regula el mencionado artículo 3 de las DTPARAP, *no constituye una acción preceptiva y habilitante de la vía jurisdiccional*,"

LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE UN ACTO DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA PUEDE FUNDARSE EN LA EXISTENCIA DE VICIOS DE NULIDAD ABSOLUTA O DE PLENO DERECHO O, EN SU CASO, EN VICIOS DE NULIDAD RELATIVA

"ii. Ahora bien, sentada la anterior premisa surge el cuestionamiento relativo a la supuesta omisión de la LJCA de la impugnación de actos por vicios de nulidad de pleno derecho.

El artículo 10 letra a) de la LJCA regula: «*En la Jurisdicción Contencioso Administrativa podrán deducirse las siguientes pretensiones: a) La declaración de ilegalidad del acto que se impugne, y en consecuencia su anulación (…)*»

La dimensión y alcance de la impugnación judicial de los actos administrativos tiene a su base, procesalmente, el planteamiento de una *pretensión*, entendida ésta como la auto atribución de un derecho por parte de una persona que, invocándolo, pide que se haga efectiva, a su respecto, la tutela judicial.

En el caso del proceso contencioso administrativo, la pretensión deducida para la impugnación de «actos administrativos» supone, como uno de sus elementos fundamentales, la atribución de un vicio que ha de afectar la validez y eficacia de los mismos; y esto se concreta en la pretendida «*declaración de su ilegalidad*».

El vocablo «ilegalidad» no es sinónimo de «nulidad relativa»; no se circunscribe ni alude restrictivamente a tal vicio. Por el contrario, refiere, de manera general, una actuación «contra ley» u «opuesta al orden legal».

El artículo 10 letra a) de la LJCA, refiriéndose a esa contrariedad con la ley, reguló como pretensión la «declaración de ilegalidad de un acto», ilegalidad que, al tenor del artículo 1 de las DTPARAP, solo puede circunscribirse a dos supuestos de disconformidad con la ley: (*a*) nulidad absoluta o de pleno derecho, por las causas taxativas establecidas en tal norma o, en su caso, (*b*) nulidad relativa, vicio que, bajo un criterio negativo y residual, alude a toda infracción legal que no está contemplada en las reseñas taxativas del mismo artículo 1 de las DTPARAP.

Entender que el término «ilegalidad» [del artículo 10 letra a) de la LJCA] alude exclusivamente a la «nulidad relativa», es una interpretación errada y abstraída de todo el basamento teórico doctrinario y legal que sostiene la reforma administrativa y contencioso administrativa gestada en el año dos mil diecisiete en nuestro país. Los ordenamientos jurídicos creados como parte de esta reforma (la LJCA, las DTPARAP y la Ley de Procedimientos Administrativos) contienen una acertada precisión legislativa de los vicios que pueden afectar, en mayor y menor medida, la validez de un acto administrativo; previsión que, en todo caso, torna factible el control judicial de actos administrativos en todas sus dimensiones.

En este orden de ideas, la «declaración de ilegalidad de un acto», es decir, su contrariedad con el ordenamiento jurídico de naturaleza administrativa, puede fundarse en la existencia de vicios de *nulidad absoluta o de pleno derecho* o, en su caso, en vicios de *nulidad relativa*, ambos constitutivos de infracción legal -ilegalidad-, en el mayor o menor grado que supone, ontológicamente, cada categoría.

Con ello, el 10 letra a) de la LJCA constituye la previsión legislativa que habilita la impugnación de actos administrativos por vicios de nulidad de pleno derecho y, también, de nulidad relativa. Interpretar lo contrario implica la formulación de un subterfugio retórico y conceptual que impide al juez el ejercicio del *poder deber* que le ha sido conferido por virtud del artículo 172 de la Constitución.

iii. Por otra parte, el asunto procesal sometido a decisión implica, para este tribunal, la obligación de emitir un pronunciamiento que provea certeza jurídica en cuanto al plazo para el ejercicio de la acción contencioso administrativa, *en el caso de la impugnación judicial directa* de actos atribuidos de nulidad de pleno derecho.

Pues bien, resulta que una de las características de los vicios de nulidad de pleno derecho radica en que, al suponer afectaciones insubsanables del ordenamiento jurídico y, además, de orden público, *su alegación o denuncia es imprescriptible*.

Este carácter -imprescriptibilidad- implica, en esencia, que la acción de nulidad contra los actos nulos de pleno derecho debe tramitarse en todo caso y *en cualquier tiempo*. Por esta misma razón, el artículo 3 de las DTPARAP reguló que «*El interesado* [podría] *solicitar la revocatoria de los actos administrativos en cualquier tiempo en los supuestos de nulidad absoluta*» (el subrayado es propio).

Ahora, si bien la norma antedicha está circunscrita al cauce de un «procedimiento administrativo» y no de un «proceso», la misma, en todo caso, reafirma el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de pleno derecho. Esta amplitud temporal no puede escatimarse, por la naturaleza del vicio radical, de cara al inicio de un proceso en el que se aplicará el *poder deber* del Estado de administrar

justicia. Si la imprescriptibilidad es la regla en la auto tutela administrativa -sede administrativa-, ergo, también rige con la misma plenitud ante el Órgano Judicial que ha de proveer, en el marco de la heterocomposición, la tutela jurisdiccional efectiva.

Dicho esto, carece de sentido, *y de contenido procesal*, exigir que la LJCA aluda expresamente al carácter imprescriptible de la pretensión de nulidad de pleno derecho, en el sentido de referir, textualmente, que no existe plazo alguno para el planteamiento de tal pretensión.

En este sentido, la ausencia de tal previsión no debe interpretarse como una anulación del carácter imprescriptible de nulidad de pleno derecho, ni como una privación del planteamiento de tal pretensión, en cualquier tiempo, en sede judicial.

En suma, el carácter imprescriptible de la pretensión de nulidad de pleno derecho rige en el orden jurisdiccional. Consecuentemente, su planteamiento no está sujeta a plazo alguno ante la jurisdicción contencioso administrativa.

iv. Con fundamento en las consideraciones esbozadas en los apartados precedentes, la «revocatoria por razones de legitimidad» del artículo 3 de las DTPARAP no constituye presupuesto procesal *autónomo* -diferente del agotamiento de la vía administrativa- que condicione el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa."

UNA PRETENSIÓN, ADMINISTRATIVA O JUDICIAL Y DEDUCIDA BAJO UNA NULIDAD DE PLENO DERECHO SE BASA EN ALEGACIÓN DE VICIOS CON CARACTERÍSTICAS EXCLUSIVAS QUE LOS DIFERENCIAN, TAJANTEMENTE, DE AQUELLOS VICIOS DE MERA ANULABILIDAD

"3. Análisis general sobre la exigibilidad del «agotamiento de la vía administrativa» previo planteamiento de una demanda por nulidad de pleno derecho.

El *iter* lógico de la presente sentencia plantea, obligatoriamente, dos cuestionamientos finales que deben ser resueltos en aras de la seguridad jurídica.

El primero, relativo a sí, de forma general, el agotamiento de la vía administrativa –que supone el planteamiento, en tiempo y forma, y cuando resulta procedente, del recurso administrativo preceptivo- *se instituye como un presupuesto ineludible que condiciona la impugnación judicial de actos nulos de pleno derecho*.

El segundo, consistente en sí la interposición de una demanda por nulidad de pleno derecho requiere haber alegado tal vicio en la vía administrativa, por medio del recurso respectivo.

Al respecto, esta Sala plantea los siguientes fundamentos de derecho cardinales.

i. La nulidad de pleno derecho es una categoría de invalidez caracterizada por una especialidad que la distingue del resto de vicios que invalidan los actos de la Administración.

Sucede que los vicios que afectan la validez de un acto administrativo tienden a ubicarse en dos categorías: la mera anulabilidad -nulidad relativa- y la nulidad de pleno derecho –nulidad absoluta-.

En cuanto a la última, la doctrina coincide en reconocerle un alto rango y una naturaleza especial que la distingue de cualquier otro vicio. Así, se señala que la nulidad de pleno derecho constituye el «*grado máximo de invalidez*» de un acto administrativo que acarrea, por consecuencia, su *ineficacia ab initio*.

En este punto resulta importante señalar que una pretensión, administrativa o judicial, y deducida bajo la forma de una «*nulidad de pleno derecho*», tiene a su base la alegación de vicios con *características exclusivas* que los diferencian, tajantemente, de aquellos vicios de mera anulabilidad.

En este sentido, y sin el ánimo de agotar distintivos, los vicios de nulidad de pleno derecho tienen a su base causas tasadas, por otra parte, se trata de vicios cuya alegación es imprescriptible, con efectos retroactivos, *de orden público*, concretándose en afectaciones insubsanables del ordenamiento jurídico."

UNA DECLARACIÓN JUDICIAL NO PUEDE ESTAR CONDICIONADA AL REQUERIMIENTO PREVIO DE UNA DECLARACIÓN ADMINISTRATIVA POR LA VÍA DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS, AL DENOMINADO AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

"ii. La caracterización de la nulidad de pleno derecho como un *vicio de orden público* implica el reconocimiento de su craza contrariedad con el ordenamiento jurídico y, además, la manifiesta arbitrariedad-en el ejercicio del poder público- que la ha generado.

Esta honda y suma gravedad, de origen, permite una acertada flexibilización de los requisitos que condicionan el control judicial de los actos administrativos; ello, en el sentido de *modular la mecánica estrictamente procesal* a fin de acceder, inmediatamente, a la solución justa, superándose los obstáculos meramente formales que aquella mecánica, *entendida automática y rígidamente*, vendría a plantear de cara a la tutela judicial efectiva.

En este punto importa destacar que los actos nulos de pleno derecho están caracterizados, en una parte, por su ineficacia inmediata, *ipso iure* o *ab initio*. Esta nota, relativa a que su nulidad se produce por la sola virtud del derecho, privándoseles de sus efectos desde su emisión, reafirma su carácter *radical* y de vicio *de orden público.*

Esta caracterización no es contraria a la necesidad de una declaración, administrativa o judicial, del vicio respectivo. Sin embargo, tales declaraciones no atienden a una prelación o especial disposición, puesto que el legislador no lo ha establecido así. En este sentido, *una declaración judicial* no puede estar condicionada al requerimiento previo de una *declaración administrativa por la vía de los recursos administrativos*, es decir, al denominado «agotamiento de la vía administrativa»."

LA POSIBILIDAD DE DECLARAR LA EXISTENCIA DE UNA NULIDAD DE PLENO DERECHO PUEDE TENER LUGAR EN SEDE ADMINISTRATIVA Y EN SEDE JURISDICCIONAL

"El carácter *instrumental* del derecho procesal y la concepción moderna de «*la forma*», no como un ritualismo enervante, sino como una garantía para la efectiva protección del derecho sustantivo; son concepciones aceptadas por el

legislador que permiten concluir, acertadamente, *que el presupuesto procesal del agotamiento de la vía administrativa, en el caso de actos calificados con vicios de nulidad de pleno derecho*, *posee un carácter estrictamente instrumental y, por lo tanto, su incumplimiento no puede privar al justiciable, en sede judicial, de un pronunciamiento de fondo*.

Así las cosas, la posibilidad de declarar la existencia de una nulidad de pleno derecho puede tener lugar: (*a*) *en sede administrativa*, por la autoridad emisora del acto o su superior jerárquico u órgano que determine la ley, al resolver un recurso administrativo en el que se ha alegado tal vicio; o, a elección del justiciable, (*b*) *en sede jurisdiccional* al decidir, el juez competente, la pretensión respectiva.

El derecho constitucional de tutela judicial efectiva, y el *carácter radical y de orden público* de los vicios constitutivos de nulidad absoluta, habilitan al sujeto de derecho agraviado a acudir, libremente, a la sede que considere adecuada a los efectos de la declaración pretendida; asumiendo, en cada caso, las consecuencias procesales respectivas."

LA CARACTERIZACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA CONSTITUYE RAZÓN DE DERECHO SUFICIENTE PARA QUE PUEDA SER RECLAMADA EN UNA DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, AUNQUE EL JUSTICIABLE NO HAYA ALEGADO ESTE VICIO EN SEDE ADMINISTRATIVA

"iii. El cuestionamiento que supervive, hasta este punto, es el relativo a si la interposición de una demanda por nulidad de pleno derecho requiere, también, haber alegado tal vicio en la vía administrativa, por medio del recurso preceptivo, en caso de proceder este.

Al respecto, esta Sala tiene a bien precisar que la caracterización de la nulidad absoluta a la que se ha hecho referencia en los párrafos precedentes, por sí misma, constituye razón de derecho suficiente para que ésta pueda ser reclamada en una demanda contencioso administrativa, aunque el justiciable no haya alegado este vicio en sede administrativa.

Además, la única condicionante establecida por el legislador en las DTPARAP fue la relativa a que «*en los casos de nulidad relativa solo(…)* [podría alegarse dicho vicio] *mediante la interposición de los recursos a los que se refiere el artículo 2*» de las mismas (artículo 3 inciso 3°).

Esta contextualización es relevante puesto que, en ciertos supuestos, una persona que plantee su demanda ante el orden de la jurisdicción contencioso administrativa, aduciendo una nulidad de pleno derecho, podría haber agotado la vía administrativa y, sin embargo, no haber alegado, ahí, el vicio insubsanable que deduce en sede judicial."

LA INTERPOSICIÓN DE UNA DEMANDA POR NULIDAD DE PLENO DERECHO NO EXIGE HABER ALEGADO TAL VICIO EN LA VÍA ADMINISTRATIVA

"Al respecto, esta Sala es categórica en establecer que esta situación no impide al justiciable la promoción de su demanda por nulidad de pleno derecho.

En cuanto a este punto es ilustrativa -pero también confirmatoria del criterio de este tribunal- la jurisprudencia sentada por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España: «*El carácter revisor de esta Jurisdicción impide que puedan plantearse ante ella cuestiones nuevas (…) que no hayan sido previamente planteadas en vía administrativa. No impide esta afirmación (…) que en los escritos de demanda (…) se* [consignen] *(…) los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, "en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración". Se distingue, así, entre cuestiones nuevas y nuevos motivos de impugnación. De esta manera no pueden plantearse en vía jurisdiccional pretensiones o cuestiones nuevas que no hayan sido planteadas previamente en vía administrativa, aunque pueden adicionarse o cambiarse los argumentos jurídicos que apoyan la pretensión ejercitada. (…) "el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonable, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (…)al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, ha establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarias o caprichosas que impidan la efectividad de la tutela judicial garantizada constitucionalmente" (…) en el caso de ejercitarse pretensiones sin ninguna relación con el acto impugnado, procederá declarar inadmisible el recurso sin entrar en el fondo del asunto, y en el de deducirse unas relacionadas con él(…)lo correcto será juzgar(…)*» (el subrayado es propio) (Sentencia 316/2019, del doce de marzo de dos mil diecinueve. Recurso de casación 44/2018).

La diferenciación procesal entre *pretensiones* y *motivos de impugnación* aparece clara, siendo admisible la invocación de nuevos motivos de impugnación en el orden contencioso administrativo, respecto a los que se han esgrimido en la vía administrativa.

Ahora, no debe perderse de vista que la pretensión que puede ser ejercida en un proceso contencioso administrativo, en relación con los *actos administrativos*, es la «*declaración de su ilegalidad*» [artículo 10 letra a) de la LJCA].

Tal como se señalara *supra*, el vocablo «ilegalidad» no es sinónimo de «nulidad relativa»; no se circunscribe ni alude restrictivamente a tal vicio. Por el contrario, refiere, de manera general, una actuación «contra ley» u «opuesta al orden legal». Consecuentemente, la «*declaración de ilegalidad de un acto*», es decir, su contrariedad con el orden jurídico administrativo, sin lugar a dudas, puede fundarse en dos motivos de impugnación: la existencia de vicios de *nulidad absoluta* o de *nulidad relativa*, ambos constitutivos de infracción legal o ilegalidad, en mayor y menor grado, respectivamente.

Así, es concluyente que la interposición de una demanda por nulidad de pleno derecho no exige haber alegado tal vicio en la vía administrativa."

EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA NO SE INSTITUYE COMO UN PRESUPUESTO QUE CONDICIONA LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS ATRIBUIDOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO.

"iv. Finalmente, tal como se relacionó *supra*, un acto nulo de pleno derecho *no puede sanarse*. En este sentido, ninguna declaración gestada por la misma Administración, vía recurso, sería capaz de convalidar o subsanar un vicio de esta naturaleza.

Esta previsión resulta relevante de cara a la *inmediatez y efectividad de la tutela judicial efectiva*; ello, puesto que, volver al justiciable a la sede administrativa para que su planteamiento de nulidad absoluta sea objeto de conocimiento, implicaría la creación de una carga *sin objeto sustantivo*, innecesaria, dilatoria, de importantes costos y, en definitiva, una negación de tutela judicial.

Así, aun volviendo a sede administrativa el justiciable, en el caso del rechazo de su planteamiento de nulidad absoluta -suponiendo que el plazo para interponer el recurso aún esta vigente-, el vicio insubsanable subsistiría; afectación respecto de la cual, con inmediatez, el interesado ya intentó someter a control judicial.

v. Con fundamento en las consideraciones esbozadas en los apartados anteriores, el agotamiento de la vía administrativa *no se instituye como un presupuesto que condiciona la impugnación judicial de actos administrativos atribuidos de nulidad de pleno derecho*.

En otro sentido, habiéndose agotado la vía administrativa con la particularidad de no haberse alegado, en ésta, vicios constitutivos de nulidad de pleno derecho, la interposición de una demanda, por tales vicios, también resulta admisible en sede judicial.

4. La impugnación judicial de actos administrativos atribuidos de nulidad de pleno derecho bajo el régimen legal estatuido por la Ley de Procedimientos Administrativos.

Finalmente, es oportuno precisar que los razonamientos plasmados en los apartados anteriores, a partir de los cuales se concluye la procedencia de la impugnación judicial, *de manera directa*, de actos atribuidos de nulidad de pleno derecho; son aplicables al régimen instituido en la Ley de Procedimientos Administrativos -LPA-, emitida por Decreto Legislativo número ochocientos cincuenta y seis, del quince de diciembre de dos mil diecisiete, publicado en el Diario Oficial número treinta, Tomo número cuatrocientos dieciocho, del trece de febrero de dos mil dieciocho.

Bajo tal ordenamiento son predicables los siguientes postulados.

i. El «*agotamiento de la vía administrativa*» es la consunción de un procedimiento, en todas sus fases decisorias posibles, por haberse interpuesto, en tiempo y forma, y cuando procede, el recurso administrativo que la ley instituye como *preceptivo* para controvertir, ante la misma Administración, la validez y eficacia de las decisiones de sus órganos.

ii. La acción para motivar el ejercicio de la potestad administrativa de «*revocación de los actos propios*» viciados con nulidad de pleno derecho del artículo 118 de la LPA, por su misma naturaleza y efectos jurídicos, no constituye un

«recurso administrativo»; ergo, no se erige como un supuesto de «agotamiento de la vía administrativa».

iii. La potestad de «*revocación de los actos propios*» viciados con nulidad de pleno derecho del artículo 118 de la LPA, instituye una vía de eliminación de actos nulos absolutamente, que es «*alternativa*» al recurso administrativo y que procede contra actos firmes.

iv . En cuanto al concepto «agotamiento de la vía administrativa», no existe la escisión conceptual relativa a un agotamiento ordinario y otro «*extraordinario*». Este presupuesto procesal es uno solo, cohesionado en su sentido.

v. La declaración de la existencia de una nulidad de pleno derecho puede tener lugar: (*a*) *en sede administrativa*, por la autoridad emisora del acto o su superior jerárquico u órgano que determine la ley, al resolver un recurso administrativo en el que se ha alegado tal vicio; o, a elección del justiciable, (*b*) *en sede jurisdiccional* al decidir, el juez competente, la pretensión respectiva.

vi. El agotamiento de la vía administrativa no se instituye como un presupuesto procesal que condiciona la impugnación judicial de actos administrativos atribuidos de nulidad de pleno derecho. En otro sentido, habiéndose agotado la vía administrativa con la particularidad de no haberse alegado, en ésta, vicios constitutivos de nulidad de pleno derecho, la interposición de una demanda, por tales vicios, también resulta admisible en sede judicial.

vii. El ejercicio de la potestad de «*revocación de los actos propios*» viciados con nulidad de pleno derecho del artículo 118 de la LPA, considerada independiente del concepto «agotamiento de la vía administrativa»; *tampoco constituye un presupuesto procesal sui generis* que condiciona el acceso al orden de la jurisdicción contencioso administrativa. Por el contrario, se trata de una acción eminentemente facultativa, ello, en el sentido de reclamar una nulidad de pleno derecho en la vía administrativa o, en su caso, pretender su declaración inmediatamente en sede judicial.

viii. La «declaración de ilegalidad de un acto», es decir, su contrariedad con el ordenamiento jurídico de naturaleza administrativa, puede fundarse en la existencia de vicios de *nulidad de pleno derecho* o, en su caso, en vicios de *nulidad relativa*, ambos constitutivos de infracción legal. Con ello, el 10 letra a) de la LJCA es la previsión legislativa que habilita la impugnación de actos administrativos por vicios de nulidad de pleno derecho y, también, de nulidad relativa.

ix. El carácter imprescriptible de la pretensión de nulidad de pleno derecho rige en el orden jurisdiccional. Consecuentemente, su planteamiento no está sujeto a plazo alguno ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Precisados los anteriores postulados, esta Sala es enfática en señalar que tal referencia es obligatoria en el presente caso, *en primer lugar*, por los argumentos deducidos en torno al asunto procesal que ha sido sometido a decisión -respetándose, por consecuencia, el principio de congruencia-, *y en segundo lugar*, en atención al valor intrínseco de la jurisprudencia como fuente del derecho.

De ahí que, ante la reforma administrativa y contencioso administrativa gestada en el año dos mil diecisiete en nuestro país, y siendo palpable la incertidumbre en cuanto a la correcta interpretación de determinadas disposiciones de los cuerpos legales que forman parte de tal reforma legislativa; la decisión del

presente caso debe proveer certeza jurídica sobre el asunto decidido, tanto para el recurrente, como para la comunidad jurídica.

5. Conclusión sobre el agravio planteado por las recurrentes.

Con fundamento en las estimaciones de derecho realizadas en cada uno de los apartados argumentativos de esta sentencia, esta Sala concluye que la Cámara de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Santa Tecla *interpretó erróneamente* los *artículos 2 y 3 de las DTPARAP* al considerar, como fundamento de la improponibilidad de la demanda de la primera instancia, que la parte actora no había cumplido lo que denominó «*agotamiento extraordinario de la vía administrativa*» [planteamiento previo, en sede administrativa, de la «revocatoria por razones de legitimidad» regulada en el artículo 3 de las DTPARAP]; calificando tal formulación, equivocadamente, como un presupuesto procesal *sine qua non* para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, en el particular planteamiento de pretensiones de nulidad de pleno derecho."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 16-19-RA-SCA, fecha de la resolución: 18/11/2019

NULIDADES

REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DEROGADA

"La LJCA derogada reconocía expresamente la posibilidad de impugnación directa de los actos administrativos en sede jurisdiccional, cuando éstos fueren nulos de pleno derecho -grado máximo de invalidez-. Lo anterior se advierte de la lectura del artículo 7 antes citado, el cual se transcribe a continuación: *[...]*

De la disposición antes citada, se determinaba que ante una demanda fundada en una nulidad de pleno derecho -atendiendo a la gravedad del vicio alegado-, los presupuestos procesales básicos para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa cedían; es decir, el correcto agotamiento de la vía administrativa y la interposición de la demanda dentro del plazo de sesenta días hábiles -artículo 11 LJCA derogada-, contados a partir del día siguiente del acto que agotó la vía en mención; no eran necesarios.

Ahora bien, en este punto es preciso traer a colación -como antecedentes históricos- lo que estableció la Sala de lo Constitucional en la sentencia pronunciada en el proceso de amparo número ***384-97,*** de fecha *nueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve,* en la cual señaló 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 (...)"*

Agregando además que este Tribunal debía llenar de contenido el artículo 7 en la parte final de la LJCA derogada, para lo cual se debían *"atender criterios*

objetivos congruentes con su enunciado genérico, asistiéndose del ordenamiento jurídico interno y de la doctrina".

Dicho mandato fue ejecutado por esta Sala vía jurisprudencia -Sentencias pronunciadas en los procesos referencias 2-2006, 269-2006 -entre otras- estableciendo los supuestos para entender cuando un acto es nulo de pleno derecho."

CUANDO SE TRATE DE VICIOS DE NULIDAD ABSOLUTA, CONSIDERADA EL GRADO MÁXIMO DE INVALIDEZ, EL ADMINISTRADO PUEDE SOLICITAR LA REVOCATORIA DEL MISMO EN CUALQUIER TIEMPO

"Así, cuando se trate de vicios de nulidad absoluta, considerada el grado máximo de invalidez, el administrado puede solicitar la revocatoria del mismo, *en cualquier tiempo,* no obstante que el acto haya adquirido estado de firmeza; que tal como lo ha sostenido esta Sala mediante auto del veintiuno de diciembre de dos mil cuatro, en el proceso referencia 157-S-2002, se produce *"(...) al transcurrir el término que el ordenamiento pertinente establece para la interposición de los respectivos recursos administrativos o de la acción contenciosa, en su caso, sin que el administrado hubiera hecho uso de una o de otra opción, respectivamente".*

EL CASO FUNDADO EN UNA NULIDAD RELATIVA, VICIO DE MENOR GRADO, SE DEBE AGOTAR PREVIAMENTE LA VÍA ADMINISTRATIVA MEDIANTE LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS

"En cambio, en el caso fundado en una nulidad relativa o anulabilidad -vicio de menor grado-; se debe agotar previamente la vía administrativa mediante la interposición de los recursos a que se refiere el artículo 2 del Decreto Transitorio.

Es necesario acotar que la LJCA no prevé un plazo para la interposición de la demanda fundada en una nulidad de pleno derecho, ni prevé la posibilidad -tal como lo hacía la LJCA derogada-, de la impugnación directa en sede jurisdiccional de los actos administrativos que adolezcan de nulidad de pleno derecho; razón por la cual es preciso determinar si la revocatoria a que se refiere el precitado artículo 3 de las Disposiciones Transitorias, en cuanto a los actos nulos de pleno derecho, tiene carácter potestativo o habilitante."

MIENTRAS NO ESTÉ VIGENTE UNA LEY DE CARÁCTER GENERAL QUE REGULE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, PARA LA IMPUGNACIÓN DE LA GENERALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE PUEDAN ADOLECER DE ILEGALIDAD, ANULABILIDAD O INVALIDEZ, DEBE AGOTARSE LA VÍA ADMINISTRATIVA

"En ese sentido, mientras no esté vigente una ley de carácter general que regule los procedimientos administrativos, para la impugnación de la generalidad de los actos administrativos que puedan adolecer de ilegalidad, anulabilidad o invalidez, debe agotarse la vía administrativa, en la forma prescrita en artículo 2 de las referidas Disposiciones; pero ante la concurrencia de alguno de los supuestos de nulidad absoluta o de pleno derecho, el interesado podrá además

solicitar, en cualquier tiempo, la revocatoria del acto administrativo ante la misma Administración, constituyendo éste el requisito de procesabilidad en casos de nulidad de pleno derecho.

La habilitación especial para la revisión de actos viciados de nulidad absoluta o de pleno derecho, ahora ha sido ubicada por el legislador en la sede administrativa, dejando a la autoridad jurisdiccional el juzgamiento de la decisión de la Administración respecto de la pretensión de nulidad que se le presentó.

Precisa advertir que la revocatoria por razones de nulidad de pleno derecho del artículo 3 de las Disposiciones Transitorias, no presenta una connotación potestativa, sino habilitante.

Esta forma de impugnación de actos administrativos, que a su vez revisten características especiales, escapa a la forma normal y ordinaria de agotamiento de la vía administrativa, establecida en el artículo 2 de las referidas Disposiciones. La solicitud de revocatoria de los actos nulos de pleno derecho habilitada en el inciso 3° del artículo 3, no puede tener la misma naturaleza que un recurso administrativo ordinario de revocatoria en un procedimiento administrativo.

La impugnación en sede administrativa de un acto que pueda adolecer de nulidad absoluta o de pleno derecho, llega a configurar un procedimiento administrativo extraordinario, cuyo fin es verificar la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho en el acto administrativo.

Del resultado de este procedimiento, invocado en la solicitud de revocatoria prevista en el artículo 3 del Decreto Transitorio, podrá conocerse en la jurisdicción contencioso administrativa.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 93-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 14/02/2019

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS INFRACCIONES QUE SE TIPIFICAN EN EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, ÚNICAMENTE SON DE CARÁCTER CUANTITATIVO

Es así como, a partir de esta concepción del ejercicio del poder punitivo del Estado, se ha considerado que las diferencias entre las infracciones que se tipifican en el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, únicamente son de carácter cuantitativo, así lo expone la Sala de lo Constitucional al indicar que:*«...tampoco debe perderse de vista que dicha potestad sancionadora es una de las facetas que el genérico poder punitivo del Estado muestra frente al administrado, pues la diferencia que posee con respecto a los ilícitos de naturaleza penal es nada más cuantitativa -en razón de la intensidad de la sanción a imponer-; por tal razón, la aplicación de los principios y garantías que rigen en el ámbito de la legislación criminal es igualmente exigible en el Derecho Administrativo Sancionador*» [Inconstitucionalidad 18-2008, de las doce horas veinte minutos del veintinueve de abril de dos mil trece].

Para el caso de autos es importante destacar que reiterada jurisprudencia de esta Sala [verbigracia, sentencia expediente N° 248-2009 emitida a las doce

horas veinte minutos del veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho] ha establecido que, tanto el procedimiento sancionatorio como el proceso penal, devienen del mismo *ius puniendi* el Estado que, al ser uno, deben aplicarse los principios del Derecho Penal al procedimiento administrativo sancionador [con los matices lógicos y propios del Derecho Administrativo].

Esta potestad sancionadora de tinte constitucional debe ejercerse siguiendo un procedimiento previo *constitucionalmente configurado* y dentro de los plazos legalmente establecidos, *sin dilaciones indebidas*.

Es importante señalar que las potestades o facultades de la Administración Pública, como consecuencia de su origen legal y su carácter genérico o en abstracto, son imprescriptibles; no obstante, desde la perspectiva singular, es decir, individualmente aplicadas, cada procedimiento administrativo o la ejecución de las decisiones pueden estar sometidas a la prescripción de la auto tutela declarativa, que comprende desde el inicio de la acción hasta la imposición de la sanción; o bien, en la etapa de la ejecución forzosa [prescripción de la tutela auto ejecutiva de la Administración]. Este efecto particular es una técnica de protección al administrado, en virtud de la cual se pone*«…un límite temporal a "**la eficacia intrínsecamente punitiva**" que posee de por sí el procedimiento sancionador antes de su resolución, fijando así un límite temporal terminante al sufrimiento que tales procedimientos infligen»*[Cano Campos, Tomás. Las Sanciones de Tráfico. Primera Edición. Pamplona. Editorial Aranzadi, SA. 2011, p. 492]."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 75-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 07/06/2019

POTESTAD SANCIONADORA EN LA LEY ORGÁNICA JUDICIAL Y EN LA LEY DE NOTARIADO

LOS ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS Y PENALES COMPARTEN LA MISMA NATURALEZA O NÚCLEO ESENCIAL EMANADO DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

"4. Aplicación de la prescripción, como institución.

En el supuesto de autos, el legislador ha dispuesto para la Administración Pública el ejercicio de la potestad sancionadora, en la Ley Orgánica Judicial y en la Ley de Notariado, de manera que ha prescrito en los arts. 51 atribución 3ª de la Ley Orgánica Judicial, 7 y siguientes de la Ley de Notariado, un procedimiento para la imposición de sanciones a notarios.

Es importante destacar que la prescripción debe estar expresamente regulada en la ley, sin embargo, en el caso de análisis se perfila una laguna normativa respecto a esta figura jurídica en los cuerpos normativos relacionados, ya que la referida institución no se encuentra desarrollada en su articulado como un límite a la facultad punitiva de la Administración Pública.

Sin embargo, no por ello se puede concluir que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración es imprescriptible; por ejemplo, de antaño, para solventar ese vacío normativo en procedimientos sancionatorios llevados por la Administración, se creó la Ley de Procedimientos para la Imposición del

Arresto o Multa Administrativos, hoy derogada -en adelante LPIAMA- [vigente en aquel momento], que era por excelencia la ley de remisión inmediata en materia administrativa, en cuyos considerandos señalaba la necesidad de contar con una ley que desarrollara, con trámites breves y sencillos, el ejercicio de la facultad de imponer las sanciones que el art. 14 Cn. confiere a las autoridades administrativas, de ahí que, en la misma se regulaba un procedimiento simplificado, con plazos más cortos, acorde a garantías constitucionales.

En esta línea, el art. 1 LPIAMA establecía que el objeto de dicha ley [en caso no existiera en la ley de la materia] era regular un procedimiento constitucionalmente configurado que otorgase al administrado las garantías de audiencia, contradicción y defensa, entre otras, que de conformidad a la Carta Magna son indispensables para que se considere constituido el debido proceso. Entre las instituciones que se perfilaban, estaban la prescripción de la acción y de la ejecución de la sanción.

Lo anterior tiene relevancia, en armonía a la sujeción que la Administración Pública tiene del Principio de Legalidad, en su vinculación positiva, en cuanto a que la LPIAMA le confería una habilitación de rango de ley formal, para evitar áreas libres de control o una actuación arbitraria y/o indefinida por parte del poder punitivo del Estado.

De ahí que la LPIAMA únicamente podría aplicarse en el supuesto que la normativa a complementar ***no estipulara*** dentro de su contenido la institución jurídica de la cual se recurre vía supletoriedad; o, aun estableciéndola, las regulara de manera ***deficiente***. Por ello, para realizar una integración normativa y dotar de reglas claras a la Administración y a los administrados, se habilitaba -como hoy lo hace el art. 20 CPCM- la supletoriedad de otro cuerpo normativo, al que por su proximidad y naturaleza [administrativa sancionadora] se pretende dar contenido, con el objetivo de solucionar un conflicto jurídico determinado, y evitar actuaciones indefinidas o arbitrarias de la Administración.

En esta inteligencia, la LPIAMA, al ser de naturaleza administrativa sancionadora habría de integrarse sistemáticamente a la Ley Orgánica Judicial y a la Ley de Notariado, en lo que al ahora discutido procedimiento sancionatorio compete. En este punto, importa señalar que, si bien la LPIAMA regulaba en sus considerandos la facultad de las autoridades administrativas para imponer sanciones y estipuló la figura de la prescripción, esta se circunscribió únicamente a la prescripción del inicio de la acción y de la ejecución de la sanción, pero no regulaba la inactividad de la Administración dentro de un procedimiento iniciado en tiempo, que es el supuesto fáctico objeto del presente proceso. En consecuencia, la prescripción ahí establecida no alcanza a llenar el vacío normativo durante el procedimiento, ante la sanción de inhabilitación.

Por ello, con el fin de realizar un correcto control de la legalidad del acto sancionatorio, es preciso reiterar que ante la falta de regulación expresa de la prescripción de la sanción o de la declaración de la sanción, en la LPIAMA, debe realizarse una integración dentro del derecho punitivo, a fin de encontrar una solución a favor de la seguridad jurídica del justiciable como bastión para resolver el presente conflicto y que además sea acorde con el debido proceso.

En esta línea, importa traer a colación la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, quien ha concluido que: *«...los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales*» [Inc. 18-2008, de las doce horas veinte minutos del día veintinueve de abril de dos mil trece].

Esto último es importante, debido que, al concluir que los ilícitos administrativos y penales comparten la misma naturaleza o núcleo esencial emanado del poder punitivo del Estado, es posible advertir que la norma supletoria que más se asemeja conforme a las actuaciones que se realizan en el derecho sancionatorio, después de la LPIAMA, es el Código Procesal Penal -CPP-.

Así, en el referido cuerpo normativo se regula la institución de la prescripción ante la inactividad de las instituciones del Estado en el trascurso de un procedimiento. En específico, el art. 34 CPP actual -de símil redacción al CPP de 1998, a la fecha derogado pero vigente para cuando dio inicio el procedimiento administrativo sancionador objeto de análisis-, se refiere a la consecuencia jurídica de la inactividad dentro del proceso, la cual es la declaratoria de la prescripción de la persecución: «*La inactividad en el proceso tendrá como consecuencia la declaratoria de la prescripción de la persecución, la que será declarada de oficio o a petición de parte y el cómputo deberá realizarse a partir de la última actuación relevante en los términos siguientes: 1) Después de transcurrido un plazo igual a la mitad del máximo previsto en los delitos sancionados con pena privativa de libertad; pero, en ningún caso el plazo excederá de diez años, ni será inferior a tres años. 2) A los tres años, en los delitos sancionados sólo con penas no privativas de libertad. 3) Al año en las faltas. La prescripción se regirá por la pena principal y extinguirá la acción aún respecto de cualquier consecuencia penal accesoria*».

Es importante reparar para que opere la prescripción durante el procedimiento, este debe haber estado inactivo, y el plazo comienza a contarse desde la fecha de la última actuación relevante, válida y eficaz realizada por la Administración Pública que, en el caso en autos y como se señaló, es la apertura a pruebas."

LA ADMINISTRACIÓN NO PUEDE TRASLADAR SUS DEFICIENCIAS AL ADMINISTRADO

"5. Aplicación de la institución de la prescripción al presente caso.

Como se verificó del expediente, el procedimiento administrativo sancionador inició el siete de abril de dos mil ocho, y el último acto procedimental relevante y comunicado al administrado fue la apertura a pruebas por el término de quince días, acto notificado al demandante el veintiséis de mayo de dos mil ocho [folio 25 del expediente administrativo]. Sin embargo, desde esa fecha y hasta el veintiocho de junio de dos mil dieciocho [fecha del acto administrativo de inhabilitación, notificado al demandante el treinta y uno de julio del mismo año], no se verifica ningún acto administrativo relevante que le fuera notificado a la parte actora, y por ello válido y eficaz que *interrumpiera* la prescripción. Además, tampoco se verifica ningún acto administrativo de Corte Plena que jus-

tifique la inactividad de más de diez años en el presente proceso, por eventual concurrencia de cualquiera de los supuestos que alude el art. 146 CPCM; en este punto es oportuno traer a colación que conforme a la Teoría de los Actos Propios [cuya aplicación en el ámbito del Derecho Administrativo es indiscutida], la Administración no puede trasladar sus deficiencias al administrado; más aún, porque de ella pende exclusivamente el desarrollo e impulso del procedimiento sancionador [a diferencia del ámbito privado, donde las partes impulsan el proceso] y no habiéndose establecido en el presente caso excusa o impedimento alguno por parte de Corte Plena para rebasar notablemente los plazos legales máximos que le habilitaban imponer la sanción correspondiente, tal deficiencia no puede ser trasladada al justiciable en su perjuicio [distinto supuesto será para los actos favorables que deben ser declarados pese a que el plazo máximo para emitirlos haya transcurrido]."

SUSPENSIÓN O INHABILITACIÓN REGULADA EN EL ART. 51 ATRIBUCIÓN 3ª DE LA LEY ORGÁNICA JUDICIAL

"En este punto, verificados los hechos relevantes al caso, importa aplicar los términos de la prescripción durante el procedimiento que establece el art. 34 CPP para así concluir si estaba o no prescrita la persecución; ya que, como abundantemente se ha desarrollado *supra*, ante el vacío normativo de laLey Orgánica Judicial y la Ley de Notariado, es procedente la aplicación supletoria del Código Procesal Penal.

En este sentido, sin entrar a calificar esta Sala la conducta del señor GV como falta o delito, en cualquiera de los supuestos jurídicos posibles y en aplicación de la precitada norma adjetiva penal, ya fuera que se considerara el plazo igual a la mitad del máximo previsto en los delitos sancionados con pena privativa de libertad, pero sin exceder de diez años, ni inferior a tres años, la autoridad demandada tenía como parámetro básico dichos plazos para pronunciar actuaciones relevantes dentro del procedimiento administrativo sancionador, inclusive concluirlo. A partir de ahí la autoridad demandada tenía el plazo máximo de cinco años para emitir una decisión, ya quela Ley Orgánica Judicial en el art. 51 atribución 3ª, habilita a la autoridad demandada imponer una sanción de suspensión o inhabilitación entre uno a cinco años, siendo esta la pena máxima para la supuesta infracción.

En el presente caso, como se ha establecido, el último acto eficaz fue la apertura a pruebas, notificado el veintiséis de mayo de dos mil ocho, fecha en que inició el cómputo del plazo para la prescripción durante el procedimiento, sin embargo, fue hasta el veintiocho de junio de dos mil dieciocho -diez años después de la última actuación relevante, válida y eficaz- que la autoridad demandada emitió la resolución definitiva sancionando a la parte demandante, misma que le fue notificada el treinta y uno de julio del mismo año."

CONFIGURACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA

"De manera que, incluso ante el supuesto legal más gravoso, se entiende concurrente la prescripción durante el procedimiento [sin perjuicio que la Admi-

nistración no haya puntualizado si lo sancionaba a título de falta administrativa o si verificó el cometimiento de un delito], por cuanto se rebasaron los plazos legales máximos para imponer o declarar la sanción correspondiente a la atribuida acción de falsedad; por lo que esta Sala considera que se ha configurado la prescripción de la potestad sancionadora, por lo que ha existido violación al principio de seguridad jurídica en los términos señalados por la parte actora. En consecuencia, se concluye que el acto impugnado es ilegal."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 75-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 07/06/2019

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL EN MATERIA ELECTORAL

"1. Los puntos argumentativos planteados por la parte apelante exigen determinar, en primer lugar, si las resoluciones impugnadas ante la Cámara constituyen, según su naturaleza y efectos concretos, "*actos administrativos*" susceptibles de control en el orden de la jurisdicción contencioso administrativa.

2. Por otra parte, esta Sala realizará un especial pronunciamiento sobre un *precedente judicial* relacionado con la pretensión planteada.

i. Tal como se señaló el PSP ha invocado, como parte de sus alegaciones, la sentencia de las doce horas del veinte de marzo de dos mil doce, con la referencia 351-2011, emitida, *según precisó el mismo apelante*, por la Sala de lo Constitucional.

Ante ello, este Tribunal tiene por verificado que la referencia señalada-351-2011- alude, en la Sala de lo Constitucional, a dos procesos: uno de *amparo* y otro de *habeas corpus*; sin embargo, el asunto de fondo decidido en los mismos no está relacionado con el objeto del presente caso. Adicionalmente, se ha constatado que la Sala antedicha, en la hora y fecha indicadas por el apelante, no ha emitido sentencia.

No obstante, esta Sala advierte que en el proceso contencioso administrativo bajo la referencia 351-2011, se emitió sentencia a las doce horas del veinte de marzo de dos mil doce -referencia, hora y fecha indicadas por la parte apelante-. Mediante esta resolución judicial se declaró la ilegalidad del «*(…)acto dictado por el Tribunal Supremo Electoral, el veinte de septiembre de dos mil once, en el que: (a) se confirmó la resolución pronunciada el uno de julio del año dos mil once que ordenó la cancelación del Instituto Político Partido de Conciliación Nacional; (b) ordenó a la Secretaría de dicho Tribunal que asentara la cancelación del Partido de Conciliación Nacional y marginara dicha cancelación en el asiento de inscripción del referido Partido Político; y, (c) ordenó publicar de forma íntegra el asiento de cancelación en el Diario Oficial*» (el subrayado es nuestro).

En este caso, el Partido de Conciliación Nacional impugnó una resolución emitida por el TSE mediante el cual *se confirmaba* la decisión previa y originaria, *dictada también por el mismo organismo electoral*, relativa a la "cancelación" del referido instituto político.

En esta sentencia, la Sala calificó expresamente tales decisiones como "*actos administrativos*" y, además, justificó su impugnación en sede contencioso administrativa, así: «*(…) los actos administrativos pronunciados por el Tribunal Supremo Electoral tanto el uno de julio de dos mil once*[cancelación del Partido de Conciliación nacional] *como el veinte de septiembre del mismo año*[confirmación de la anterior decisión]*, se reputan válidos y gozan de una presunción de legalidad que solo puede ser desvirtuada por el pronunciamiento de la autoridad correspondiente para ello; (…)Si bien, tanto el acto originario como el que resuelve el recurso han ordenado la cancelación del Partido de Conciliación Nacional, en razón que aún está siendo controvertida la legalidad del segundo acto señalado, éste aún no ha adquirido estado de firmeza, por lo que al ser todavía objeto de estudio y análisis, la situación del partido demandante aún no está consolidada, que para el caso es su cancelación. En consecuencia, dicha Institución Política tiene tanto capacidad para ser parte como capacidad procesal para acudir a este Tribunal a controvertir las actuaciones que le generen agravio y considere ilegales (…)*» (el subrayado es nuestro).

A lo largo de la sentencia se hicieron afirmaciones categóricas respecto de la naturaleza de la cancelación de un partido político: «*En el presente caso, el acto administrativo impugnado es la resolución pronunciada por el TSE, de fecha veinte de septiembre del año dos mil once, en el que se confirmó el acto emitido el uno de julio del mismo año, que ordenó la cancelación del Instituto Político Partido de Conciliación Nacional (…) En este punto, es inevitable traer nuevamente a colación la naturaleza del acto administrativo impugnado. Evidentemente se trata del cuestionamiento de la legalidad del acto emitido vía recurso reglado, en el que se confirma la cancelación del instituto político demandante. Evidentemente, el acto administrativo impugnado es un acto de gravamen que no solo limita la esfera jurídica del administrado -como sostiene la doctrina-, si no va más allá: lo extingue y expulsa del ordenamiento jurídico salvadoreño (…)*»(el subrayado es nuestro).

Al final de la sentencia el Tribunal señaló que había comprobado la vulneración de las reglas esenciales para la formación de la voluntad del TSE, como ente colegiado pues la decisión sometida a control contencioso administrativo había sido emitida por "mayoría simple" y no por "mayoría calificada", en contravención a lo dispuesto en el artículo 80 letra a) número 5 del Código Electoral.

Debe precisarse que, en esta conclusión, la Sala mantuvo su posición relativa a considerar la resolución del TSE como un "*acto administrativo*": «*En consecuencia, de conformidad a los argumentos antes expuestos, se concluye que el acto administrativo pronunciado por el Tribunal Supremo Electoral el veinte de septiembre del año dos mil once, en el que se confirmó la resolución emitida el uno de julio del mismo año, que ordenó la cancelación del Instituto Político Partido de Conciliación Nacional (PCN), es ilegal (…)*» (el subrayado es nuestro).

ii. Como parte de este precedente judicial también resulta importante mencionar que, en el mencionado proceso contencioso administrativo 351-2011, el TSE, en calidad de autoridad demandada, solicitó la *inadmisibilidad* de la demanda por considerar que la decisión impugnada no constituía una actuación administrativa sino, por el contrario, *función estrictamente electoral* -ajena a la competencia material de la Sala-.

Al respecto, dicha petición *fue declarada sin lugar* por medio de la resolución emitida a las doce horas cincuenta minutos del nueve de noviembre de dos mil once, en la cual esta Sala hizo las siguientes aseveraciones.

a. «*(…) es discutible si la disolución de un instituto político se enmarca dentro de la denominada "función electoral" ello mientras no existe una regulación adecuada en dicha materia (…)*»

b. «*(…) mientras no exista una regulación clara, concreta y concisa en materia electoral respecto al tema, que permita una categorización de tales conceptos fundamentales, aquellas acciones que se centren en razones de mera legalidad y no en razones meramente electorales que tengan relación con el Tribunal Supremo Electoral, pueden ser conocidas y tramitadas por esta Sala, por ser éste el órgano jurisdiccional competente de controlar los actos administrativos contrarios al derecho (…)*»

c. «*(…) el acto impugnado emana de un ente que forma parte de la Administración Pública salvadoreña que se encuentra sujeto al control de la jurisdicción contencioso administrativa (…) el acto impugnado encaja perfectamente en el concepto de "acto administrativo" (…) la pretensión de la parte actora se centra en razones de mera legalidad (…)*» (el subrayado es nuestro).

d. «*(…) en el presente caso se plantea un asunto de estricta legalidad ordinaria; ya que, en esencia, se tratará de dirimir si la autoridad demandada al emitir el acto administrativo controvertido, violó las reglas consagradas en el Código Electoral (…)*»

e. «*(…) este Tribunal bajo ningún supuesto está revisando una posible "función electoral", sino que, en el uso de sus facultades y de conformidad a la competencia dada por la Constitución y de forma concreta por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, verificará y controlará la legalidad del acto administrativo impugnado, circunscribiéndose a la pretensión de la parte actora plasmada de forma clara en su demanda (…)*» (el subrayado es nuestro).

f. «*(…) al tratarse de un procedimiento administrativo* [seguido por el TSE] *-como lógica consecuencia-* [el mismo] *tiene como resultado un acto administrativo -el eslabón final de la cadena de legalidad-, en consecuencia, la mera legalidad de dicho acto, en los términos antes señalados, debe y tiene que ser controlada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, quienes el Juez especializado para dicho control (…)*» (el subrayado es nuestro).

g. Finalmente, la Sala afirmó que en la sentencia que emitiría al final del proceso no se pronunciaría sobre el asunto de fondo decidido por el TSE sino, únicamente, respecto de cuestiones de "mera legalidad": «*(…)Así las cosas, esta Sala debe dejar claro que bajo ninguna circunstancia va a juzgar o decidir si el Partido de Conciliación Nacional "PCN" debe existir o no según los resultados del escrutinio final de las elecciones llevadas a cabo en el año dos mil cuatro (…) lo que va a revisar en la mera legalidad del acto administrativo impugnado(…)es decir (…)transgresiones al ordenamiento jurídico secundario (…) circunscribiéndose a determinar si existe la ilegalidad alegada por el demandante en los elementos reglados del acto administrativo impugnado, sin resolver sobre el fondo del asunto como lo ha tratado de malinterpretar la autoridad demandada (…)*» (el subrayado es nuestro).

iii. Por otra parte, resulta importante mencionar que otro partido político, concretamente, el Partido Demócrata Cristiano, en el proceso contencioso administrativo bajo la referencia 350-2011, impugnó su "cancelación" ordenada por el TSE.

En este proceso también fue solicitada la *inadmisibilidad* de la demanda por parte del TSE, en calidad de autoridad demandada.

Sobre ello, por medio de la resolución de las doce horas cincuenta y cinco minutos del nueve de noviembre de dos mil once, se declaró sin lugar dicha petición, con base en fundamentos idénticos a los señalados en el apartado anterior-letras "*a.*" a la "*g.*" del apartado *ii.*-

La particularidad de este último proceso (350-2011) viene dada por el hecho que *la parte demandante desistió de la pretensión,* acto de disposición que fue acogido por medio de la resolución judicial de las catorce horas trece minutos del veinticuatro de septiembre de dos mil doce."

PRINCIPIO STARE DECISIS

"iv. A partir de lo expuesto en los apartados precedentes queda claro que existen resoluciones judiciales de esta Sala *en las que expresamente se estimó que la "cancelación de un partido político" -acto originario y confirmación-, ordenada por el TSE, constituye actividad administrativa-y no materia electoral-susceptible de impugnación en el orden de la jurisdicción contencioso administrativa* (auto de las doce horas cincuenta minutos del nueve de noviembre de dos mil once y sentencia de las doce horas del veinte de marzo de dos mil doce, correspondientes al proceso contencioso administrativo 351-2011; y, auto de las doce horas cincuenta y cinco minutos del nueve de noviembre de dos mil once, del proceso bajo la referencia 350-2011).

Al respecto debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el principio *stare decisis* derivado de la seguridad jurídica y de la igualdad en la aplicación de la ley -artículos 1 y 3 de la Constitución -, los supuestos de hecho iguales deben ser decididos en el mismo sentido; sin embargo, *ello no significa que los precedentes no puedan modificarse, pues la jurisprudencia no tiene que ser inamovible o estática*."

ESTA SALA CONSIDERA CONVENIENTE, EN VIRTUD DE HABERSE MODIFICADO TOTALMENTE SU COMPOSICIÓN SUBJETIVA, REVISAR EL CRITERIO ADOPTADO CON ANTERIORIDAD EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS ESBOZADOS

"En este punto, esta Sala estima necesario referirse a la sentencia emitida a las catorce horas con quince minutos del veinticinco de agosto de dos mil diez, en el proceso de inconstitucionalidad 1-2010/27-2010/28-2010.

En dicha sentencia se estableció, en lo tocante a los precedentes jurisprudenciales como manifestación específica de la seguridad jurídica y del sometimiento al ordenamiento legal, lo siguiente: «*(…) si bien todo precedente se construye con una pretensión de corrección, nunca puede tener efectos absolutos en el sentido de que sea tanto definitivo como válido para todos los tiempos. No es*

definitivo porque la amplia variedad y el continuo cambio de la realidad social ponen constantemente a los juzgadores ante nuevas situaciones; e incluso la renovación de los juzgadores, a su vez representantes de diversas corrientes de pensamiento jurídico, también posibilita la relectura de las disposiciones jurídicas y de los precedentes que las han aplicado (…) Tampoco puede ser válido para todos los tiempos porque la interpretación tiene siempre una referencia de actualidad sobre el orden jurídico (…)» (el subrayado es nuestro).

A su vez, en la jurisprudencia aludida -auxiliándose de la jurisprudencia comparada- se estableció como circunstancia válida para *modificar* un precedente jurisprudencial o *alejarse* de él, entre otros, *el cambio en la conformación subjetiva del Tribunal*. Consecuentemente, se estableció que "*Los tribunales que componen el Órgano Judicial -al igual que los otros entes estatales- se entienden como medios jurídicos para la realización de los fines del Estado, y por tanto se valen también de la actividad de personas naturales para el ejercicio de sus respectivas atribuciones y competencias. (…) ello cobra relevancia cuando el art. 186 inc. 3° in fine Cn., prescribe que en la lista de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia -lo cual comprende a los Magistrados de la Sala de lo Constitucional-, estarán representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico. Este supuesto asume la diversidad de corrientes de pensamiento jurídico, y acepta la posible relectura de las disposiciones (…) y de los precedentes que las han aplicado (…)*" (el subrayado es nuestro).

En este orden de ideas, compartiendo los fundamentos de la jurisprudencia constitucional reseñada, esta Sala considera conveniente, en virtud de haberse modificado totalmente su composición subjetiva, revisar el criterio adoptado con anterioridad en los procesos contencioso administrativos350-2011 y 351-2011, que ha sido esbozado en los apartados *ii.* y *iii. supra*."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 10-19-RA-SCA, fecha de la resolución: 04/06/2019

PRESCRIPCIÓN

LA PRESCRIPCIÓN DE LA AUTO TUTELA DECLARATIVA ES LA FACULTAD QUE OSTENTA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE INICIAR UN PROCEDIMIENTO CON LA ACCIÓN CORRESPONDIENTE

"La prescripción, en Derecho Administrativo, tiene doctrinaria y connaturalmente las siguientes vertientes o sub clasificaciones, que son dos caras de la misma moneda dentro de un procedimiento sancionatorio: 1) por un lado, la prescripción de la *auto tutela declarativa*, que comprende desde la facultad de iniciar el procedimiento administrativo hasta la eficacia de la declaración de existencia de la infracción [dentro de la cual *puede* perfilarse la prescripción interna y caducidad del procedimiento]; y, 2) por otro lado, la prescripción de la *ejecución de la sanción*.

En armonía a lo señalado, la prescripción de la auto tutela declarativa es la facultad que ostenta la Administración Pública de iniciar un procedimiento con

la acción correspondiente (cualquiera que sea su forma de impulso, de oficio o a petición de parte); hasta la eficacia de la declaración de la *sanción* [junto con la legal notificación en el plazo establecido]; y el límite de esta facultad declarativa opera por el mero transcurso del tiempo tras la inactividad administrativa (sin causa legal acreditada), ante la comisión de una infracción. Por ello, la prescripción de la auto tutela declarativa se constituye como una limitación a la persecución administrativa para declarar una obligación al administrado, por haber perdido ésta su eficacia jurídica, ante la inactividad o laxitud de la autoridad competente para ejercerla.

En la prescripción de la auto tutela declarativa cabe aclarar que, si bien comprende la caducidad del procedimiento, esta se diferencia en su efecto, ya que es un modo anormal de terminación del proceso, por no haber dictado la Administración Pública resolución expresa dentro de los plazos estipulados, estando obligada a impulsarlo de oficio. Ahora bien, en este punto es relevante señalar que la caducidad *suspende*, a diferencia de la prescripción que *interrumpe*, lo cual supone que el plazo se reanuda por el tiempo *que restaba* en el momento de verificarse aquélla. Por ello, de perfilarse [la caducidad], no inhibe *per se* a la Administración la facultad de imponer una sanción; ya que la caducidad no producirá, necesariamente, la prescripción de la facultad sancionatoria de la Administración; de modo que, si la infracción no ha prescrito, podrá iniciar un nuevo procedimiento por los mismos hechos; eso sí, observando que el procedimiento caducado no interrumpirá la prescripción [de Diego Díez, L. Alfredo. *Prescripción y Caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Segunda Edición. Barcelona. Editorial Bosch. 2009, pp. 203 y 204]. Así, si se dicta una resolución fuera del plazo previsto, la sanción se ha impuesto sin que exista procedimiento previo, pues el existente ya había finalizado de otra manera, de modo que la sanción resultaría nula de pleno derecho, por haber sido impuesta prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [Cano Campos, Tomás, *op. cit*. p. 496]."

SE RECONOCE LA PRESCRIPCIÓN DE LA AUTO TUTELA EJECUTIVA DE LA SANCIÓN, LA CUAL OPERA CUANDO HABIENDO INICIADO E IMPUESTO UNA SANCIÓN, EL ADMINISTRADO NO LA CUMPLE VOLUNTARIAMENTE DENTRO DEL PLAZO FIJADO POR LA ADMINISTRACIÓN PARA ELLO

"De lo anterior se concluye, en los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento [es decir, si la prescripción de la auto tutela declarativa no ha operado, sino que únicamente la caducidad del procedimiento] que podrán incorporarse a este nuevo procedimiento los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. Sobre esta línea, el legislador diferenció y estableció claramente a la caducidad y la prescripción en la Ley de Procedimientos Administrativos hoy vigente, pero no aplicable en aquél entonces, por no existir al momento de acaecimiento de los hechos objeto de análisis en sede administrativa.

Ahora bien, para el caso de mérito, la prescripción es una institución ya tratada y perfilada por la jurisprudencia de esta Sala, en la cual se ha determinado

que, transcurrido el plazo previsto en la ley, no se puede llevar adelante perpetuamente la persecución pública derivada de la sospecha de que se ha cometido una infracción administrativa (sentencias referencias 46-2010, de las quince horas del día veintinueve de junio de dos mil dieciséis; 510-2014,de las catorce horas con cuarenta minutos del veintiuno de julio de dos mil diecisiete; y 366-2012, de las doce horas quince minutos del veinticinco de junio de dos mil dieciocho).

Como reiteradamente se ha establecido, la prescripción de la auto tutela declarativa comprende la facultad que tiene la Administración para iniciar el procedimiento de imposición de una sanción y alcanza hasta la eficacia del acto administrativo, con la notificación que declara la existencia de la misma.

Sin embargo, también se reconoce la *prescripción de la auto tutela ejecutiva de la sanción*, la cual opera cuando, habiendo iniciado e impuesto [en tiempo] una sanción, el administrado no la cumple voluntariamente dentro del plazo fijado por la Administración para ello y, además, la autoridad no ejecuta su auto tutela ejecutiva; esta prescripción, por tanto, comienza a correr a partir de la fecha en que le fuere exigible cumplir el pago u obligación al administrado. Sobre esta prescripción no se entró a mayores detalles, porque escapa el objeto de discusión en el presente proceso, en atención a la controversia sometida a análisis."

CASOS EN QUE SE CONFIGURA COMO UN LÍMITE AL EJERCICIO DEL IUS PUNIENDI ESTATAL

"3. Prescripción de la auto tutela declarativa, según las leyes aplicables al Derecho Administrativo Sancionador.

Ahora bien, la institución de la prescripción de la auto tutela declarativa se configura como un límite al ejercicio del *Ius Puniendi* estatal, de forma que, si ya ha transcurrido el plazo previsto en la ley, no se puede iniciar la persecución pública; o bien, si fue iniciado en tiempo el procedimiento pero no ha concluido dentro de los límites temporales para ello, por causales atribuibles exclusivamente a la Administración Pública, esta tutela declarativa sancionatoria no podrá materializarse en un acto administrativo válido.

La aludida prescripción es, entonces, la herramienta que:**(*a)*** efectiviza el derecho que tiene toda persona por el transcurso del tiempo a liberarse del estado de sospecha -derecho vinculado directamente al respeto a la dignidad de la persona y a la garantía de la defensa en juicio-; y, **(*b)*** alcanza la seguridad jurídica y afianza la justicia, impidiendo al Estado ejercer indefinidamente su poder de castigar, ya que no es posible permitir que se prolonguen indefinidamente situaciones expectantes de posible sanción (Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia referencia 510-2014, de las catorce horas cuarenta minutos del veintiuno de julio de dos mil diecisiete)."

EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SURGE LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR LA PERSECUCIÓN DE UN HECHO ILÍCITO EN UN CASO CONCRETO CONTRARIO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO, POR EL SIMPLE TRANSCURSO DEL TIEMPO

"Al respecto, José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez sostienen que la operatividad de la prescripción en el ámbito administrativo responde

a la sustancial unidad del fenómeno sancionador, argumentando que:*«…el instituto de la prescripción penal es aplicable al derecho administrativo sancionador (…) encontrándose su fundamento en el efecto destructor del tiempo, que hace a la sanción ineficaz a los fines para los cuales fue instituida a la vez que sirve a razones de seguridad jurídica, que impide que el sancionado viva en todo momento pendiente de su imposición …»* (Garberí Llobregat, José, Buitrón Ramírez, Guadalupe, *El Procedimiento Administrativo Sancionador*, Editorial Tirant lo Blanch, 41 Edición, Valencia, España, 2001, p. 158).

De este modo, el ejercicio singular de la potestad sancionadora sólo puede ser ejecutado válidamente en un límite temporal fijado legalmente, de manera tal que, si la Administración Pública impusiera una sanción excediendo los términos de la prescripción, ya sea declarando una acción o en la etapa de ejecución de la sanción, esta decisión carecería de fundamento normativo que le brinde cobertura de legalidad. Lo anterior se justifica en que la prescripción es una limitación para quien, teniendo la potestad de iniciar la acción y continuar la facultad sancionadora, haga un abandono de esa atribución, es decir, al amparo de la prescripción se exige un uso razonable de la misma, evitando que prolongue su ejercicio indefinidamente o, por el contrario, que no lo ejercite dentro del plazo legal estipulado, causando en tal situación incertidumbre sobre la situación jurídica de la contraparte.

A su vez, la doctrina ha aseverado que *«la prescripción de la infracción opera por la paralización del "procedimiento" o del "expediente sancionador" (…) de manera que la infracción puede prescribir en tanto no se concluya el "procedimiento sancionador" (…) el Tribunal Supremo sostiene que el procedimiento sancionador concluye con la resolución sancionadora y su notificación*[léase la eficacia de la declaración de la sanción]*, pues es entonces cuando se agota el ejercicio de la potestad sancionadora (…) El procedimiento administrativo sancionador, una vez incoado, continua por todos los trámites necesarios hasta desembocar en una resolución firme que le ponga término, bien sea prematuramente (archivo) o bien mediante su conclusión normal (resolución sancionadora que podrá ser impugnada en vía administrativa). Pues bien, por "procedimiento" o por "expediente sancionador" a efectos de la prescripción, bien podían comprenderse todas las actuaciones necesarias para lograr una resolución firme que le ponga fin (…) A efectos meramente prescriptivos (lo mismo que a efectos materiales) ha de entenderse que la sanción no existe mientras no se incorpore a una resolución que le ponga fin a la vía administrativa. Consecuentemente, lo que existe durante ese episodio es sólo la infracción, y es por ello que no existe motivo para pensar que no sea susceptible de prescribir durante la tramitación de un recurso ordinario»*[de Diego Díez, L. Alfredo, *Prescripción y Caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador*, Segunda Edición, Barcelona, Editorial Bosch. 2009, pp. 104 y 105].

Bajo esta línea argumentativa, se perfila que la potestad sancionadora solo puede ejercitarse válidamente dentro del límite temporal fijado legalmente, de esa manera la doctrina pacíficamente reconoce que si la Administración impone una sanción cuando ya ha transcurrido el plazo de prescripción declarativa, aquella estaría viciada de nulidad radical [de Diego Díez, L. Alfredo, *Prescripción*

y Caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador, Segunda Edición, Barcelona, Editorial Bosch. 2009, pp. 30 y 35].

En este *iter* lógico, esta Sala concluye que la potestad sancionadora debe ejercitarse dentro de un plazo cierto; por ello, si la potestad sancionadora es una, es natural determinar que también lo es el procedimiento administrativo sancionador, aparejado con la iniciación y declaración de la sanción. Por ello, aunque la ley especial no tenga un plazo legal para su terminación, este no puede entenderse que es indefinido, sino por el contrario, debe hacerse un esfuerzo de hermenéutica jurídica para concretizar la potestad sancionatoria dentro de un plazo cierto.

De acuerdo a la anterior línea, en derecho comparado desde hace ya varios años se ha superado el tema, por ejemplo el Tribunal Supremo español se ha pronunciado en ese sentido [en el supuesto que no exista en la ley especial un plazo cierto de finalización del procedimiento o potestad sancionadora], afirmando que el plazo de caducidad del procedimiento por inactividad de la Administración puede equipararse al de la prescripción cuando la norma reguladora del procedimiento carezca de plazo prefijado de resolución. En concreto, fijaron que el hecho que un procedimiento no tenga plazo para su terminación no equivale a que pueda ser indefinido, eterno o «*estar abierto toda la vida*», significa, por el contrario, que el plazo para su conclusión será tan extenso como el de la prescripción del derecho a que se refiera [sentencia del cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho].

En conclusión y sin pretender ser reiterativos, se puede establecer sin lugar a ambages que en el Derecho Administrativo Sancionador surge la imposibilidad de realizar la persecución de un hecho ilícito en un caso concreto contrario al ordenamiento jurídico, por el simple transcurso del tiempo, como una restricción al poder sancionatorio de la Administración Pública."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 75-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 07/06/2019

EN EL ARTÍCULO 80 DE LA LEY DE LA CARRERA JUDICIAL SE ESTÁ EN PRESENCIA DE LA PRESCRIPCIÓN

"En este caso, aunque las partes hacen referencia a la figura de la caducidad de la acción, en virtud de la nominación del artículo 80 de la Ley de la Carrera Judicial, en realidad se está en presencia de la prescripción ya que se vincula al inicio de la acción sancionadora. De ahí, pues, bajo tal contexto, se resolverá el motivo alegado.

a) Prescripción.

En la sentencia de las quince horas del siete de junio del corriente año, en el proceso con referencia 75-18-PC-SCA, esta Sala manifestó: «*La prescripción, en derecho administrativo, tiene doctrinaria y connaturalmente las siguientes vertientes o sub clasificaciones, que son dos caras de la misma moneda dentro de un procedimiento sancionatorio: 1) por un lado, la prescripción de la auto tutela declarativa, que comprende desde la facultad de iniciar el procedimiento administrativo hasta la eficacia de la declaración de existencia de la infracción*

[dentro de la cual puede perfilarse la prescripción interna y caducidad del procedimiento]; y, 2) por otro lado, la prescripción de la ejecución de la sanción. En armonía a lo señalado, la prescripción de la auto tutela declarativa es la facultad que ostenta la Administración Pública de iniciar un procedimiento con la acción correspondiente (cualquiera que sea su forma de impulso, de oficio o a petición de parte); hasta la eficacia de la declaración de la sanción [junto con la legal notificación en el plazo establecido]; y el límite de esta facultad declarativa opera por el mero transcurso del tiempo tras la inactividad administrativa (sin causa legal acreditada), ante la comisión de una infracción. Por ello, la prescripción de la auto tutela declarativa se constituye como una limitación a la persecución administrativa para declarar una obligación al administrado, por haber perdido ésta su eficacia jurídica, ante la inactividad o laxitud de la autoridad competente para ejercerla».”

FINALIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN SEGÚN LA DOCTRINA

“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 la negligencia real o supuesta del titular.

Tal principio tiene aplicación en el derecho administrativo sancionador, se afirma que las normas jurídicas refieren el objeto de la prescripción estrictamente a los ilícitos y a las sanciones. Así, se 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 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, volumen I, op. cit.)

[…]

De los tres pasajes del expediente administrativo relacionado, se evidencia que la Corte Suprema de Justicia en Pleno tuvo conocimiento de la presunta conducta atribuida al licenciado CRCU, a quien se le imputó el haber asesorado en asuntos judiciales.

Por otra parte, el demandante considera que el artículo 80 de la Ley de la Carrera Judicial hace referencia a que el plazo para que se configure la prescripción comienza a contar desde el momento en que se tenga conocimiento de la conducta atribuida al presunto infractor, que, en el presente caso, sería desde que la Fiscalía General de la República se percató, al menos indiciariamente, del posible quebrantamiento al ordenamiento jurídico disciplinario.

Sin embargo, a criterio de esta Sala, el señalado artículo hace referencia al momento en que la autoridad competente para la imposición de la sanción, en el presente caso la Corte Suprema de Justicia en Pleno, tenga conocimiento

del hecho; y, según se dejó constancia, dicha autoridad tuvo indicios del posible cometimiento de la conducta atribuida el tres de diciembre de dos mil quince. En ese orden, la autoridad inició el informativo disciplinario el cinco de mayo de dos mil dieciséis, lo que significa que se encontraba dentro del plazo de ciento ochenta días que regula el artículo 80 de la Ley de la Carrera Judicial, y todavía no se había configurado la prescripción para el inicio de la acción.

Por lo expuesto, en este punto, no se estima el vicio alegado."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 70-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 10/12/2019

PRINCIPIO DE TIPICIDAD

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN PLENO VIOLENTÓ EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD, LO QUE SE TRADUCE EN UN VICIO DE ILEGALIDAD

"En este punto, la controversia se encuentra en el examen de tipicidad que debió efectuar la Corte Suprema de Justicia en Pleno, basado en los hechos imputados al licenciado CRCU en los procedimientos administrativos 195/2016 y 132/2009. En ese sentido, es necesario revisar el primer acto administrativo impugnado, debido a que en éste se efectuó el ejercicio de encaje del cuadro fáctico con la normativa correspondiente.

a) Procedimiento administrativo 195/2016.

En la pieza 9 del expediente administrativo, de folios 1757 al 1783, consta el primer acto administrativo que impuso al demandante la sanción de remoción del cargo que tenía como magistrado de la Cámara de Segunda Instancia de la Tercera Sección de Oriente. Para efectos prácticos, en este punto, se hará referencia a los folios donde se hizo la valoración del procedimiento administrativo 195/2016.

En ese orden, en folio 1771 se dejó constancia de lo siguiente: «*(…)* ***i. ANTECEDENTES DE HECHO*** *(sic) Se atribuye al licenciado CRCU que, en su calidad de directivo, específicamente síndico y representante judicial y extrajudicial del Club Deportivo Águila medió e intervino a favor de los intereses particulares de esa entidad a través de sus asesorías jurídicas y negociación ante controversias contractuales sustanciadas ante el Tribunal Arbitral de la Federación Salvadoreña de Futbol (…)*»

Al licenciado CRCU, en el procedimiento sancionatorio 195/2016, se le imputó ser el síndico del Club Deportivo Águila y, en tal calidad, intervino a favor de los intereses de ese ente deportivo en reiteradas ocasiones en un tribunal arbitral dentro de la Federación Salvadoreña de Fútbol.

En folio 1774 frente, la autoridad demandada expresó: [...]

Finalmente, en folios 1776 frente, la autoridad demandada concluyó: [...]

En los pasajes expuestos, la autoridad demandada determinó que el licenciado CRCU incurrió en la causal establecida en el artículo 55 letra f) de la Ley de la Carrera Judicial, porque ejerció el cargo sin tener el requisito de «*moralidad notoria*» regulado en el artículo 177 de la Constitución.

Quedó evidenciado que al demandante se le imputó haber participado como síndico del Club Deportivo Águila en un tribunal arbitral dentro de la Federación Salvadoreña de Fútbol, por lo que ejerció la procuración a favor de ese ente deportivo. La autoridad demandada consideró que esto es contrario a la función como magistrado de la Cámara de Segunda Instancia. Además, la Corte Suprema de Justicia en Pleno señaló que el demandante vulneró los principios de independencia e imparcialidad judicial, los que se encuentran dentro de la «*moralidad notoria*» que se le requiere como requisito constitucional en su calidad de juez.

Sin embargo, a partir de los hechos imputados al demandante, de los que se defendió en su oportunidad procedimental, y la norma que se consideró infringida (artículo 55 letra f) de la Ley de la Carrera Judicial), se advierte una calificación forzada para hacer encajar tales hechos en el supuesto normativo del artículo 55 letra f). En otras palabras, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, al momento de encajar el cuadro fáctico a la norma correspondiente del ordenamiento jurídico disciplinario, hizo una interpretación extensiva de la conducta imputada al licenciado CRCU y la subsumió en una de las causales de remoción del cargo.

Tal como se ha dicho, la autoridad demandada determinó que el actor violentó la independencia e imparcialidad judicial e hizo un esfuerzo por encajar tales categorías en la moralidad notoria, requisito este exigido en la Constitución a los miembros de la carrera judicial, y, al carecer del mismo, es causal de remoción.

Esta Sala no puede soslayar que los hechos imputados al demandante, haber participado en un tribunal arbitral dentro de la Federación Salvadoreña de Fútbol, como síndico del Club Deportivo Águila, no encajan en la violación a la independencia e imparcialidad judicial exigibles a los miembros de la carrera judicial, puesto que no se ha acreditado que él, como juzgador, haya conocido un caso donde el Club Deportivo Águila sea parte en un determinado proceso cuya decisión de fondo le compete dictar al licenciado CA; por otra parte, no comparte el criterio, de la forma como lo ha hecho la autoridad demandada, que éstos últimos principios se encuentren dentro de la moralidad notoria exigida a los jueces de la República.

La Corte Suprema de Justicia en Pleno, en el procedimiento administrativo 195/2016, antes de examinar las casuales de remoción del cargo, debió escudriñar si la conducta imputada al licenciado CRCU era susceptible de encajar en otro supuesto que la misma Ley de la Carrera Judicial sanciona. Así, en el artículo 52 de la referida norma se establece como supuesto de infracción muy grave, letra g): «*Infringir las normas sobre incompatibilidades*»; en este supuesto, no debe perderse de vista que el artículo 53 de la referida ley señala que la sanción a imponer, por el cometimiento de esta conducta, es la suspensión sin goce de sueldo entre quince y sesenta días.

Por los argumentos expresados, con relación al procedimiento administrativo 195/2016, la Corte Suprema de Justicia en Pleno en la actuación impugnada violentó el principio de tipicidad, lo que se traduce en un vicio de ilegalidad."

[...]

En los pasajes expuestos, la autoridad demandada determinó que el licenciado CRCU incurrió en la causal establecida en el artículo 55 letra f) de la Ley

de la Carrera Judicial, porque ejerció el cargo sin tener el requisito de «*moralidad notoria*» regulado en el artículo 177 de la Constitución.

Quedó evidenciado que al demandante se le imputó la conducta de haber tenido relaciones sexuales, con una señorita, en horas de la medianoche, en su vehículo particular, junto a las instalaciones del Centro Judicial de la ciudad de San Miguel. La autoridad demandada consideró que esto es contrario a la función como magistrado de Cámara de Segunda Instancia. Además, la Corte Suprema de Justicia en Pleno señaló que el demandante vulneró el principio de integridad, que se encuentra dentro del ámbito de la ética.

Sin embargo, a partir de los hechos imputados al demandante, de los que se defendió en su oportunidad procedimental, y la norma que se consideró infringida (artículo 55 letra f) de la Ley de la Carrera Judicial), se advierte una calificación forzada para hacer encajar tales hechos en el supuesto normativo del artículo 55 letra f). En otras palabras, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, al momento de encajar el cuadro fáctico a la norma correspondiente del ordenamiento jurídico disciplinario, hizo una interpretación extensiva de la conducta imputada al licenciado CRCU y la subsumió en una de las causales de remoción del cargo.

Tal como se ha dicho, la autoridad demandada determinó que el actor violentó el principio de integridad judicial e hizo un esfuerzo por encajarlo en la moralidad notoria, requisito este exigido en la Constitución a los miembros de la carrera judicial, y, al carecer del mismo, es causal de remoción.

Esta Sala advierte que los hechos imputados al demandante, haber tenido relaciones sexuales, con una señorita, en horas de la medianoche, en su vehículo particular, junto a las instalaciones del Centro Judicial de la ciudad de San Miguel, pueden ser socialmente reprochables pero no encajan en el tipo administrativo que fue seleccionado por la autoridad.

La Corte Suprema de Justicia en Pleno, antes de examinar las casuales de remoción del cargo, debió escudriñar si la conducta imputada al licenciado CRCU era susceptible de encajar en otro supuesto que la misma Ley de la Carrera Judicial sanciona. Dicha autoridad señaló en el primer acto impugnado que el juez debe: «*evitar la ejecución de cualquier acto que lo haga desmerecer en la estimación pública y que pueda comprender el decoro de su ministerio*» (folio 1782 vuelto). En ese sentido, en los artículos 50 letra ch) y 52 letra a) de la referida norma, se establecen como supuestos de infracción, en el primero, «*Realizar actos incompatibles con el decoro del cargo*», que es menos grave; y, en el segundo, «*Ejecutar actos graves de inmoralidad en la oficina donde se trabaje o fuera de ella cuando se encontrare en el ejercicio de sus funciones*», que es muy grave.

En cada uno de los supuestos, no debe perderse de vista que el artículo 53 de la referida ley señala las sanciones a imponer, por el cometimiento de estas conductas, siempre que se cumpla el examen exhaustivo por parte de la autoridad demandada al momento de seleccionar el tipo infractor. Pero, de todos modos, ninguna es causal de remoción del cargo.

Por los argumentos expresados, con relación al procedimiento administrativo 132/2009, la Corte Suprema de Justicia en Pleno en la actuación impugnada

violentó el principio de tipicidad, lo que se traduce también en un vicio de ilegalidad."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 70-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 10/12/2019

PRUEBA TÉCNICA

UNA PRUEBA TÉCNICA VERTIDA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TIENE POR OBJETO ILUSTRAR A LA AUTORIDAD PÚBLICA SOBRE DETERMINADOS HECHOS ONTOLÓGICAMENTE ESPECIALIZADOS

"Establecidas las posiciones jurídicas de las partes y de la representación fiscal, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

i. El estudio "HF-SO-001-2017" -al que las partes se han referido como prueba diez- fue realizado por los arqueólogos Marlon Escamilla y Massiel Ramos, en el período comprendido del trece de septiembre al doce de octubre de dos mil diecisiete, en el inmueble de Inversiones e Inmobiliaria Fénix, S.A. de C.V., ubicado sobre el bypass Sonsonate-Acajutla, contiguo a la lotificación Santa Eduvigis y lotificación San Antonio, en el municipio y departamento de Sonsonate.

Dicho elemento de prueba, que corre agregado de folios 174 al 207 del expediente administrativo, contiene una investigación arqueológica sometida a los términos de referencia -condiciones técnicas de ejecución- proveídos por el Departamento de Arqueología de la Dirección Nacional de Patrimonio Cultural y Natural.

De tal investigación importa destacar, a los efectos del presente caso, que en el reconocimiento arqueológico pedestre -reconocimiento de la zona, a pie- se realizaron ciento veinte pozos de sondeo -excavaciones para la búsqueda de vestigios arqueológicos-, específicamente, cincuenta en el sector A y setenta en el sector B del inmueble de la apelante, cuyos hallazgos relevantes fueron, entre otros, los siguientes. [...]

ii. De la lectura de las conclusiones del estudio "HF-SO-001-2017" -prueba diez-, esta Sala constata, tal como sostuvo la parte apelante, que los arqueólogos consultores únicamente determinaron como "área de reserva arqueológica", dos punto nueve manzanas. Así, consta en el referido estudio: «*(…) Con base a los hallazgos arqueológicos acaecidos durante el trabajo de campo, se considera Área de Reserva Arqueológica (Zona protegida) los polígonos 24, 27, 29, 31 y 32, éstos deberán quedar fuera de cualquier tipo de construcción y/o de alteración del suelo (…) Dicha área suma un total de 20,489.28 m2 equivalentes a 2.93 mz (…)*» (folio 191 del expediente administrativo).

Asimismo, respecto del factor denominado "paisaje cultural", dichos profesionales razonaron: *«(…) Tomando en cuenta que el inmueble en estudio* [inmueble de la apelante] *se encuentra colindando con dos sitios arqueológicos, y a pesar que el paisaje cultural ya se encuentra alterado por la colocación de torres de alta tensión (…) y la construcción de viviendas, es necesario que el paisaje cultural esté integrado al diseño del proyecto habitacional a desarrollar, garanti-*

zando de esta manera minimizar el impacto a dicho paisaje (…)» (folio 193 del expediente administrativo). De ahí que, los arqueólogos consideraron «*(…) factible la realización del Proyecto "Urbanización Las Victorias" en el área del Sector "A" y Sector "B", excluyendo el área de reserva arqueológica establecida (…)*» (folio 190 del expediente administrativo).

iii. Referido lo anterior, la primera noción jurídica que ha de destacarse es la relativa a que una prueba técnica, vertida en el procedimiento administrativo, tiene por objeto, de manera general, ilustrar a la autoridad pública sobre determinados hechos ontológicamente especializados; es decir, presentar una apreciación, sobre cierto factor material, que sólo es posible con la aplicación de conocimientos técnicos, artísticos o prácticos particularizados.

En todo caso, la prueba técnica, además de proveer un basamento especializado sobre determinado objeto de averiguación, presenta conclusiones inteligibles para la autoridad pública que ha de decidir. [...]

Ahora, cabe el cuestionamiento relativo a si los resultados de la prueba técnica pueden condicionar, de alguna forma, el sentido de la decisión administrativa o, por el contrario, la Administración, en aplicación del sistema de valoración de la prueba denominado *sana crítica*, puede arribar a conclusiones particulares, bajo un análisis integral de la prueba técnica junto con los restantes elementos de prueba que obran en el caso concreto."

VALORACIÓN SEGÚN LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA

"Al respecto, la controversia reseñada debe resolverse a la luz del sistema de valoración de la prueba aplicable por la Administración en cualquier procedimiento administrativo que desarrolle; es decir, la *sana crítica*.

iv. En este orden, y en lo que importa al presente caso, las conclusiones técnicas del estudio "HF-SO-001-2017" constituyen insumos probatorios relevantes que la autoridad administrativa debía valorar, en conjunción con los restantes elementos que obran en el caso concreto, a fin de arribar a una conclusión particular.

Dicho esto, las derivaciones de los arqueólogos consultores del presente caso no pueden condicionar la dirección de la voluntad de la Administración pública al momento de emitir la decisión respectiva. Por el contrario, el contenido, especificaciones, datos y otros elementos descriptivos del estudio "HF-SO-001-2017" podían ser interpretados de manera libre por la autoridad demandada, de tal forma que ésta podía arribar a conclusiones propias.

En este orden de ideas, es aceptable, entonces, que la Administración emita una decisión que supere el ámbito de intervención pública concluido en determinada prueba técnica, siempre y cuando la decisión sea producto de una valoración integral de todos los elementos existentes a la base del conflicto, resulte palpable la aplicación de los criterios que rigen la sana crítica y, en todo caso, la decisión de que se trate posea cobertura en el ordenamiento jurídico.

Consecuentemente, tal como lo valorara la Cámara en la sentencia impugnada, la autoridad demandada en la primera instancia, teniendo como insumo técnico y *referencial* el estudio "HF-SO-001-2017", estaba habilitada para definir,

en ejercicio de las potestades administrativas que le confiere la ley, el alcance material de las medidas de protección respectivas, esto es, el establecimiento de una zona de intervención mayor a la fijada en el mencionado estudio.

Frente a esto, la afirmación de la apelante relativa a que los arqueólogos "*no delimitaron una zona de influencia porque lo consideraron innecesario e ilegal*" (folio 45 vuelto), dando su visto bueno para continuar la construcción respectiva sobre el sector "B" del proyecto, que no es zona de reserva arqueológica; *constituye una tesis que desconoce y anula la potestad para decidir, atribuida a la autoridad demandada en la primera instancia.* Aceptar tal postulado -el de la apelante- implicaría que la decisión respectiva se estaría gestando, no en el proceso analítico de la autoridad con la potestad para resolver, sino en la percepción de personas, incluso ajenas a la misma Administración, que eventualmente se han visto vinculadas a un caso concreto, sólo para los efectos de dar una opinión técnica.

En este punto esta Sala es enfática en señalar que el criterio reseñado *supra*-valor *referencial* del estudio "HF-SO-001-2017" que no puede condicionar el alcance material de las medidas de protección dictadas por la autoridad pública-, bajo ningún sentido rechaza la relevancia probatoria y connatural de todo estudio técnico o pericial.

Así, las conclusiones especializadas del estudio "HF-SO-001-2017" representan una estimación plausible de una cuestión que, ordinariamente, no resulta asequible para la autoridad pública, por su propia constatación. Sin embargo, estas proposiciones constituyen insumos probatorios, ahora inteligibles, para que esta misma autoridad, *en primer término, valore,* y posteriormente, decida. En este sentido debe dimensionarse el estudio *supra*, es decir, como un elemento de prueba que forma parte de un *conjunto*, sometido éste, en su totalidad, a un método de integración, deducción y análisis armónico, ello, para arribar a una conclusión definitiva que es la que ha de sostener la decisión."

EL DICTAMEN PERICIAL NO ES UN ELEMENTO PROBATORIO VINCULANTE PARA LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

"v. En suma, el estudio "HF-SO-001-2017" no constituye un elemento probatorio vinculante para la autoridad administrativa, quien podía apreciar libremente, *verbigracia*, las máximas de experiencia de los profesionales, la lógica interna de tal estudio, el detalle y exhaustividad, su ajuste a la realidad, la metodología y las operaciones practicadas para la obtención de conclusiones y, también, la objetividad del mismo, ello, dado que el peritaje en cuestión, en principio, no acredita un hecho *de modo irrefutable* sino, más bien, presenta un juicio personal y esencialmente técnico de los agentes que lo emitieron.

Correlativamente, esta Sala advierte que la Cámara de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia impugnada, adoptó el criterio sentado en los apartados anteriores, ello, al establecer que«*(…) la competencia o habilitación legal para que la Directora Nacional de Patrimonio Cultural pueda delimitar zonas de influencia cultural se tiene que advertir de forma integral de los* [sic] *dispuesto en la Constitución de la República, la LEPPCES y su Reglamento y no de forma ais-*

lada como lo pretende la parte actora. En efecto, esta Cámara ha verificado que dicha competencia y los presupuestos de hecho se encuentran regulados especialmente de lo establecido en los Arts. 2 y 86 del Reglamento de la LEPPCES; 40 y 42 inciso 2° de la LEPPCES, derivados del Art. 63 de nuestra Constitución ya que dentro de las potestades de la autoridad se encuentra la de tomar las medidas necesarias para resguardar el patrimonio cultural. Y es que, la medida tomada -de carácter provisional- lo que pretende es resguardar temporalmente dichos hallazgos y verificar con estudios más profundos, la procedencia o no de una medida definitiva (…)» (folio 443 frente del expediente judicial 00012-18-ST-COPC-CAM).

Como se advierte, el basamento de la intervención pública y su alcance, en el presente caso, no se puede supeditar a las resultas de un informe técnico, *interpretado aisladamente*-como pretende la apelante-, sino en todos aquellos elementos de prueba existente a fin de establecer la verdad material y, principalmente, en las potestades que el ordenamiento otorga.

Adicionalmente, esta Sala corrobora que la Cámara de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia impugnada, tuvo como elementos relevantes objeto de valoración: *(a)* el informe de carácter preliminar -estudio "HF-SO-001-2017"- que suscribieron los arqueólogos consultores relacionados *supra*; *(b)* el informe de inspección inmediata, emitido por arqueólogos adscritos a la autoridad administrativa demandada en la primera instancia; y, *(c)* el informe complementario definitivo, emitido también por funcionarios de la Dirección Nacional de Patrimonio Cultural y Natural (folio 442 vuelto del expediente judicial 00012-18-ST-COPC-CAM).

Con esto se constata que la Cámara no justificó la competencia de la autoridad apelada para establecer un área de influencia en el inmueble propiedad de Inversiones e Inmobiliaria Fénix, S.A. de C.V., en un solo elemento de prueba. Por el contrario, el estudio "HF-SO-001-2017" fue incluido en un conjunto de material probatorio que fue valorado integralmente, en consonancia con otros factores de prueba introducidos al caso y, vale precisar, a la luz de las concretas potestades administrativas establecidas en el ordenamiento jurídico.

Consecuentemente, la Cámara no realizó una errónea valoración del mencionado estudio "HF-SO-001-2017", clasificado como prueba diez, como lo sostuvo la parte apelante. De ahí que debe desestimarse este punto argumentativo del recurso de apelación interpuesto."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 13-19-RA-SCA, fecha de la resolución: 04/10/2019

PRUEBA TESTIMONIAL

VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCEDIMIENTO QUE REGULA EL ARTÍCULO 61 INCISO 2° DE LA LEY DE LA CARRERA JUDICIAL

"1.3) En este punto, la controversia se encuentra concentrada en la aplicación del artículo 61 de la Ley de la Carrera Judicial, el cual estable el procedi-

miento que debe cumplirse, al momento de iniciar un instructivo sancionatorio contra los miembros de la carrera. Precisamente, la discordia se encuentra en la interpretación del inciso segundo que establece: «*Transcurrido el término probatorio, quedará en estado de pronunciarse la resolución que corresponda*».

Las partes han manifestado que en el procedimiento administrativo 132/2009, tramitado contra el licenciado CRCU, se procedió a recibir prueba testimonial posterior al auto que declaró el trámite listo para dictar la resolución final.

En la pieza uno del expediente administrativo, a folio 43, consta una resolución de las catorce horas con treinta minutos del veintiséis de agosto de dos mil diez, en la cual, habiendo concluido el término probatorio en el procedimiento administrativo 093/2016, se advierte que quedó en estado de pronunciar la resolución final, remitiendo a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia el informativo para los efectos legales correspondientes.

En folio 52 se encuentra agregado otro auto, mediante el cual el Jefe del Departamento de Investigación Judicial, a las ocho horas diez minutos del veinte de mayo de dos mil quince, resolvió agregar un escrito y los documentos ahí relacionados.

Finalmente, en folio 64 consta una resolución de las once horas cinco minutos del veinticinco de mayo de dos mil dieciséis que, en síntesis, consideró: «*(…) Se advierte, en este estado que no se cuenta con los testimonios de los Agentes (sic) MARA(ONI ***) y el motorista APR (ONI***). Por lo que previo al pronunciamiento final del presente informativo disciplinario este Departamento considera necesario solicitar al Jefe de la Subdelegación Centro de la Policía Nacional Civil de San Miguel, cite para que comparezcan a este Departamento a los Agentes (sic) (…) para declarar en calidad de testigos. En razón de lo anterior, este Departamento* ***RESUELVE:*** *1. Líbrese oficio al Jefe de la Subdelegación Centro PNC de San Miguel, para que cite a los Agentes (sic) del sistema de emergencias 911, MARA (ONI***) y el motorista APR (ONI***), destacados en el sector tres del cuadrante IV, a fin de que comparezcan a este Departamento, a declarar en calidad de testigos, para tal efecto señalase (sic) las* ***DIEZ HORAS, Y LAS ONCE HORAS RESPECTIVAMENTE DEL DIA (sic) OCHO DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL DIECISIES*** *(sic) (…)*»

Este último auto es el que contiene el punto en controversia, debido a que el demandante alegó que la autoridad demandada había finalizado el procedimiento administrativo y no podía retraerlo e incorporar nuevos medios de prueba.

La autoridad demandada ordenó, posterior al término probatorio establecido en el inciso 2° del artículo 61 de la Ley de la Carrera Judicial, incorporar la declaración de los agentes que verificaron el supuesto cometimiento de la conducta atribuida a la parte actora.

En primer lugar, esta Sala considera que la declaración de los agentes MARA y APR tuvo que haber sido incorporada desde el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, debido a que ellos fueron los que encontraron al licenciado CRCU el día de los hechos atribuidos y la Administración no desconocía ese medio probatorio ya que no se trató de un hecho nuevo.

Adicionalmente, la autoridad demandada no plasmó las razones que llevaron, hasta ese momento, a ordenar la incorporación de la prueba testimonial

de los referidos agentes. Cabe aclarar que el trámite pasó, inexplicablemente, paralizado desde agosto de dos mil diez hasta mayo de dos mil quince; es decir, casi cinco años detenido injustificadamente el trámite cuando lo que procedía era emitir la decisión final.

Por otra parte, esta Sala no puede soslayar que la Administración Pública se encuentra sujeta al principio de legalidad y el debido proceso, que conlleva el cumplimiento de las etapas procedimentales establecidas en la ley; así las cosas, el artículo 61 de la Ley de la Carrera Judicial establece las etapas que debe cumplir la Corte Suprema de Justicia en Pleno en el trámite de un instructivo sancionatorio contra un miembro de la carrera. Y, aunque en el derecho administrativo se reconozca el principio de verdad material, prevalece el debido procedimiento por que aquí se garantiza el derecho de defensa del administrado.

Por lo expuesto, en el momento en que se ordenó la incorporación de la prueba testimonial de los agentes MARA y APR, sin ningún fundamento razonable y sin justificación alguna porque no era hecho nuevo, hubo una violación al debido procedimiento que regula el artículo 61 inciso 2° de la Ley de la Carrera Judicial incluyendo, desde luego, el derecho de defensa del administrado. Esto hace que, en cuanto al procedimiento 132/2009, los actos impugnados se tornen ilegales."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 70-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 10/12/2019

REVOCATORIA POR RAZONES DE LEGITIMIDAD

FINALIDAD

"Por otra parte, el artículo 3 de las Disposiciones Transitorias establece la **revocatoria por razones de legitimidad** (…) *Los actos desfavorables podrán ser revocados por la Administración, de oficio o a instancia del interesado. Sólo a instancia del interesado puede la Administración Pública revocar por razones de legitimidad sus actos que produzcan efectos favorables. El interesado podrá solicitar la revocatoria de los actos administrativos en cualquier tiempo en los supuestos de nulidad absoluta, pero en los casos de nulidad relativa sólo podrá hacerlo mediante la interposición de los recursos a los que se refiere el artículo 2 de este decreto".*

El artículo antes señalado nos ubica en el escenario de la "revocatoria por razones de legitimidad". De forma general, la revocatoria consiste en el retiro unilateral de los efectos del acto emitido por la autoridad administrativa. Su fundamento radica en la finalidad que tiene dicha autoridad de satisfacer en la mejor forma los intereses públicos y observar la ley.

Dicha figura tiene una doble finalidad; por un lado, permite al administrado interponer su inconformidad con la decisión administrativa, y por otro, le da la oportunidad a la misma autoridad emisora del acto, de revisar su actuación y eliminar los vicios que el acto pueda tener; se trata de un mecanismo de control tanto para el administrado como para la propia Administración.

Lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Transitorio antes citado no tiene la misma naturaleza de un recurso administrativo ordinario -que se debe plantear en los plazos y forma establecidos en la ley de la materia-, como un requisito de procesabilidad para acceder a la vía de la jurisdicción contencioso administrativa (agotamiento de la vía administrativa); ya que la revisión del acto administrativo, vía revocatoria, regulada en el precitado artículo 3, tiene una regulación diferente atendiendo a que los actos sean favorables o desfavorables, en los siguientes términos: **(1)** los actos que produzcan efectos desfavorables pueden ser revocados de oficio o *a instancia del interesado; y,* **(2)** los actos que produzcan efectos favorables, pueden ser revocados -por razones de legitimidad a instancia del interesado-.

En ese último supuesto, es importante aclarar, que la Administración Pública conforme al artículo 4 del mismo cuerpo legal, tiene la posibilidad de impugnar sus propios actos administrativos favorables que hubieran adquirido estado de firmeza, mediante el proceso de lesividad -artículo . 17 letra c), 93 y siguientes de la LJCA-.

En ese orden el inciso tercero del artículo 3 de las Disposiciones Transitorias, establece la forma en que se tramitará el primer supuesto de *revocatoria a instancia del interesado*; es decir, la revocatoria de los actos desfavorables. Dicha tramitación dependerá del vicio que contenga el acto: **(a)** nulidad absoluta; o, **(b)** nulidad relativa."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 93-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 14/02/2019

SERVIDORES PÚBLICOS

EL ACTO CON EL CUAL SE SEPARÓ DEL CARGO AL DEMANDANTE ES NULO DE PLENO DERECHO

"IV. La parte actora alega nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con el artículo 1 letra b) de las Disposiciones Transitorias del Procedimiento Administrativo y del Régimen de la Administración Pública -falta de procedimiento-. Manifiesta que laboró en la Corte Suprema de Justicia como sub jefe de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales y que era parte de la carrera administrativa de conformidad con las funciones permanentes que ejercía y el inciso segundo del artículo 4 de la Ley de Servicio Civil [LSC], perola Corte Suprema de Justicia no realizó el procedimiento correspondiente para despedirlo.

La parte actora manifestó que: *«Todas las funciones desempeñadas e incluso las previstas por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, son atribuciones que forman parte del giro ordinario del área en la que laboró mi representado Ingeniero* (sic) *CMM, por lo que dicho cargo no puede ser considerado como un cargo de confianza, sino que se trata de una actividad de carácter técnico permanente de la Institución*(sic)*, ya que supone el desarrollo de los procesos de adquisiciones y contrataciones de la Institución*(sic)*, Por*(sic) *lo tanto, no supone un cargo que presta un apoyo directo a las jefaturas,*

ni un cargo de carácter eventual extraordinario, sino una función permanente institucional» [folio 3 frente].

Por su parte, el licenciado [...], apoderado de la autoridad demandada, en la contestación de la demanda expuso: *«En ese orden de ideas, del examen de lo sucedido en la sede administrativa y lo alegado por la parte actora en su demanda por medio de su representante, se nos permite partir del hecho que el señor CMM* ***se encontraba comprendido dentro de la carrera administrativa en virtud de lo establecido en el referido art. 4 incisos 2° y 4° de la Ley de Servicio Civil*** *-situación que ha sido confirmada por la Sala de lo Constitucional dentro del proceso de inconstitucionalidad referencia 28-2013 mediante sentencia de las catorce horas quince minutos del día 4 de noviembre de 2015-. De tales premisas, tal como se ha establecido en las actuaciones impugnadas, es posible determinar que la vía procesal correcta o, en términos de esa honorable Sala, el mecanismo de defensa ad hoc previamente incorporado al ordenamiento jurídico, que al momento que le notificaron el despido tenía que haber activado el señor MM, era el que establecía el art. 61 de la Ley de Servicio Civil; es decir, que el interesado debió acudir, dentro de los tres meses siguientes de ocurrido el hecho, por escrito, ante el Tribunal de Servicio Civil, dando cuenta de su destitución o despido de hecho, para que dicho tribunal diera audiencia por cuarenta y ocho horas al funcionario a quien se le imputaba la destitución y con la contestación de esta o sin ella, se hubieran recibido a prueba las diligencias por cuatro días y, si fuere necesario, vencido el plazo antes dicho, el Tribunal hubiera podido resolver lo conducente conforme a derecho dentro del tercero día»* [Subrayado y negritas nuestro, folio 61 vuelto].

De conformidad con el artículo 314 ordinal 1° del CPCM -de aplicación supletoria según el 123 de la LJCA-, no requieren ser probados los hechos admitidos o estipulados por las partes. Bajo tal mandato, tanto la parte actora como la autoridad demandada admiten que el señor CMM pertenecía a la carrera administrativa, hecho que no requiere ser probado.

Según el inciso segundo del artículo 4 de la LSC: *«(…) Sin perjuicio a lo establecido en los literales anteriores, cualquier persona que preste servicios de carácter permanente, propios del funcionamiento de las instituciones públicas contratadas bajo el régimen de contrato, estarán comprendidas en la carrera administrativa».* [Reforma de la LSC, Decreto Legislativo No. 10 de fecha 20 de mayo de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 94, tomo 383, de fecha 25 de mayo de 2009].

Consta a folio 24 la nota del quince de diciembre de dos mil nueve, en la cual se expone: *«Ing. CMM Dirección de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales (…) Sirva la presente para comunicarle que su relación laboral con la Corte Suprema de Justicia, finalizará el 31 de diciembre de este año, por ser la fecha que vence su contrato de servicios personales»*.

Del inciso mencionado es posible concluir que, al estar comprendidos en la carrera administrativa los servidores que bajo el régimen de contrato ejerzan funciones de carácter permanente, se encuentran amparados por la referida ley; de ahí que su remoción o despido debía efectuarse según el capítulo VIII de esa norma. En el caso en controversia la separación del cargo del señor MM fue

efectuada bajo el fundamento de la terminación de un contrato por régimen de prestación de servicios profesionales el cual finalizaba el día treinta y uno de diciembre de dos mil nueve. De ahí que el hecho que la Administración se limitara a terminar la relación laboral con el señor CMM a través de una nota en la que se le comunicaba el cese de sus funciones el treinta y uno de diciembre de dos mil nueve, denota que aquella no tomó en cuenta que el demandante formaba parte de la denominada *carrera administrativa*, conforme con lo regulado en el artículo 4 inciso segundo de la LSC, situación que conminaba a la Administración a instruir el procedimiento establecido en la LSC a efecto de poder dar por terminado el vínculo laboral existente. Por ende, el acto con el cual se separó del cargo al señor CMM es nulo de pleno derecho y así deberá declararse."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 18-19-PC-SCA, fecha de la resolución: 15/11/2019

SINDICATOS

CARGAS LEGALES Y MATERIALES EXIGIDAS AL EMPLEADOR

"4. En lo que importa al presente caso, Cemento Holcim de El Salvador, S.A. de C.V. impugnó -en la primera instancia- el acto administrativo mediante el cual se otorgó personalidad jurídica al SICCA, según ha planteado en su escrito de apelación, *sobre la base de la afectación material relativa a que, en su calidad de empleador, tendrá que reconocer una serie de prerrogativas de diversa naturaleza -laborales, económicas, etc.- a los trabajadores adscritos a un sindicato que no cumplió los requisitos legales para la obtención de su personalidad jurídica*.

[...]

En este sentido, un sindicato al que se le ha otorgado su personalidad jurídica, puede exigir del *empleador* respectivo una serie de cargas legales y materiales, verbigracia: ***(a)***la *imposibilidad determinar autónomamente el contrato individual de trabajo*de los miembros de la junta directiva sindical, a pesar de concurrir las causales del artículo 50 del CT, siendo necesario un proceso en el que se califique unajusta causa-fuero sindical- (artículo 248 del CT); ***(b)***la *prohibición de suspender disciplinariamente* a los miembros de la junta directa sindical, a pesar del incumplimiento del Reglamento Interno de Trabajo, siendo necesario un proceso en el que se califique una justa causa -fuero sindical- (artículo 248 del CT); ***(c)***la carga administrativa interna consistente en retener cuotas sindicales y entregarlas al ente respectivo (artículo 252 del CT);***(d)***la obligación de negociar y celebrar un contrato colectivo de trabajo, asumiendo gravámenes económicos y materiales, cuando ello sea solicitado por el sindicato, creándose también, en virtud de tal contrato, nuevas obligaciones (artículo 271 del CT), mismas que deben ser satisfechas con el patrimonio de la empresa o establecimiento, y si aquél no fuere suficiente, quedarán afectos los demás bienes del empleador (artículo 286 del CT);***(e)*** toda obligación derivada de un conflicto colectivo de trabajo promovido por un sindicato (artículos516 y siguientes del CT);***(f)*** la legitimidad de una huelga y las consecuencias que ésta apareja para el empleador, tanto en

su organización laboral interna como en relación a las obligaciones a las que es vinculado por medio de tal mecanismo (artículos 527, 536 y 537 del CT).

Tal como se dilucida, una vez otorgada la personalidad jurídica a un sindicato, el empleador debe disponer su organización laboral, material, económica y administrativa para el cumplimiento de una serie de nuevas obligaciones *que le resultan exigibles en ocasión de la existencia legal de tal ente sindical*."

PERSONALIDAD JURÍDICA DE UN SINDICATO ES UN ACTO QUE REPERCUTE DIRECTA Y MATERIALMENTE EN LA ESTRUCTURA LABORAL, ORGANIZATIVA, ECONÓMICA, LEGAL Y MATERIAL DE UNA EMPRESA

"En este punto esta Sala es enfática en señalar que este conjunto de imperativos deben ser cumplidos por el empleador de que se trate, pues devienen de la voluntad soberana del pueblo expresada por medio del Órgano Legislativo, a través de la emisión de una ley (CT). Así, es erróneo considerar que un empleador no debe someterse a tales obligaciones. No debe perderse de vista que la Constitución instituye de manera nuclear la sindicación como un mecanismo para la protección efectiva de los derechos de los trabajadores; imperativos fundamentales que esta Sala comparte y está obligada a aplicar en cada caso.

Aquí, importa destacar que estas obligaciones surgen en razón de una contraparte dotada con la "personalidad jurídica" para actuar válidamente en pos de su cumplimiento. Es por ello que el concepto relacionado -personalidad jurídica- alude a la *capacidad legal suficiente para adquirir derechos, contraer obligaciones y realizar actividades que generen plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros*.

Consecuentemente, la exigibilidad de los derechos y obligaciones relacionadas *supra*tiene cabida en una relación bilateral en la que las partes -empleador y sindicato-gozan de la capacidad legal para obrar.

No cabe duda, entonces, que el reconocimiento de la personalidad jurídica de un sindicato es un acto que repercute directa y materialmente en la estructura laboral, organizativa, económica, legal y material de una empresa. Consecuentemente, el empleador, con la condición de titular de esa empresa, asume de manera subyacente y cierta una serie de obligaciones que afectaran su esfera jurídica."

Precisado lo anterior, es evidente que la ilegalidad del acto administrativo mediante el cual se otorga personalidad jurídica a un sindicato, implica, para el empleador respectivo, una ventaja o utilidad jurídica palpable. En otras palabras, su anulación produce un efecto materialmente positivo, cierto y actual en su esfera jurídica, esto es, el liberarse de aquellas obligaciones que sólo le serían exigibles en virtud del accionar de un sindicato constituido de conformidad con la ley.

Ciertamente, sólo el reconocimiento de la personalidad jurídica de un ente sindical, de conformidad con el ordenamiento jurídico, puede colocar al empleador en una condición legítima de "contraparte obligada" respecto de los derechos pertinentes.

ii.Con fundamento en lo expuesto en el apartado anterior, esta Sala advierte que Cemento Holcim de El Salvador, S.A. de C.V., en su calidad de empleador,

posee legitimación activa para impugnar, en sede contencioso administrativa, el acto mediante el cual se otorgó personalidad jurídica al SICCA, ello, por la titularidad de un interés legítimo.

Este interés se concretiza en el hecho de que tal sociedad, conforme con el ordenamiento jurídico, se ve afectada materialmente en su esfera jurídica en tanto se constituye -de manera inmediata y subyacente al reconocimiento de la personalidad jurídica antedicha- en la interlocutora y contraparte obligada del sindicato. Ciertamente, el pliego de condiciones y derechos que le serán puestos de manifiesto por el sindicato, implicarán, materialmente, una disposición directa e inmediata de su estructura organizativa y económica -por mencionar algunas áreas-.

No cabe duda, entonces, que el reconocimiento de la personalidad jurídica sindical obliga al empleador, de manera contigua, a una serie de concesiones inmediatas frente a una organización social que tiene reconocimiento legal, frente a una diversidad de instituciones (entre ellas, judiciales y administrativas)."

UN EMPLEADOR POSEE LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA IMPUGNAR VÍA JUDICIAL EL OTORGAMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA A UN SINDICATO CONFORMADO CON TRABAJADORES DE SU ORGANIZACIÓN LABORAL

"Para el presente caso, según lo manifestado por la parte apelante, su negativa al reconocimiento de la personalidad jurídica del SICCAno tiene a su base el deseo de incumplir las obligaciones que las leyes imponen en materia sindical, *sino la evitación de la concesión de prerrogativas significativas para su organización interna, a un ente constituido sin sujeción al ordenamiento jurídico*. Esta última circunstancia, obtenida eventualmente con la anulación del acto impugnado en la primera instancia, justifica su interés legítimo para impugnar en la vía contencioso administrativa. Así, tal como se precisó *supra*, el interés legítimo se levanta sobre una *relación material unívoca entre el sujeto y el acto impugnado, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio), actual o futuro pero cierto. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida*.

En abono a lo anterior, esta Sala tiene a bien señalar que la legitimación activa exige referirse, con carácter general, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva -con el que se encuentra conectado de manera directa-. La conexión entre ambas categoríases la que explica, también, que los tribunales suelan interpretar con amplitudy de manera generosa -en aplicación del principio anti formalista- la legitimación activa para acceder a la vía contencioso administrativa.

Verbigracia, la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de España ha estimado categóricamente que «*(…)la delimitación constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva impone a los tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales uti-*

licen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (…)» (Admisión del tres de octubre de dos mil dieciocho. Recurso de casación 3738/2018).

Esta concepción, razonable y acorde con nuestro derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva -artículo 2 inciso 1° de la Constitución-, permite el reconocimiento de legitimación al empleador para impugnar el otorgamiento de la personalidad jurídica a un sindicato conformado por trabajadores de su estructura laboral."

5. En este punto, esta Sala tiene a bien señalar que la jurisprudencia, como fuente del derecho, permite conocer, de manera muy precisa, cómo los tribunales *aplican* e interpretan el alcance de las normas jurídicas y, además, determinan la naturaleza de diversas categorías sustantivas y *procesales* sometidas a consideración en un caso concreto.

En este sentido, el juez puede, en un ejercicio comparativo e ilustrativo, acudir a la jurisprudencia de tribunales extranjeros con quienes comparte ordenamientos jurídicos, principios y reglas procesales equivalentes, con el fin de realizar un análisis de *su aplicación*.

Precisamente, este ejercicio es el que a continuación se realiza.

i. En primer lugar, es relevante mencionar que la mayoría de países de Iberoamérica compartimos y aplicamos, en nuestros sistemas normativos, los mismos principios e instituciones básicas del *derecho procesal*, verbigracia, la "legitimación".

Dicho esto, la conclusión relativa a que un empleador posee legitimación activapara impugnar,*vía judicial*, el otorgamiento de la personalidad jurídica a un sindicato conformado con trabajadores de su organización laboral -conclusión que esta Sala ha hecho suya en los apartados anteriores-; *es una cuestión que ya ha sido reconocida por tribunales extranjeros al pronunciarse sobre el fondo de un proceso iniciado por un empleador, con el objeto de cuestionar la legalidad de la constitución de un ente sindical.*

Así, el Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, de la República de Chile, en la sentencia RIT O-117-2010, emitida el trece de noviembre de dos mil diez, se pronunció sobre el asunto de fondo del proceso iniciado por el Casino de Juegos de Valdivia S.A., en el que esta sociedad dedujo acciones de nulidad contra el acto eleccionario denominado "*Constitución de Sindicato de Trabajadores de Empresa Casino de Juegos de Valdivia*".

En tal proceso, el empleador solicitó, según texto de la sentencia, "*declarar la nulidad absoluta del acto eleccionario (…) por adolecer de objeto y causa ilícita ya que los trabajadores que participaron en tal acto jamás han detentado la calidad de socios constituyentes de la organización sindical*".

Al respecto, el juez del caso, en su fallo, decidió así: "*Se hace lugar a la demanda solo en cuanto se declara para todos los efectos legales que el Sindicato de Trabajadores Empresa Casino de Juegos Valdivia <u>es nulo absolutamente</u> por objeto y causa ilícitas*" (el subrayado es propio).

Por otra parte, el Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, también de la República de Chile, en la sentencia RIT O-45-2013, emitida el treinta de mayo de dos mil trece, se pronunció sobre el asunto de fondo del proceso iniciado por

Transportes Corvalán y Cia. Ltda., en el que tal ente social pidió, según texto de la sentencia, «*la nulidad de* [la] *constitución* [del] *SINDICATO DE EMPRESA TRANSPORTES CORVALÁN Y CIA. LTDA. "Sinemtranscor"*».

En este caso, luego de conocerse el fondo del asunto, el juez decidió, en su fallo: «*Que se acoge la demanda interpuesta por TRANSPORTES CORVALÁN Y CIA. LTDA. (…) en contra de SINDICATO DE EMPRESA TRANSPORTES CORVALÁN Y CIA. LTDA. "Sinemtranscor" (…) declarándose que es nula la constitución del mismo*» (el subrayado es propio).

ii. Con las sentencias relacionadas en los párrafos precedentes, se reafirma el postulado de que un empleador posee legitimación para actuar, en la vía jurisdiccional, como parte demandante y, consecuentemente, cuestionar la constitución de un ente sindical.

La decisión del *fondo* del conflicto jurídico que fue puesto de manifiesto en las demandas de los procesos antes mencionados, es un acto procesal que confirma la válida configuración subjetiva de la relación jurídica procesal, específicamente, en cuanto a la legitimación activa de la parte actora. En otras palabras, la emisión de una sentencia de fondo ha sido posible, en los procesos planteados, admitiéndose que el empleador de cada caso ha ostentado legitimación para cuestionar la constitución del sindicato respectivo.

Ahora, esta Sala es enfática en precisar que, si bien las sentencias relacionadas no fueron emitidas por jueces con competencia en materia contenciosa administrativa, sino en el ámbito laboral, *tal circunstancia resulta intrascendente a los efectos de analizar el tratamiento procesal que, conforme a derecho, corresponde a la categoría general de la legitimación activa*.

No debe perderse de vista que una de las características del derecho procesal es su aplicación *común* y generalizada, es decir, sus principios resultan aplicables a todas las ramas del derecho. Consecuentemente, aunque la ilustración jurisprudencial traída a colación por esta Sala para apoyar su tesis, involucre una competencia distinta a la contenciosa administrativa, el análisis de la "legitimación procesal activa" resulta el mismo para uno u otro ámbito, obteniéndose una misma conclusión: la posibilidad de que un empleador, por la vía procesal que resulte idónea (según el diseño del legislador de cada país), pueda cuestionar la legalidad de la constitución de un sindicato.

En este sentido, el asunto que ha de decidirse en virtud de esta sentencia tiene como cimiento la aplicación de los conceptos básicos del derecho procesal, es decir, el conjunto de normas jurídicas de orden público que regulan el proceso y permiten la válida configuración de la relación jurídica procesal en cuanto a la legitimación.

iii. Así las cosas, el tratamiento judicial sobre la legitimación de un empleador para para impugnar *vía judicial* el otorgamiento de la personalidad jurídica a un sindicato conformado con trabajadores de su organización laboral, mismo que fue expuesto en el apartado i. *supra* a modo de ilustración, viene a confirmar la tesis sostenida por esta Sala.

6. Sentada la anterior base argumentativa, el hecho de que el empleador, dentro del procedimiento administrativo para la obtención de personalidad jurídica de un sindicato, tenga como única función la de certificar la calidad de

asalariados de los miembros sindicales (artículo 219 del CT); *es una circunstancia que no anula, per se, su interés legítimo para exigir, en la vía judicial, el cumplimiento de los requisitos que condicionan, según la normativa sectorial, tal reconocimiento*.

Ciertamente, el análisis para determinar la existencia -o no- de legitimación activa en la impugnación de determinado acto, *no puede reducirse ni condicionarse al tipo o alcance de la participación que el demandante tuvo en el procedimiento administrativo*. Por el contrario, tal como se apuntó *supra*, es la existencia de una relación de afectación material con el acto que se pretende anular, lo que justifica y valida su impugnación.

Asimismo, la teorización sobre la naturaleza del acto administrativo que otorga personalidad jurídica a un sindicato, es decir, si se trata de un acto declarativo o constitutivo de derechos, es una cuestión irrelevante de cara al análisis estrictamente procesal de la "legitimación".

Así, entendido que ha sido que la legitimación se justifica, por una parte, en la expectativa de *obtención de ventajas* o *evitación de perjuicios*, frente a una actuación u omisión administrativa que recae sobre un derecho *con el que no existe titularidad formal, pero sí una relación subyacente de afectación material*; un tribunal no puede desconocer la legitimación de un demandante sobre la base de que el acto que impugna no crea, modifica o extingue una situación jurídica -*efectos constitutivos*-, sino que, únicamente, hace valer un derecho preexistente contra terceros -*efectos constitutivos*-.

En este sentido, el rechazo de legitimación activa motivado en (*a*) el nivel y alcance de la participación que el demandante tuvo en el procedimiento administrativo y, (*b*) el carácter de acto declarativo del objeto de impugnación-postura sostenida por la Cámara en la resolución judicial apelada-; implica una decisión que obstaculiza el acceso a la tutela judicial efectiva, como mecanismo de defensa y protección de los derechos e intereses de las personas frente a las actuaciones de la Administración."

NEGAR AL EMPLEADOR LA IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE OTORGAMIENTO DE PERSONALIDAD JURÍDICA A UN SINDICATO CONFORMADO POR TRABAJADORES DE SU EMPRESA, CONSTITUYE UNA TESIS VACÍA DE CONTENIDO

"7. Por otra parte, el carácter constitucional del derecho a la sindicación no puede ser invocado, artificiosamente, para inhibir al Órgano Judicial de ejercer un control de legalidad de todos aquellos actos administrativos que estén directamente vinculados con el ejercicio de tal derecho.

En este sentido, si bien la Constitución posee una amplia regulación de la materia laboral, la misma señala que el trabajo es objeto de regulación por medio de un "Código", es decir, una ley formal que norma, en consonancia y sujeción al núcleo constitucional, el ejercicio de los derechos laborales (lo que no implica el desconocimiento del carácter auto aplicativo de la norma suprema).

Al respecto, debe traerse a colación la ilustración jurisprudencial que ofrece la Cuarta Sala de la Corte Suprema de la República de Chile, en relación a la legitimación del empleador para impugnar la constitución de un sindicato: «*(…)*

corresponde anotar, además, que la circunstancia de desprender una prohibición implícita del artículo 19 Nº 19 de la Carta Fundamental[derecho constitucional de sindicación]*, referida a la no afectación de las organizaciones sindicales y a impedir que sea el empleador quien cuestione la formación o constitución de un sindicato, (…) podría considerarse un error de derecho en la medida que importa privar de una acción como la intentada en autos al empleador, privación que no es aceptable en un Estado de Derecho (…)*» (Sentencia del ocho de abril de dos mil ocho. Recurso de Casación. Rol Nº 368-08).

Así las cosas, negar al empleador la impugnación del acto administrativo en virtud del cual se otorga personalidad jurídica a un sindicato -conformado por trabajadores de su empresa-, sobre la base de que la sindicación es un derecho constitucional -postura sostenida por la Cámara en la resolución judicial apelada-, constituye una tesis vacía de contenido que abre un ámbito exento de control jurisdiccional (artículo 172 de la misma Constitución).

8. En otro aspecto, el tercero beneficiado con el acto administrativo impugnado en la primera instancia adujo que, a partir de su constitución, han sido despedidos ocho de sus directivos, mismos que se encuentran pendientes de la decisión definitiva de este proceso. Además, afirmó que sus afiliados son objeto de vilipendias en sus derechos laborales al interior de la sociedad demandante, todo ello, producto de la inconformidad de ésta última respecto de su constitución.

Ante ello, esta Sala tiene a bien señalar que las circunstancias denunciadas no pertenecen al objeto de control del presente proceso contencioso administrativo. En esta instancia, este tribunal debe pronunciarse sobre un tema procesal en particular, siendo este la existencia o no de legitimación activa en la parte apelante para impugnar el otorgamiento de personalidad jurídica al SICCA.

En este sentido, lo denunciado por dicho sindicato constituye materia de conocimiento de otro orden jurisdiccional. Consecuentemente, tales argumentos resultan inocuos en cuanto al análisis estrictamente procesal que exige el presente caso.

9. Finalmente, esta Sala considera oportuno pronunciarse sobre el precedente judicial relacionado por la Cámara de lo Contencioso Administrativo para justificar, en parte, su concepción relativa a la inexistencia de legitimación en Cemento Holcim de El Salvador, S.A. de C.V. para deducir la pretensión de la primera instancia.

i. En el acta de audiencia inicial desarrollada, en primera sesión, el siete de junio de dos mil diecinueve, y en segunda sesión, el trece de junio de dos mil diecinueve (folios 264 al 268 del expediente 000132-18-ST-COPC-CAM), tal Cámara relacionó la sentencia emitida por esta Sala a las ocho horas del quince de noviembre de dos mil doce, correspondiente al proceso contencioso administrativo 317-2009. A continuación, hizo una transcripción parcial de la misma y citó algunas precisiones conceptuales -contenidas en tal sentencia- sobre la clasificación de los actos administrativos y el derecho de sindicación.

Luego de tales elucubraciones, dicha Cámara sostuvo que, a fin de «*(…) verificar si la sociedad impetrante* [tenía] *o no interés legítimo se* [debía] *verificar cuál es la relación jurídica material a la que está destinada* (sic) *el acto administrativo y cuál es la vinculación en este caso del patrono con esa relación jurídico*

material (…)» (folio 266 vuelto expediente 000132-18-ST-COPC-CAM). Inmediatamente, la Cámara en referencia afirmó que esta Sala «*(…) es clara al determinar* [en la sentencia 317-2009] *que no existe un derecho a no tener un sindicato, que pueda convertirse en un gravamen al constituirse el sindicato, ya que este es el ejercicio de un derecho fundamental que tienen todos los trabajadores (…)*» (folio 266 vuelto expediente 000132-18-ST-COPC-CAM).

Posteriormente, valiéndose de las anteriores ideas, refirió que este Tribunal fue claro en establecer que los empleadores «*no son un tercero ni tienen un derecho ni un interés legítimo que les haya sido vulnerado (…) vinculados con la autorización de la creación de un sindicato*».

ii.El precedente judicial invocado -317-2009- corresponde al proceso contencioso administrativo iniciado por AVX Industries PTE. LTD., contra el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, por la supuesta ilegalidad de la resolución 69/2009, del veintiuno de agosto de dos mil nueve, mediante la cual se adoptaron las siguientes decisiones.

«*I. REVÓCASE en todas sus partes la resolución pronunciada por este Ministerio a las nueve horas con treinta y nueve minutos del día veintinueve de octubre de dos mil siete. II APRUÉBASE el texto de los SESENTA Y NUEVE ARTÍCULOS que conforman los Estatutos del sindicato denominado "SINDICATO DE TRABAJADORES DE EMPRESA AVX INDUSTRIES PTE. LTD.", cuyas siglas son "SITRAVX", a cuyo efecto se les concede la PERSONALIDAD JURÍDICA solicitada. IV.* (sic) *PUBLÍQUENSE en el Diario Oficial dichos Estatutos, así como la presente resolución. V. INSCRÍBASE dicho sindicato en el registro correspondiente*».

Como se advierte de lo transcrito, se trata de una resolución contentiva, en esencia, de la *revocación de un acto previo y denegatorio de personalidad jurídica a un sindicato*.

Pues bien, en dicho proceso, la sociedad demandante pretendió la ilegalidad del acto en referencia, por la vulneración del artículo 8 de la LJCA, puesto que la autoridad demandada -según se adujo en la demanda- había revocado un *acto favorable* sin seguir el proceso de lesividad -entendiendo que ese "acto favorable" era, en relación a ella, el acto previo y denegatorio de personalidad jurídica a un sindicato-.

Así las cosas, esta Sala es enfática en señalar que los argumentos de derecho puestos de manifiesto en la sentencia 317-2009, *no están relacionados con la legitimación activa de un empleador para impugnar, en la vía judicial, un acto administrativo mediante el cual se concede personalidad jurídica un sindicato*. Es decir, no existe pronunciamiento alguno sobre aspectos procesales como el "interés legítimo", la "titularidad de derechos", o cualquier otro elemento relacionado con la "legitimación". Adicionalmente, no existe en tal sentencia ninguna afirmación de esta Sala relativa que "*no existe un derecho a no tener un sindicato*". Tampoco es cierto que este Tribunal haya afirmado que los empleadores «*no son un tercero ni tienen un derecho ni un interés legítimo que les haya sido vulnerado (…) vinculados con la autorización de la creación de un sindicato*».

Por el contrario, el análisis de derecho planteado tuvo por objetivo determinar si la actuación sometida a control en ese caso -*revocación de un acto previo*

y denegatorio de personalidad jurídica de un sindicato-, era o no un acto favorable para la demandante y cuya revocación exigía el proceso de lesividad del mencionado artículo 8 de la LJCA.

De ahí que, para fundamentar la decisión emitida en el referido caso 317-2009, esta Sala se valió de conceptos jurídicos y doctrinarios tales como el derecho de sindicación, la clasificación y naturaleza de los actos administrativos, según sus efectos.

En este orden de ideas, en el precedente judicial relacionado por la Cámara para sustentar, en parte, su decisión, lo que en realidad se determinó fue que *el acto administrativo mediante el cual se deniega la inscripción de estatutos sindicales, no puede considerarse una decisión favorable o creadora de derechos respecto de un empleador*. Consecuentemente, a dicho empleador no le asiste la garantía del proceso de lesividad del artículo 8 de la LJCA.

iii. Luego de confrontar el contenido de la sentencia emitida por esta Sala en el proceso 317-2009, con las proposiciones hechas por la Cámara en la audiencia inicial de la primera instancia -razonamientos y conclusiones que, a su vez, fueron atribuidas a esta Sala por virtud del precedente judicial relacionado-; es concluyente que ésta últimas -las proposiciones hechas por la Cámara- no son más que apreciaciones particulares, inexactas y tergiversadas de la jurisprudencia sentada por este tribunal.

Consecuentemente, el precedente judicial 317-2009 no sostiene ni justifica la idea relativa a que un empleador carece de legitimación activa para impugnar el acto administrativo mediante el cual se otorga personalidad jurídica un sindicato conformado por trabajadores de su estructura interna.

Contrario a lo pretendido por la Cámara, la sentencia 317-2009 no hace más que reafirmar lo sostenido por esta Sala en los apartados precedentes en relación a que el empleador, en el contexto señalado en el recurso de apelación que se conoce, efectivamente posee legitimación activa.

En otras palabras, la decisión de la pretensión deducida en la demanda fue posible bajo el criterio procesal de que la parte actora contaba con legitimación para impugnar un acto emitido por la Administración mediante el cual se *había revocado un acto previo y denegatorio de personalidad jurídica a un sindicato y, consecuentemente, se otorgaba la misma.*

Como se advierte, en el referido proceso 317-2009, este tribunal dio cabida al ejercicio de la acción impugnativa del empleador. Si esta Sala hubiese considerado lo contrario, la decisión con la que finalizó el proceso no sería una *sentencia*, sino un *auto definitivo*, concretamente, una improponibilidad de la demanda por la ausencia de legitimación, hecho que no ocurrió.

Consecuentemente, el precedente invocado por la Cámara de lo Contencioso Administrativo no es aplicable al presente caso y, por ende, no justifica su decisión.

En el mismo sentido, no tiene cabida lo argumentado por la representación fiscal en relación a que, según su parecer, la Cámara motivó su decisión utilizando una técnica correcta, recurriendo, en relación al precedente judicial invocado, a la “analogía permisiva” y a “conceptos referenciales” para fundamentar la misma.

10. En atención a las consideraciones de derecho, teóricas y jurisprudenciales esbozadas en los parágrafos anteriores, es procedente la anulación de la decisión venida en apelación."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 12-19-RA-SCA, fecha de la resolución: 09/09/2019

SITIO ARQUEOLÓGICO TACUSCALCO

NO EXISTE,EN LA SENTENCIA RECURRIDA UNA ERRÓNEA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1, 2 Y 8 DE LA LEPPCES Y 83 DEL RLEPPCES

"Establecidas las posiciones jurídicas de las partes y de la representación fiscal, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

i. En primer término, este Tribunal precisa que el alegato de la sociedad apelante está encaminado a atacar un razonamiento dado por la Cámara de lo Contencioso Administrativo en ocasión del planteamiento, en la primera instancia, de la *violación al derecho de propiedad.*

Resulta que tal sociedad adujo, ante la Cámara, que la Directora Nacional de Patrimonio Cultural y Natural restringió o pretendía restringir su derecho de propiedad mediante un procedimiento distinto al fijado por la ley especial.

Frente a este alegato, el tribunal *a quo* realizó un análisis de la potestad autorizatoria de la Administración, sentando que el artículo 8 inciso 2° de la LEPPCES «*(…) establece una autorización previa para obras de construcción sean pública o privadas con la finalidad de orientar el control preventivo que garantice la salvaguarda de un bien cultural, para el caso planes de desarrollo urbano, rurales de construcciones o restauraciones privadas que de un modo u otro se relacionen con un bien cultural inmueble, siendo en el presente caso el Sitio Arqueológico Tacuscalco (…)*» (folio 447 vuelto del expediente judicial 00012-18-ST-COPC-CAM).

Precisamente, esta aseveración constituye el punto objetado por la sociedad apelante, circunstancia que obliga a esta Sala a analizar la vinculación material y objetiva del inmueble de tal sociedad con el sitio arqueológico Tacuscalco Los Cerritos y, en esencia, la relevancia de tal vinculación de cara a la exigibilidad de la autorización previa regulada en el artículo 8 inciso 2° de la LEPPCES.

ii. Pues bien, tal como se estableció en el número 4, letra B del romano III de esta sentencia, la LEPPCES regula dos regímenes de protección: *el primero*, orientado a la salvaguarda de aquellos bienes, muebles o inmuebles, que ya han sido declarados "bienes culturales"; y, *el segundo*, constituido por un marco jurídico tuitivo de aquellos bienes, muebles o inmuebles, que no les precede tal declaración, pero que, a pesar de ello, yace sobre sí una estimación legal relativa a su probable pertenencia o integración al tesoro cultural salvadoreño.

En este contexto, esta Sala advierte que el artículo 8 de la LEPPCES instituye una potestad administrativa que tiene cabida, según la misma previsión legislativa, en los dos regímenes de protección delimitados en el párrafo anterior. De ahí que, la norma jurídica que se comenta, conforme con su contenido, posee

dos finalidades en torno a la protección del patrimonio cultural: *la primera*, otorgar a la autoridad competente las herramientas necesarias para la salvaguarda y protección de bienes culturales y, además, de aquellos bienes que, a su criterio, puedan formar parte del tesoro cultural salvadoreño; y, *la segunda*, intrínsecamente relacionada con la anterior, relativa a someter al administrado a una autorización previa, cuando se pretendan ejecutar planes de desarrollo urbanos y rurales, de obras públicas en general y de construcciones o restauraciones privadas, *que de un modo u otro se relacionen con un bien cultural*.

No debe perderse de vista que la norma en estudio limita el campo de aplicación de la potestad respectiva, en el sentido de exigir la autorización previa, únicamente, en los supuestos previstos por el mismo artículo: *planes de desarrollo urbanos y rurales, de obras públicas en general y de construcciones o restauraciones privadas.*

Precisados estos elementos reglados, esta Sala advierte la existencia de un ámbito de valoración expresamente atribuido a la Administración, a fin de que ésta pueda concluir la existencia de una relación material y de afectación, de razonable y motivada relevancia, que vincule a esos *planes de desarrollo* con un bien cultural -vinculación que debe derivar, obviamente, en un perjuicio o puesta en peligro del tesoro cultural salvadoreño-.

Dicho esto, procede analizar si Inversiones e Inmobiliaria Fénix, S.A. de C.V. se encuentra en los presupuestos descritos en el artículo 8 inciso 2° de la LEPPCES, para que le sea exigible, tal como la Cámara lo afirmara, una autorización para el desarrollo del proyecto habitacional "Urbanización Las Victorias"."

ZONAS NO URBANIZABLES SEGÚN LA LEY DE ORDENAMIENTO Y DESARROLLO TERRITORIAL

"El área total en la que se desarrolla el proyecto habitacional es de doscientos trece mil setecientos veintitrés punto veintiséis metros cuadrados (folio 140 del expediente administrativo). En esta cabida se construyen más de setecientas viviendas, de treinta y nueve punto ochenta y siete metros cuadrados cada una (folio 116 del expediente administrativo).

a. Pues bien, según la resolución N° 2, de fecha trece de junio de dos mil diecisiete, del expediente N° 513/17, la Oficina de Desarrollo Urbano del Área Metropolitana de Sonsonate concedió reformas al proyecto en referencia, haciendo constar a su titular lo siguiente: «*(…) 1) El área total del terreno es de 213,723.26 M2 equivalentes a 305,795.24 V2. 2) El área útil es de 112,677.56 M2 equivalentes a 151,219.05 V2. 3) El área verde recreativa es de 6,513.35 M2 equivalentes a 9319.30 V2. 4) El número de lotes es de SETECIENTOS VEINTISÉIS (726). 5) El área de Equipamiento Social es de 5,808.00 M2 equivalentes a 8,310.09 V2. 6) El área Verde Ecológica es de 4,764.24 M2 equivalentes a 6,816.67 V2. 7) El área de Pozo y Tanque es de 920.56 M2 equivalentes a 1,317.14 V2. 8) El área de Servidumbre es de 34,179.36 M2 equivalente a 48,903.83 V2. 9) El área de circulaciones es de 48,860.19 M2 equivalente a 69,909.16 V2. 10) El área de Planta de Tratamiento es de 7,802.41 M2 equivalente a 11,163.69 V2. 11)* [Dicha]

resolución autoriz[ó] *3,049.54 metros lineales de tapial perimetral por 3.00 metros de altura (…)*» (folio 115 del expediente administrativo).

La delimitación anterior permite concluir que el proyecto habitacional "Urbanización Las Victorias" implica el desarrollo de un conjunto de obras de gran magnitud e incidencia radical en la zona. Con esta descripción, dicho proyecto se enmarca en un "plan de desarrollo urbano", calificación que se ratifica, en el presente caso, con el acto administrativo relacionado en el párrafo anterior, emitido por una autoridad de la Oficina de Desarrollo Urbano del Área Metropolitana de Sonsonate.

Aquí es importante precisar que, si bien existe una habilitación de tal autoridad para proceder a la ejecución del proyecto, en los términos descritos, *ello no implica la dispensa de cualquier autorización que otras leyes secundarias -diferentes a las que regulan la potestad de ordenamiento territorial- hayan determinado, para la procedencia de un proyecto urbanístico, en atención a su naturaleza, incidencia material, ubicación geográfica, o alguna condición especial de cara a la protección de determinados bienes*.

A manera de ejemplo, la Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial regula las denominadas "zonas no urbanizables", reconociendo la existencia de limitantes para construir que pueden devenir de ordenamientos jurídicos diferentes. Así, la ley en mención define tales "zonas no urbanizables" como "*(…) aquellas áreas que se excluyen de posibles procesos de urbanización o transformación territorial en razón a la protección de (…) sus valores naturales, productivos, culturales, de protección o reserva de infraestructuras, la existencia de limitaciones derivadas de la protección frente a riesgos naturales o cualesquiera otras establecidas por la Ley (…)*" (el subrayado es propio) [artículo 34, número 1, letra d) de la Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial].

b. Ahora bien, es importante destacar que la ejecución del proyecto "Urbanización Las Victorias", tal como fue delimitado por la Oficina de Desarrollo Urbano del Área Metropolitana de Sonsonate, implica el desarrollo de obras materiales en las áreas útil, verde recreativa, de equipamiento social, verde ecológica, el área correspondiente al pozo y tanque, y también las correspondientes a las servidumbres, circulación y planta de tratamiento. Adicionalmente, se autorizó la construcción de un *tapial perimetral* que dividirá los inmuebles colindantes, de tres mil cuarenta y nueve punto cincuenta y metros lineales, es decir, más de tres kilómetros de incidencia en el suelo y subsuelo, obviamente, en la dimensión de dicho muro.

Todas estas actividades, obligatoriamente, implican el uso de maquinaria pesada, compactación del suelo, abertura de zanjas para la captación y encause de agua, excavaciones de pozos, apertura de calles, entre otros. No cabe duda, entonces, que el desarrollo de las obras connaturales al proyecto que se comenta son de tal impacto que, inevitablemente, han de repercutir en todos sus colindantes.

Ciertamente, por el conocimiento de la actividad radical que se pondría en marcha para el desarrollo de las obras respectivas, al titular del proyecto le resulta previsible la afectación o puesta en peligro del tesoro cultural salvadoreño que bordea parte su inmueble. Y esta es la primera circunstancia, con cobertura

legal, que esta Sala tiene a bien resaltar: el hecho de que el sitio arqueológico reseñado se encuentra, justamente, contiguo a la zona donde tiene lugar el origen y consumación de una actividad propia de un programa de construcción a gran escala; misma que es representativa de un impacto notable para el sitio arqueológico Tacuscalco Los Cerritos.

La correcta dimensión de la naturaleza del mencionado bien cultural permite vislumbrar una afectación incuestionable, con las actividades reseñadas. No debe perderse de vista que el sitio arqueológico del caso no bien ordinario que el ser humano pueda reproducir o sustituir. Tampoco se trata de un bien cuya estructura pueda contener o soportar, sin alteración alguna, cualquier tipo de actividad circundante. Por el contrario, se trata de un bien caracterizado por su fragilidad, con un carácter único e irremplazable, cuyos elementos -preservados hasta este momento- pueden verse alterados significativamente a partir de una diversidad de hechos que, para otro tipo de bienes, no implicarían una puesta en peligro o afectación material.

Tal como se delimitará *supra*, la exigibilidad de la autorización regulada en el artículo 8 inciso 2° de la LEPPCES, tiene a su base la existencia de una relación material, de afectación o puesta en peligro, y de razonable y motivada relevancia, que vincula un plan de desarrollo urbano con un bien cultural. Es en estos términos en que se concreta la previsión legislativa consistente en exigir una autorización para aquellas actividades -taxativas- "*que de un modo u otro se relacionen con un Bien Cultural Inmueble*".

Así las cosas, el supuesto de hecho consignado en la norma, efectivamente se cumple en el presente caso. Consecuentemente, la situación planteada exige, de conformidad con la ley especial, una sola actitud de la sociedad apelante: requerir la autorización que ordena el mencionado artículo 8 inciso 2° de la LEPPCES, para la ejecución de su plan de desarrollo urbano.

c. La segunda circunstancia -también con cobertura legal- que esta Sala debe resaltar es la concerniente a *la existencia, dentro del mismo inmueble de la apelante, de un conjunto de bienes que pueden formar parte del tesoro cultural y que, además, gozan de la presunción de valor cultural del artículo 40 de la LEPPCES.*

Así, en el "Informe inmediato de inspección" que corre agregado a folios 30 y 31 del expediente administrativo, se hizo constar que el día uno de septiembre de dos mil diecisiete, se realizó una inspección en el inmueble de la sociedad apelante, en compañía de un representante del proyecto.

En tal inspección se verificó que en el terreno se habían realizado «*(…) cortes de las calles, trabajos de terracería, la construcción de 3 viviendas y reducción de piedras foráneas al lugar (…)* [también] *se observó la presencia de material arqueológico en alta densidad (…) específicamente, cerámica, obsidiana y lítica, éstos se observaron en los cortes elaborados por la maquinaria pesada en los lugares que corresponden a las calles de la construcción habitacional, material cultural en densidad variable, la cual depende de la cercanía con el área arqueológica y se vuelve menos denso a medida se va alejando de la misma (…)* [Así, debido] *a la presencia de material cultural en alta densidad, la cercanía con dos Sitios Arqueológicos registrados en el Atlas Nacional, no se puede descartar*

el potencial que pueda ofrecer el subsuelo, por tanto queda prohibido cualquier alteración, remodelación o remoción de suelo y subsuelo, hasta no realizarse una investigación arqueológica FASE II con la finalidad de corroborar la presencia o ausencia de bienes culturales muebles o inmuebles de interés arqueológico en el subsuelo del terreno donde se pretende llevar a cabo el proyecto, así como delimitar la zonas de influencia de ambos sitios arqueológicos y crear sus medidas de protección (…)» (el subrayado es propio).

Dicha constatación, realizada por los arqueólogos adscritos a la Dirección Nacional de Patrimonio Cultural y Natural, ratifica la necesidad de la autorización previa prescrita por el artículo 8 inciso 2° de la LEPPCES, *no sólo por el hecho de existir una relación material, de afectación o puesta en peligro, de razonable y motivada relevancia, entre el plan de desarrollo urbano de la apelante con el sitio arqueológico Tacuscalco Los Cerritos-que autónomamente se configura como una razón de derecho suficiente para la exigibilidad de la autorización analizada-; sino, también, por la constatación, dentro del inmueble del caso, de un conjunto de bienes que pueden formar parte del tesoro cultural y que, además, gozan de la presunción de valor cultural*.

Ahora, tal como se relacionó *supra*, el "Informe inmediato de inspección" fue producto de una inspección realizada el día uno de septiembre de dos mil diecisiete. Sin embargo, a pesar de existir suficientes indicios sobre el valor cultural que representa parte del inmueble de la sociedad apelante, ésta continuó con la ejecución de las obras respectivas, generando, con ello, los resultados perniciosos documentados en el estudio "HF-SO-001-2017", practicado del trece de septiembre al doce de octubre de dos mil diecisiete, verbigracia: «*Montículo seccionado (Operación 106). En la esquina que forma la unión de los Polígonos 29 y 32, se encuentra un montículo pequeño que ha sido cortado por una calle adyacente (que va de Norte a Sur) al proyecto Las Victorias (…) (Operación 116). Operación de 3 m de largo por 2 m de ancho ubicada al lado de la zanja de mayor tamaño que se ha aperturado para encausar el flujo de agua hacia la planta de tratamiento. Se ubicó sobre una alineación de piedras que puede observarse en el corte de dicha zanja. A una profundidad de 1.20 m, se encontró un rasgo que pareciera haber sido parte de una ofrenda, se trataba de un metate fragmentado, acompañado de una concentración de cerámica fragmentada, algunas piedras sin orden especifico y carbón (…) Cabe resaltar que en esta zona se puede observar abundante cantidad de material cultural y rocas en la tierra removida por la máquina, sin duda alguna, esta es una zona con alto potencial arqueológico. Lastimosamente, los trabajos de apertura de zanjas alteraron contextos arqueológicos (…)*»(folios 174 al 207 del expediente administrativo).

Ciertamente, de haber procedido la sociedad apelante, oportunamente, conforme a lo previsto por la normativa sectorial, se hubiesen impedido los daños causados a los elementos con presunción de valor cultural detallados.

iv. Con fundamento en las consideraciones de derecho esbozadas en los apartados anteriores, son erróneos los postulados de Inversiones e Inmobiliaria Fénix, S.A. de C.V. planteados a la base de su recurso de apelación, en el punto analizado.

Así, no existe, en la sentencia recurrida, una errónea aplicación de los artículos 1, 2 y 8 de la LEPPCES y 83 del RLEPPCES, puesto que, la Cámara de

lo Contencioso Administrativo fue asertiva al afirmar que para la ejecución del proyecto "Urbanización Las Victorias", el titular debía contar con la autorización previa de la Dirección Nacional de Patrimonio Cultural y Natural, ello, (*a*) por el hecho de existir una relación material, de afectación o puesta en peligro, y de razonable y motivada relevancia, entre el proyecto relacionado con el sitio arqueológico Tacuscalco Los Cerritos; y, (*b*) por la constatación, dentro del inmueble de la apelante, de un conjunto de bienes que pueden formar parte del tesoro cultural y que, además, gozan de la presunción de valor cultural."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 13-19-RA-SCA, fecha de la resolución: 04/10/2019

SUPRESIÓN DE PLAZAS

LA FACULTAD DE SUPRIMIR PLAZAS DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA ENCOMENDADA POR EL ORDINAL 9° DEL ARTÍCULO 131 DE LA CONSTITUCIÓN, ESTÁ RELACIONADA CON LA FUNCIÓN LEGISLATIVA AL APROBAR O MODIFICAR LA LEY DE SALARIO DE CADA EJERCICIO FISCAL

"No podemos perder de vista que la Asamblea Legislativa se configura como el primer Órgano del Estado –encargado de representar a todos los diferentes segmentos de la población– cuya función primordial es la de crear leyes. El Pleno Legislativo se erige como la máxima autoridad compuesta por ochenta y cuatro diputados quienes se encargan de ejercer lo que se conoce como función legislativa.

La Junta Directiva, por su parte, es el órgano encargado de llevar a cabo la función de carácter administrativa que ese órgano del Estado desarrolla, conforme a lo estipulado en el artículo 12 del RIAL.

La función administrativa, realizada por la Junta Directiva, conlleva funciones de dirección, organización, planeación, coordinación, contratación y control (entre otras). Dicha función se diferencia de la función legislativa, en atención a que en aquélla la Asamblea se inviste de su papel de Administración Pública y emite actos que constituyen manifestaciones de voluntad, juicio, conocimiento o deseo concretas de la voluntad estatal (en oposición a las manifestaciones abstractas que realiza al ejercer la función legislativa).

Ahora bien, el ordinal 9° del artículo 131 de la Constitución estipula la competencia que tiene la Asamblea Legislativa de *«Crear y suprimir plazas de acuerdo con el régimen de Servicio Civil»*.

La competencia de crear y suprimir plazas a que hace referencia la anterior disposición está relacionada con la función legislativa encomendada al primer órgano del Estado, a través de la cual anualmente aprueba o modifica la Ley de Salario que estará vigente durante cada ejercicio fiscal. Y es que hay que tener presente que cada año las diferentes instituciones, que forman parte del Estado y que funcionan con fondos del Presupuesto General, tienen el deber de elaborar el presupuesto con el que trabajarán el siguiente ejercicio fiscal y, dentro del mismo, cada institución establece el número de plazas con las que funcionará,

haciendo el requerimiento necesario en caso que necesite de la creación de nuevas plazas y/o determinando cuales son las plazas que por motivos de conveniencia deben ser suprimidas.

Es así como en atención al anterior mandato constitucional la Ley del Servicio Civil estipula en el artículo 3 denominado *«Creación y supresión de empleos»* que *«Toda plaza, cargo o empleo público sólo podrá ser creado o suprimido por la ley; y para tomar posesión o entrar a desempeñar el cargo o empleo el funcionario o empleado deberá ser nombrado de conformidad con la misma. Esta disposición es aplicable, en lo pertinente, a los casos de traslados».*

Por tanto, no puede de manera alguna confundirse la función de carácter legislativa prevista en el ordinal 9° del artículo 131 de la Constitución –crear y suprimir plazas vía ley de salarios–, con la función administrativa que realiza este mismo órgano de Estado al momento de nombrar a una persona en particular en alguna de las plazas que han sido creadas por ley o su eventual remoción, función que dicho sea de paso está contemplada en el mismo artículo 12 número 25 del RIAL, el cual prescribe: «*Son atribuciones de la Junta Directiva: Nombrar, remover, aceptar renuncias y conceder licencias a los funcionarios administrativos y a los empleados de la Asamblea, así como a los consultores, cualquiera que sea la fuente de financiamiento con que se contraten».”*

EL REGLAMENTO INTERIOR DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA NO ES EN REALIDAD UN REGLAMENTO SINO UNA NORMA CON RANGO DE LEY, EN ATENCIÓN A QUE SU EMISIÓN DERIVA DE UN MANDATO CONSTITUCIONAL

“2. En el presente caso, la interrogante que se plantea es si la Junta Directiva del primer órgano del Estado –al ser el encargado de representar a todos los segmentos de la población– es competente para suprimir una plaza, en atención a los preceptos de rango constitucional y legal que rigen a la Asamblea Legislativa; y es así como al analizar el planteamiento realizado por la parte actora, en atención a las premisas indicadas anteriormente, procede precisar:

La Constitución de la República en su «*TITULO VI ÓRGANOS DEL GOBIERNO, ATRIBUCIONES Y COMPETENCIAS CAPITULO I ÓRGANO LEGISLATIVO,* SECCIÓN PRIMERA ASAMBLEA LEGISLATIVA», artículo 131 establece aquellas actuaciones que son competencia de la Asamblea Legislativa.

2.1 Para el caso de autos, interesa analizar las que se encuentran consignadas en los ordinales 1° y 9°, las cuales prescriben: *«Art. 131.- Corresponde a la Asamblea Legislativa: 1°- Decretar su reglamento interior; (…) 9° Crear y suprimir plazas, y asignar sueldos a los funcionarios y empleados de acuerdo con el régimen de Servicio Civil (…)»*

Es decir que lo primero que dicho precepto constitucional atribuye a la Asamblea Legislativa, es la labor de emitir una norma que regule su propio actuar.

Debe tenerse en cuenta que el Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa –en adelante RIAL– no es en realidad un reglamento, sino una norma con rango de ley, en atención a que su emisión deriva de un mandato constitucional.

En el referido reglamento se regula la organización, el funcionamiento y los procedimientos parlamentarios de la Asamblea Legislativa, de acuerdo con las facultades que le otorga la Constitución.

No podemos perder de vista que la Asamblea Legislativa se configura como el primer Órgano del Estado –encargado de representar a todos los diferentes segmentos de la población– cuya función primordial es la de crear leyes. El Pleno Legislativo se erige como la máxima autoridad compuesta por ochenta y cuatro diputados quienes se encargan de ejercer lo que se conoce como función legislativa.

La Junta Directiva por su parte, es el órgano encargado de llevar a cabo la función de carácter administrativa que ese órgano del Estado desarrolla, conforme a lo estipulado en el art. 12 del RIAL.

La función administrativa realizada por la Junta Directiva, conlleva funciones de dirección, organización, planeación, coordinación, contratación y control (entre otras). Dicha función se diferencia de la función legislativa, en atención a que en aquella la Asamblea se inviste de su papel de Administración Pública y emite actos que constituyen manifestaciones de voluntad, juicio, conocimiento o deseo concretos de la voluntad estatal (en oposición a las manifestaciones abstractas que realiza al ejercer la función legislativa).

Ahora bien, el ordinal 9° del artículo 131 estipula la competencia que tiene la Asamblea Legislativa de *«Crear y suprimir plazas de acuerdo con el régimen de Servicio Civil».*

La competencia de crear y suprimir plazas a que hace referencia la anterior disposición, está relacionada con la función legislativa encomendada al primer órgano del Estado, a través de la cual anualmente aprueba o modifica la Ley de Salario que estará vigente durante cada ejercicio fiscal. Y es que hay que tener presente que cada año, las diferentes instituciones que forman parte del Estado y que funcionan con fondos del Presupuesto General, tienen el deber de elaborar el presupuesto con el que trabajaran el siguiente ejercicio fiscal, y dentro del mismo, cada institución establece el número de plazas con las que funcionará, haciendo el requerimiento necesario en caso que necesite de la creación de nuevas plazas y/o determinando cuales son las plazas que por motivos de conveniencia deben ser suprimidas.

Es así como en atención al anterior mandato constitucional la Ley del Servicio Civil estipula en el artículo 3 denominado *«Creación y supresión de empleos»* que *«Toda plaza, cargo o empleo público sólo podrá ser creado o suprimido por la ley; y para tomar posesión o entrar a desempeñar el cargo o empleo el funcionario o empleado deberá ser nombrado de conformidad con la misma. Esta disposición es aplicable, en lo pertinente, a los casos de traslados».*

Por tanto, no puede de manera alguna confundirse la función de carácter legislativa prevista en la referida disposición constitucional –crear y suprimir plazas vía ley de salarios–, con la función administrativa que realiza este mismo órgano de Estado al momento de nombrar a una persona en particular en alguna de esas plazas que han sido creadas por ley o su eventual remoción, función que dicho sea de paso está contemplada en el mismo art. 12 numeral 25 del RIAL, el cual prescribe «*Son atribuciones de la Junta Directiva: Nombrar, remover, aceptar renuncias y conceder licencias a los funcionarios administrativos y a los empleados de la Asamblea, así como a los consultores, cualquiera que sea la fuente de financiamiento con que se contraten».”*

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA ES COMPETENTE PARA ORDENAR LA SUPRESIÓN DE PLAZAS QUE HAN SIDO CREADA MEDIANTE LA FIGURA DE CONTRATO

"3. No obstante lo anteriormente señalado, procede entrar a analizar la naturaleza del vínculo laboral existente entre la demandante y la Asamblea Legislativa, a efecto de determinar si la plaza que ella ocupaba es una de las plazas comprendidas en la Ley de Salarios y, por lo tanto, solo podía haber sido suprimida por el pleno de la Asamblea Legislativa.

Al examinar la documentación relacionada con este caso, se advierte en el expediente administrativo personal corre agregado el contrato de carácter laboral suscrito por la demandante, y en el mismo se consigna: *[...]* Aunado a lo anterior, a fs 2 del expediente administrativo, corre agregada la hoja de vida de la demandante, y en la misma consta que ella ha laborado para la institución bajo la figura de contrato laboral desde el año dos mil once.

Es decir, en el caso de autos, el vínculo laboral que ha existido entre la empleada y la Asamblea Legislativa no surge a partir de un nombramiento vía plaza por Ley de Salarios, sino de la figura de contrato para la prestación de servicios profesionales regulada en las Disposiciones Generales de Presupuestos y es, por tanto, esta última norma la que rige dicha relación.

Se advierte, en este punto, que el artículo 12 del RIAL, establece las *[...]*

Nótese que el referido artículo 12 RIAL es claro al señalar que: «*Son atribuciones de la Junta Directiva: (…) 3) Dirigir las actividades administrativas de la Asamblea»* pero además lo es «*(…) 30) Resolver los casos administrativos que no estén contemplados en este Reglamento e informar a la Asamblea».*

[...]

Haciendo una interpretación sistemática a partir de los textos del artículo 12 del RIAL que regula las competencias de la Junta Directiva y el artículo 83 de las Disposiciones Generales de Presupuesto, que regula los contrato para la prestación de servicios profesionales o técnicos, en relación con la actuación realizada por la autoridad a la que se demanda, se llega a la conclusión que el referido órgano colegiado tanto al momento de crear (a través del contrato) como al suprimir la plaza de la demandante, actuó bajo las competencias que le han sido atribuidas en la ley, entre las cuales está: «*Dirigir las actividades administrativas de la Asamblea.*

De ahí que la Junta Directiva, con base en el Reglamento Interior, es el órgano competente para ejercer la función administrativa que desempeña el Órgano Legislativo de manera excepcional, en aquellos aspectos de carácter laboral dentro de la institución; y es así como en ejercicio de las atribuciones antes relacionadas fue que ésta llevó a cabo la creación de plazas vía la figura de contrato regulada en el artículo 83 de las Disposiciones Generales de Presupuesto y, eventualmente, decidió poner término a la relación laboral existente entre la institución y la demandante.

En conclusión, el artículo 131 tanto en el ordinal 1° como en el ordinal 9° de la Constitución, hace referencia a la función legislativa que compete al primer órgano del Estado, por ende, es a través del RIAL, norma de carácter secundario,

que se confiere a la Junta Directiva la competencia de llevar a cabo toda aquella función de carácter administrativo que le compete realizar a la institución.

En tal sentido, la Junta Directiva sí es competente para ordenar la supresión de plazas que han sido creada mediante la figura de contrato. Precisado lo anterior, corresponde analizar si la supresión de plaza efectuada por la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa fue efectuada en legal forma."

PROCEDIMIENTO DE SUPRESIÓN DE PLAZA

"2. Determinada la competencia de la Junta Directiva para emitir el acto impugnado, procede ahora entrar a analizar los argumentos de ilegalidad planteados por la parte actora.

En el presente proceso la parte actora alega que la autoridad demandada vulneró los principios de seguridad jurídica y debido proceso, así como los derechos de trabajo y estabilidad laboral, debido a que: (i) la Junta Directiva emitió el acto impugnado sin los fundamentos atendibles para la supresión de la plaza. En ese sentido, cuestiona el procedimiento que efectuó la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa para suprimir la plaza. Agrega que, de poder efectuar tal acto, ésta no cumplió los parámetros exigibles que respeten sus derechos de trabajo y estabilidad laboral. (ii) *el acto administrativo impugnado es un acto desfavorable que carece de motivación, siendo este requisito de forma trascendental para este tipo de actos.*

(i) Sobre el procedimiento realizado para suprimir la plaza que ocupaba la demandante.

Manifestó la demandante que *[...]*

Debe exponerse respecto de la figura de la supresión, que la ley no prevé procedimiento alguno para que la misma se lleve a cabo. Lo anterior deriva del hecho que: i) las plazas contenidas en la Ley de **Salario son** creadas y suprimidas mediante el correspondiente **procedimiento legislativo;** y, ii) los contratos para la prestación de servicios personales de carácter profesional o técnico que regula el art. 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos son de plazo finito, pues de acuerdo al número 9 de la referida disposición: «*Los contratos a que se refiere este artículo no podrán firmarse por períodos que excedan del 31 de diciembre de cada año; pero cuando las necesidades del servicio lo exijan podrán prorrogarse por resolución los contratos otorgados en el año anterior, no obstante haber finalizado su vigencia, sólo por dos meses mientras se suscribe el nuevo contrato, de ser necesario*».

Lo que sucede, en el caso de los contratos, es que la Administración Pública, en general, al no existir la posibilidad de disponer fácilmente de plazas comprendidas en la Ley de Salario, comenzó a utilizar la figura de contratos para lograr cubrir algunos servicios de carácter permanente, propios del funcionamiento de las instituciones; lo cual derivó en un fraude de ley, que desnaturalizó la protección a la estabilidad laboral.

Tal situación llevó a que tanto la Sala de lo Constitucional como este Tribunal procedieran a pronunciarse respecto a la estabilidad que gozan los emplea-

dos que se encuentran en este tipo de situaciones, siendo vía jurisprudencial que se han establecido los parámetros que la Administración Pública debe seguir a efecto de respetar y resguardar el referido derecho.

Es así que respecto de la figura de la supresión de plazas, la Sala de lo Constitucional ha sostenido que: *[...]* [sentencia de referencia 8-2016, de las diez horas cuarenta y seis minutos del veinticinco de junio de dos mil dieciocho].

Tal como indica la jurisprudencia constitucional, para suprimir una plaza debe preceder un informe técnico de justificación, en el cual se analicen aspectos presupuestarios, técnicas de análisis ocupacional, así como las necesidades propias del servicio. Es decir, el informe técnico debe ser específico para la plaza o conjunto de plazas del mismo género cuya supresión se pretenda. [...]

Al examinar el anterior documento en conjunto con el informe técnico al que se refiere el apoderado de la autoridad demandada, se advierte: i) que dicho informe expone a nivel macro y global las finanzas del Órgano Legislativo, sin embargo, no concretiza cuál es la innecesariedad del servicio de la plaza de **"colaboradora jurídica",** que ocupaba la señora BMAR, basado, en la aplicación de técnicas ocupacionales propias del servicio que se pretende suprimir, pues en el mismo solo se establece que *«(…) que una primera medida sería proceder con la supresión de plazas de aquellos casos que no se requiere indemnización por esa medida»*; y, ii) si bien es cierto el acto impugnado estipula que la decisión de suprimir las plazas surge a partir de una evaluación realizada, no identifica de manera alguna la evaluación a la que hace referencia, así como tampoco se ha hecho en dicho acuerdo de supresión el razonamiento de los motivos de conveniencia que llevaron al órgano colegiado a determinar la innecesariedad de la plaza que ocupaba la administrada, en atención a las actividades cotidianas que se realizan en la institución tal cual lo exige la jurisprudencia establecida tanto por esta Sala como la Sala de lo Constitucional."

EL ACTO IMPUGNADO TRANSGREDE LOS PARÁMETROS QUE HAN SIDO SENTADOS JURISPRUDENCIALMENTE, A EFECTO DE DETERMINAR CUÁNDO PROCEDE QUE UNA PLAZA SEA SUPRIMIDA

"Es decir, el acto impugnado transgrede los parámetros que han sido sentados jurisprudencialmente a efecto de determinar cuándo procede que una plaza sea suprimida; y es que tal decisión debe fundamentarse en motivos presupuestarios y de innecesariedad de la plaza concreta, frente a las actividades cotidianas que se realizan en la institución. De ahí que si bien es cierto se cumplió los presupuestos de adoptar las medidas compensatorias y se reservaron los recursos económicos necesarios para efectuar el pago de las indemnizaciones respectivas, el estudio técnico realizado y el acto jurídico impugnado no fundamentan los presupuestos necesarios para suprimir la plaza, de manera particular la que ocupaba la demandante; por tanto, el acto controvertido deviene en ilegal.

(ii) Sobre el vicio de falta de motivación alegado por la parte actora, 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 improcedencia de este último. En reiteradas decisiones

de esta Sala se ha establecido que dicha comprobación hace innecesario el examen de otros vicios, pues la declaratoria de ilegalidad no admite graduaciones ni la consecuencia será distinta de comprobarse otro u otros vicios alegados.

V. Tal y como ha sido indicado, el acto administrativo de supresión de los puestos de trabajo creados por contrato, sí es facultad de la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa, sin embargo, para que el mismo reúna los parámetros de legalidad necesarios para que el mismo tenga validez, se requiere del cumplimiento de un conjunto de requisitos que, en el subjúdice, no se consideran cumplidos, que es lo que genera su ilegalidad.

Empero, tal declaratoria no implica que la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa carezca de la oportunidad de reproducir el acto impugnado en aras de proteger las finanzas del Estado frente a circunstancias que hagan previsible su detrimento y la imposibilidad de cumplir con las obligaciones generadas por una equívoca gestión de los recursos de la institución.

Para ello, se requiere que relacione:

(i) los requisitos que la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional y la de esta Sala han señalado como necesarios para justificar la supresión de cualquier plaza;

(ii) los estudios que acrediten la situación financiera de la Asamblea Legislativa, en la cual quede evidenciado que hay un déficit presupuestario y que, por esa razón se ha considerado necesaria la supresión de puestos de trabajo por contrato, dada la competencia de la Junta Directiva de la Asamblea para proceder a realizarlo;

(iii) la determinación de cuántas plazas son las que se requieren para el adecuado funcionamiento de la Asamblea Legislativa, tanto a nivel institucional como de los grupos parlamentarios y cuántas plazas hay en exceso de la capacidad de pago;

(iv) la clasificación de las plazas con la debida identificación si son innecesarias ya sea porque hay varias y en realidad basta con un número menor; porque los servicios que prestan, aunque sean de carácter permanente no son de tipo esencial para la institución o para la oficina, departamento, sección o grupo; o porque brindan servicios que no pueden considerarse ni permanentes ni consustanciales a la labor de la institución.

(vii) El estudio específico de las plazas o contratos a suprimir, enfocados en el desempeño del servidor público que las ocupa, su eficacia y eficiencia, su antigüedad, capacidades adicionales del trabajador que constituyan un beneficio adicional a la oficina versus los perfiles de trabajadores menos eficientes, con menos capacidades, contratados más recientemente o, si se trata de empleados que anteriormente se desempeñaban para los Grupos Parlamentarios y, en el año dos mil diecisiete, pasaron a formar parte de la plantilla institucional.

Conforme a lo indicado, las razones que se expusieron en la contestación de la demanda deben desarrollarse como fundamento del acto administrativo que se emita, incluyendo en el mismo aquellas conclusiones y recomendaciones de los estudios pertinentes que han sido acogidas por el órgano colegiado y las correspondientes postulaciones relativas a la conveniencia de la supresión de

cada una de las plazas que serán suprimidas, al menos, mediante la adecuada remisión a los informes y documentos que sirvieron de soporte a la decisión."
Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 84-18-PC-SCA, fecha de la resolución: 27/03/2019

TRIBUNAL DE SERVICIO CIVIL

INTEGRACIÓN DE ACUERDO A LA LEY

"ii. En lo que importa al presente caso, la capacidad procesal del TSC se integra conforme con la ley secundaria que regula su conformación, representación y atribuciones concretas, esto es, la LSC.

Así, el artículo 9 de tal cuerpo normativo establece lo siguiente.

«*El Tribunal de Servicio Civil estará integrado por tres Miembros Propietarios; y habrá además, tres suplentes que sustituirán a aquellos en los casos de falta, excusa o impedimento. Los miembros propietarios serán nombrados, uno, por la Asamblea Legislativa, otro por el Poder Ejecutivo en Consejo de Ministros, y el tercero por la Corte Suprema de Justicia, siendo presidente nato del Tribunal, el nombrado por la Asamblea Legislativa. Los miembros suplentes serán nombrados de la misma manera que los propietarios. Para ser miembro del tribunal se requiere: ser abogado de la República, salvadoreño por nacimiento, mayor de treinta años, haber desempeñado cargos en la administración pública o municipal por un período no menor de cinco años y ser de honorabilidad y competencia notorias. La sede del Tribunal será la ciudad de San Salvador*» (el subrayado es propio).

Por otra parte, el artículo 10 inciso 1° de la LSC regula: «*Los miembros del Tribunal de Servicio Civil, desempeñarán sus funciones durante un período de tres años, contados desde la fecha de sus respectivos nombramientos y podrán ser reelegidos (…)*» (el subrayado es propio).

A partir del estudio realizado por esta Sala del contenido de la LSC relativo a la conformación, funcionamiento y atribuciones del TSC, es concluyente que la válida "*conformación*" de dicho ente administrativo *supone su integración por la totalidad de sus miembros, en el ejercicio de tal cargo*; es decir, por los tres funcionarios nombrados por los Órganos fundamentales del gobierno, respectivamente -Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial-, y no por una parte o la mayoría de éstos.

En este punto debe precisarse que la LSC *no prevé que la representación legal de dicho ente administrativo pueda ser ejercida por uno o dos de sus miembros*.

Al respecto, no debe perderse de vista que, cuando el legislador ha estimado conveniente que un miembro de un órgano colegiado ejerza la representación de este último, lo ha determinado de manera expresa en la ley, pues ello obedece al principio de legalidad en virtud del cual la competencia de todo funcionario público está previa y expresamente determinada en la ley."

REPRESENTACIÓN LEGAL ES EJERCIDA DE FORMA COLEGIADA

"Sin embargo, dado que en el presente caso la LSC no regula expresamente ninguna forma de representación particular del TSC, conforme las reglas generales de la *legación jurídica* debe interpretarse que *la representación legal del mencionado ente administrativo debe ser ejercida de forma colegiada, es decir, por todos sus miembros integrantes o, en su caso, por un apoderado nombrado para tal efecto, otorgándose el poder respectivo por todos los miembros integrantes del ente*.

Así, la ausencia de uno solo de los miembros que integran el TSC no constituye razón objetiva por la que deba admitirse, contra ley, una forma de representación distinta a la expuesta.

En este orden de ideas, dado que la participación en el proceso contencioso administrativo, por medio de procurador, es preceptiva -artículo 20 inciso 1° de la LJCA-los miembros integrantes del TSC debían otorgar el poder judicial respectivo *de forma colegiada,* para comparecer y actuar válidamente en el proceso desarrollado por la Cámara de lo Contencioso Administrativo. Sólo de esta forma puede integrarse válidamente su capacidad procesal o aptitud para realizar actos procesales legítimos."

AL NO ESTAR CONFORMADO ÍNTEGRAMENTE, PARA EFECTOS DE LA ADOPCIÓN DE ACUERDO CONCILIATORIO, NO TENÍA INTEGRADA VÁLIDAMENTE SU CAPACIDAD PROCESAL

"iii. En el caso *sub judice*, la Cámara de lo Contencioso Administrativo, mediante la resolución de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de julio de dos mil dieciocho (folios 298 y 299 del expediente NUE 00022-18-ST-COPC-CAM), tuvo por parte demandada a los miembros del TSC, por medio de sus apoderados generales judiciales y administrativos con cláusula especial, licenciados Tomás Everardo Portillo Grande y José Humberto Segura Hernández.

Los referidos apoderados judiciales acreditaron su personería a través de un testimonio de poder general judicial y administrativo con cláusula especial, otorgado en la ciudad de San Salvador, a las once horas del veinticinco de enero de dos mil dieciocho, ante los oficios del notario Fidel Ernesto Granados Mendoza, por los señores Noel Antonio Orellana Orellana, Salvador Aníbal Osorio Rodríguez y Jimmy Neyib Martell Hernández, *todos miembros propietarios del TSC*, nombrados, el primero, por la Asamblea Legislativa, el segundo, por el Órgano Ejecutivo y el tercero, por la Corte Suprema de Justicia (folios 212 al 214 del expediente NUE 00022-18-ST-COPC-CAM)

Consecuentemente, con el otorgamiento del poder judicial relacionado, por parte de todos los miembros propietarios del TSC, la capacidad procesal de tal ente administrativo se integró conforme con el ordenamiento jurídico, siendo válidas las actuaciones procesales de los licenciados Tomás Everardo Portillo Grande y José Humberto Segura Hernández, quienes efectivamente actuaban en nombre y representación del TSC.

Ahora, es relevante señalar que el período para el cual había sido nombrado el miembro del TSC y representante de la Asamblea Legislativa, señor Noel Antonio Orellana Orellana, *finalizó el veinticuatro de julio de dos mil dieciocho*. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 1923 del Código Civil, «*El mandato termina: (…) 8°. Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas (…)*»

A razón de ello, por medio del escrito presentado el diecinueve de diciembre de dos mil dieciocho (folios 393 al 397), los licenciados Tomás Everardo Portillo Grande y José Humberto Segura Hernández presentaron nuevo testimonio de poder general judicial y administrativo, con el que pretendían actualizar su personería.

El referido poder (que consta a folios 394 y 396 del expediente NUE 00022-18-ST-COPC-CAM) fue otorgado en la ciudad de San Salvador, a las ocho horas del treinta de agosto de dos mil dieciocho, ante los oficios del notario Fidel Ernesto Granados Mendoza, únicamente por dos miembros propietarios del TSC, los señores Salvador Aníbal Osorio Rodríguez y Jimmy Neyib Martell Hernández, el primero, representante del Órgano Ejecutivo, y el segundo, nombrado por la Corte Suprema de Justicia.|

En el poder relacionado, el notario hizo constar que los comparecientes manifestaron actuar "*en nombre y representación del Tribunal de Servicio Civil*". Empero, tal como se ha precisado *supra*, *la representación legal del mencionado ente administrativo debe ser ejercida de forma colegiada, es decir, por todos sus miembros integrantes. Así, la ausencia de uno solo de los miembros que integran el TSC no constituye razón objetiva por la que deba admitirse, contra ley, una forma de representación distinta*.

Por lo anterior, procesalmente, los licenciadosTomás Everardo Portillo Grande y José Humberto Segura Hernández, con el último poder presentado, no podían representar judicialmente al TSC, como ente administrativo, ni realizar ningún acto procesal a nombre de tal entidad. Sin embargo, a pesar de la circunstancia acotada, la Cámara de lo Contencioso Administrativo estimó válida la intervención de los referidos profesionales en la audiencia inicial del proceso, con la calidad de apoderados generales judiciales y administrativos del TSC.

En este orden de ideas, el acuerdo conciliatorio adoptado en la mencionada audiencia, producto de la voluntad manifestada por el licenciado Tomas Everardo Portillo Grande, en la calidad en la que entendía comparecer, *no constituye un acto procesal válido puesto que el referido profesional, conforme con el ordenamiento jurídico que regula la conformación, funcionamiento y atribuciones del TSC, no poseía la aptitud para adoptar dicho acuerdo en nombre del ente administrativo que reputaba representar judicialmente*.

Es así como esta Sala advierte que el TSC, ente administrativo demandado, para efectos de la adopción del acuerdo conciliatorio relacionado *supra*, no tenía integrada válidamente su capacidad procesal.

iv. En este punto resulta importante precisar que la Cámara de lo Contencioso Administrativo, ante la finalización del período para el cual había sido nombrado el señor Noel Antonio Orellana Orellana, como miembro del TSC, en representación de la Asamblea Legislativa, previno a éste último para que señalará

nueva dirección para recibir notificaciones (folio 387 frente del expediente NUE 00022-18-ST-COPC-CAM).

Esta prevención se fundamentó en la consideración de que el señor Orellana Orellana podía seguir figurando como parte demandada en el proceso, en virtud del artículo 19 inciso final de la LJCA que regula:

«*El funcionario que dejare de ejercer el cargo durante la tramitación del proceso contencioso administrativo, continuará siendo parte demandada. En este caso, deberá ser del conocimiento del tribunal tal circunstancia y señalar nuevo lugar para oír notificaciones*».

Tras la prevención realizada, el señor Orellana Orellana presentó un escrito, el diecinueve de diciembre de dos mil dieciocho (folio 398 y 399), mediante el cual señaló nuevo lugar para recibir notificaciones. No obstante, aun cuando el referido señor fue convocado a la audiencia inicial del proceso, tal como consta a folio 407, éste no compareció a dicha audiencia.

Pues bien, conforme con las anteriores actuaciones procesales, esta Sala advierte que la Cámara de lo Contencioso Administrativo estimó válida la comparecencia, en el proceso y como parte demandada, del señor Noel Antonio Orellana Orellana sin la investidura o condición funcionarial que anteriormente ostentaba.

El análisis de esta apreciación procesal -de la Cámara- resulta relevante para la decisión que debe emitirse en la presente resolución, ello, dado que esta Sala, al resolver el incidente relativo a la homologación del acuerdo conciliatorio generado, debe adoptar una posición que provea claridad y seguridad jurídica a las partes, respecto de sus actuaciones procesales.

Por otra parte, debe precisarse que esta Sala está en la obligación legal de verificar el cumplimiento de todos los requisitos que hagan posible dicho acuerdo; no solo su adopción sino, también, su posterior ejecución. En este sentido, este Tribunal no puede desconocer ningún defecto procesal que impida tales cometidos, aun cuando la Cámara de lo Contencioso Administrativo haya tenido por validos los presupuestos procesales necesarios para actuar y adoptar el acuerdo conciliatorio en cuestión.

Sobre esa base, esta Sala es del criterio que el razonamiento formulado por la Cámara de lo Contencioso Administrativo en torno a la participación procesal del señor Noel Antonio Orellana Orellana, como demandado, podría inducir al error de considerar que un acuerdo conciliatorio (como el del presente caso) puede configurarse válidamente con la voluntad de los señores Salvador Aníbal Osorio Rodríguez y Jimmy Neyib Martell Hernández (integrantes actuales del TSC, cuyo periodo de funciones aún se encuentra vigente) junto con la voluntad del mencionado señor Orellana Orellana(quien ya no figura como miembro del ente administrativo demandado).

Esta solución generaría para las partes una situación de inseguridad jurídica, puesto que la ejecución del acuerdo conciliatorio, en los términos planteados en el presente caso, implicaría que el TSC debe emitir un acto administrativo ordenando la emisión de certificaciones del laudo arbitral respectivo; sin embargo, tal acto debe ser suscrito por los miembros integrantes del TSC, lógicamente, con sus cargos vigentes, no pudiendo ser suscrito por el señor Orellana Orellana pues éste ya no funge como tal. De ahí que se generaría el defecto relativo a

que una persona se comprometería a emitir un acto administrativo (el señor Noel Antonio Orellana Orellana) que materialmente está impedido de suscribir, debido a que ya no es miembro integrante del TSC.

Con lo dicho, esta Sala tiene a bien señalar, *a efecto del análisis de los presupuestos procesales que condicionan la validez de la adopción del acuerdo conciliatorio gestado ante la Cámara de lo Contencioso Administrativo*; que el artículo 19 inciso final de la LJCA *debe interpretarse en el sentido de atribuir legitimación pasiva a una persona que ya no figura como autoridad pública, únicamente para los efectos de una demanda que contenga una reclamación patrimonial directa contra esta persona*. De ahí que, es la pretensión de carácter patrimonial la que mantendrá vinculado al que era funcionario, al proceso contencioso administrativo, en cuyo caso deberá hacer del conocimiento del Tribunal tal circunstancia y señalar nuevo lugar para oír notificaciones.

Por esta misma razón, el artículo 3 inciso 2° de LJCA regula: «*(…) También podrán deducirse pretensiones relativas a la responsabilidad patrimonial directa del funcionario o del concesionario(…)*».

Ahora, en el presente caso, esta Sala ha verificado que por medio de la resolución de las ocho horas diez minutos del dieciocho de junio de dos mil dieciocho (folios 202 al 205), la Cámara de lo Contencioso Administrativo declaró "*(…) INADMISIBLE la demanda con relación a la pretensión individual y autónoma de Responsabilidad Patrimonial en contra de los señores MIEMBROS DEL TRIBUNAL DEL SERVICIO CIVIL (…)*".Consecuentemente, el miembro del TSC que había sido delegado por la Asamblea Legislativa y cuyo período finalizó durante la tramitación del proceso NUE 00022-18-ST-COPC-CAM, no tiene una vinculación directa con el mismo, puesto que las consecuencias jurídicas que de éste puedan derivarse, no repercutirán en su esfera patrimonial.

Así, esta Sala debe reafirmar el criterio relativo a que el acuerdo conciliatorio que se pretende homologar no puede gestarse válidamente con la voluntad de los señores Salvador Aníbal Osorio Rodríguez y Jimmy Neyib Martell Hernández (integrantes actuales del TSC, cuyo periodo de funciones aún se encuentra vigente) junto con la voluntad del señor Noel Antonio Orellana Orellana (quien ya no figura como miembro del ente administrativo demandado).

Consecuentemente, la Cámara de lo Contencioso Administrativo, en atención al principio de ordenación material del proceso -artículo 14 del CPCM-, estará en la facultad de realizar aquellas actuaciones procesales que considere necesarias para que las partes puedan adoptar válidamente un acuerdo conciliatorio y, en caso de existir una oposición al mismo, que se desarrolle el incidente respectivo de homologación ante esta Sala."

NO ES POSIBLE HOMOLOGAR EL ACUERDO CONCILIATORIO INTENTADO ANTE LA CÁMARA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DADO QUE EL ENTE ADMINISTRATIVO DEMANDADO NO SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE INTEGRADO

"B. *Conclusión*.

Con fundamento en lo expuesto en los apartados anteriores, esta Sala considera que no es posible homologar el acuerdo conciliatorio intentado ante la

Cámara de lo Contencioso Administrativo, ello, dado que el ente administrativo demandado no se encuentra debidamente integrado según dispone la LSC.

Este hecho deriva en la ausencia de *capacidad procesal* del TSC para realizar y tener por válido un acto de composición como el que se produjo, en apariencia, ante la mencionada Cámara."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 1-19-HAC-SCA, fecha de la resolución: 30/01/2019

VOTO CONCURRENTE DEL SEÑOR MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

CAPACIDAD PROCESAL

TIENE LEGITIMACIÓN PASIVA CUALQUIER ENTIDAD PÚBLICA EN CUANTO REALICE ACTIVIDAD MATERIALMENTE ADMINISTRATIVA, POR CONSIGUIENTE, A QUIEN SE DEMANDA ES A LA ENTIDAD O INSTITUCIÓN

"Comparto la decisión de mis honorables colegas Magistradas y Magistrado en lo que concierne a la decisión de denegar la homologación del acuerdo conciliatorio suscitado en el proceso contencioso promovido por el Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Gobernación (SITRAMIG) y el Sindicato de Trabajadoras y Trabajadores del Cuerpo de Bomberos de El Salvador (SINTRACBES), ambos representados por la licenciada Bessy Carina Paz Barahona en calidad de apoderada general judicial; así como el Sindicato de Trabajadores de la Dirección General de Correos (SITRACORREOS) representado por su apoderado general judicial con cláusulas especiales, licenciado Wílmer Humberto Marín Sánchez, contra el Tribunal de Servicio Civil, sin embargo no comparto las razones de dicha decisión.

Explico mi disidencia en los argumentos que plasmo a continuación.

I. Antecedente.

A. Conflicto colectivo y Laudo Arbitral.

1. En febrero de dos mil diecisiete los sindicatos supra relacionados promovieron ante el Tribunal de Servicio Civil -TSC- un procedimiento para solución de conflictos colectivos de carácter económico, regulado en los artículos 129 y siguientes de la Ley de Servicio Civil -LSC- para que se realizara la revisión del contrato colectivo celebrado entre estas instituciones sindicales y el Ministerio de Gobernación y Desarrollo Territorial en dos mil trece.

2. Dicho procedimiento culminó con un Laudo Arbitral, de conformidad con el artículo 154 LSC, emitido el cuatro de diciembre de dos mil diecisiete. Este laudo hace las veces de contrato colectivo, según el artículo 156 LSC y debe inscribirse en el registro correspondiente.

3. El cuatro de enero de dos mil dieciocho, los sindicatos en mención solicitaron al TSC que les extendiera dos certificaciones del laudo arbitral previamente relacionado para inscribirlo en el Departamento Nacional de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Previsión Social -MTPS-.

4. El tribunal denegó extender dichas certificaciones en razón de no contar con la opinión favorable del Ministerio de Hacienda ni la aprobación del Ministerio de Gobernación y Desarrollo Territorial.

5. Ante dicha negativa, los sindicatos antes relacionados promovieron acción contencioso administrativa contra el TSC e impugnaron diversas resoluciones, entre ellas, la que denegó la entrega de las certificaciones del laudo arbitral.

B. Proceso contencioso administrativo.

1. La Cámara de lo Contencioso Administrativo admitió la demanda y, en el transcurso del proceso, señaló para realizar audiencia inicial las nueve horas del catorce de enero de dos mil diecinueve.

2. Según consta en el acta de dicha audiencia inicial, al momento de declararse abierta ésta, antes de la fase de saneamiento, la licenciada Bessy Carina Paz Barahona, apoderada general judicial de SITRAMIG y SINTRACBES manifestó que *"…por conversaciones sostenidas previamente con la parte demandada,* [sic] *solicitó intentar la conciliación de las partes".*

3. La Magistrada que presidió la audiencia inicial *"…expuso que* [sic] *en virtud del Principio* [sic] *dispositivo que rige al proceso contencioso administrativo, se escucharía la propuesta, la opinión técnica de la representación Fiscal* [sic] *y posteriormente este Tribunal* [sic] *verificaría la homologación del posible acuerdo conciliatorio.*

4. El licenciado Tomás Everardo Portillo Grande, quien compareció en calidad de procurador de la Autoridad Demandada, expresó algunas circunstancias relacionadas con su mandato, específicamente *"…que inicialmente conformó* [sic] *el TRIBUNAL DEL* [sic] *SERVICIO CIVIL los señores NOEL ANTONIO ORELLANA ORELLANA, JIMMY NEYIB MARTELL HERNÁNDEZ Y SALVADOR ANIBAL OSORIO RODRÍGUEZ; sin embargo, acotó que actualmente y según el último poder presentado dicho órgano colegiado está compuesto únicamente por los dos últimos funcionarios antes señalados…"*

5.Como propuesta de conciliación el apoderado general judicial y administrativo del TSC expuso el compromiso de *"….extenderles la certificación del Laudo Arbitral a la parte demandante con la advertencia que se haga saber que no cuenta con la 'opinión favorable del Ministro de Hacienda ni con el visto bueno del Ministro de Gobernación', en ese sentido la conciliación. Agregó que así la autoridad demandada 'no se responsabiliza de la inscripción."*

6. El licenciado Wilmer Humberto Marín Sánchez, procurador de SITRACORREOS, manifestó que *"…atendiendo a la delimitación del acto impugnado, resolución de fecha veintiséis de febrero de dos mil dieciocho, en la cual se encuentra contenida en la letra 'd)' la declaratoria* [sic] *sin lugar sobre la extensión de certificación solicitada y consistiendo la propuesta de los procuradores de la parte demandada* [sic] *revertir dicha decisión (que es la pretensión delimitada en el proceso), considera que no se inobserva ninguno de los presupuestos del art. 239 del CPCM y de conformidad a lo dispuesto en los arts. 42 inciso 1° letra a), 44 y 123 de la LJCA, manifestó aceptar dicho acuerdo, y que el mismo fuera aprobado por esta Cámara."*

7. La Magistrada que presidía la audiencia otorgó la palabra a la licenciada Susana Ivett Portillo Ayala, agente auxiliar del Fiscal General de la República *"… quien manifestó de conformidad a las capacidades que le otorga la ley, oponerse*

al acuerdo conciliatorio ya que según lo prescribe el Art. [sic] *86 de la Constitución, no se puede otorgar un acto sin el consentimiento ni la aprobación de los funcionarios correspondientes, además que se está hablando de unos requisitos de ley que se deben establecer al tratarse de fondos públicos de acuerdo al art. 246 de la Constitución y que también debe requerir la aprobación del Ministerio de Hacienda."*

8. Las partes consideraron que no habría perjuicio al Estado ya que el acuerdo se limitaba a extender la certificación solicitada con la advertencia de que no contaba con las opiniones favorables en cuanto a la disponibilidad de fondos y ya sería decisión de los sindicatos demandantes si así la presentaban.

9. La Cámara otorgó la palabra a las partes para que se delimitara con precisión el acto impugnado, el cual se determinó que consistió en que los sindicatos solicitaron al Tribunal de Servicio Civil tres certificaciones adicionales del laudo arbitral que les habían sido requeridas por el Departamento Nacional de Organizaciones Sociales de la Dirección General de Trabajo, pero el TSC denegó otorgarlas pues estimó que eran para efectos de presentar el laudo para su inscripción y éste aún no contaba con la opinión favorable del Ministerio de Hacienda y por ello se extendió solamente una certificación; sin embargo el TSC posteriormente consideró que la decisión referida a la inscripción es una facultad del Ministerio de Trabajo y no de los miembros del TSC y por eso se propuso en la audiencia el acuerdo de conciliación.

10. La agente auxiliar del Fiscal General de la República reiteró su oposición pues *"…manifestó que luego de escuchar las aclaraciones aportadas, consideró que efectivamente se piden las certificaciones para su inscripción en el Ministerio de Trabajo, lo que traerá como consecuencia el incumplimiento del Laudo Arbitral, la LSC establece que el referido Laudo se tomará como un Contrato Colectivo de Trabajo así lo prescribe sus Arts. 119, 151 y 156, en ese sentido reiteró que el Laudo Arbitral no cuenta con el visto bueno del Ministro de Hacienda para su debida ejecución y en ese sentido reiteró su oposición al acuerdo de conciliación propuesto por los procuradores de la autoridad demandada."*

11. Finalmente, se dejó constancia en el acta que *"Luego esta Cámara, previa deliberación y de conformidad a lo que establecen los artículos 219 y 220 CPCM, tomó una decisión la cual fue expuesta por la Magistrada Presidenta, en los siguientes términos: que previamente esta Cámara ha verificado si la pretensión sometida a este acuerdo conciliatorio era susceptible de conciliación conforme a lo que establece nuestro artículo 44 de la LJCA, en ese orden acotó que se ha verificado que el objeto de la pretensión y de la impugnación del acto, se refiere exclusivamente a la extensión de una certificación con los efectos legales que eventualmente pueda implicar en las instancias correspondientes, en razón de ello, este Tribunal considera que dicha pretensión puede someterse a este tipo de arreglos; sin embargo de conformidad a lo establecido en la letra c) del art. 44 de la LJCA, se debe escuchar la opinión del Fiscal General de la República en este caso la Agente Auxiliar en su representación sobre el acuerdo conciliatorio, y en el supuesto que considere que es contrario al ordenamiento jurídico o lesivo al interés público se remitirá el proceso dentro de los dos días siguientes a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia […]*

Siendo este el supuesto en el presente caso, la Magistrada Presidente indicó que esta Cámara efectuará el trámite respectivo"

II. Capacidad procesal y legitimación pasiva del Tribunal de Servicio Civil.

1. De conformidad con el artículo 19 letra "a" de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa -LJCA-:

"Podrán ser demandados en el proceso contencioso administrativo:

a) Cualquier órgano del Estado o entidad pública en cuanto realice actividad materialmente administrativa; en este caso deberá demandarse al órgano o entidad pública que hubiere emitido la actuación o incurrido en la omisión impugnada."

En atención al texto de la normativa tiene legitimación pasiva cualquier entidad pública en cuanto realice actividad materialmente administrativa, por consiguiente, a quien se demanda es a la entidad o institución."

ÓRGANOS UNIPERSONALES Y COLEGIADOS

"2. Puede afirmarse que el criterio básico sobre el que gira la configuración de una organización pública es el de la pluralidad o unicidad de sujetos que asumen la titularidad de la organización. La característica más importante de toda organización pública, que determina su régimen jurídico, es la que atiende a la colegialidad o monocratismo de su configuración personal.

En los órganos unipersonales, monocráticos, o individuales, las competencias que la ley atribuye al órgano se ejercen por una persona física -que viene a ser el administrador o gestor del órgano, también se le denomina cargo- en la que el órgano se encarna. Una persona física asume la titularidad del órgano. Son opciones organizativas distintas que implican un régimen jurídico diferenciado.

Son órganos colegiados aquellos que se encuentran integrados por varias personas físicas -administradores, gestores o cargos- que en régimen de igualdad ejercen las competencias que la ley atribuye al órgano. Varias personas físicas asumen la titularidad del órgano colegiado, de forma compartida. La plurisubjetividad en la titularidad del órgano es la característica principal del órgano colegiado. Es tradición la denominación de "miembro" para todos y cada uno de los sujetos titulares de un órgano colegiado, tal cual ha venido haciendo esta Sala."

TITULARIDAD DE UN ÓRGANO COLEGIADO

"3. La consideración precedente respecto de la "titularidad" de un órgano colegiado es relevante para determinar cuándo un órgano colegiado está conformado de manera "legal". Se atiende, por lo general, a la legalidad, esto es, en la mayoría de ocasiones es el legislador quien resuelve si el órgano colegiado se entiende debidamente conformado con un cierto número de miembros (*quorum* de integración) o si se requiere de la presencia de todos sus miembros (integración por pleno).

También existen casos en que el legislador otorga competencias específicas a uno o varios de los miembros del órgano colegiado, en cuyo caso estas competencias no se ven afectadas por la ausencia de quorum de integración.

Hay casos en los que la ley nada dispone respecto de la adecuada configuración del órgano colegiado, en estos casos aún puede la norma contener soluciones que permitan dilucidar la manera correcta de integrarlo: (i) la norma puede reconducir a la aplicación supletoria de otro cuerpo legal que sí tenga reglas aplicables al caso concreto, verbigracia alguna Ley General de la Administración, o, en el caso salvadoreño a la Ley de Procedimientos Administrativos (en cuanto entre en vigencia), o al Código Procesal Civil y Mercantil; (ii) la norma puede otorgar la capacidad de interpretación de sus disposiciones al mismo ente (o a algún otro) que permitan alguna determinación administrativa de su configuración legal mínima.

Finalmente, hay casos en que la ley es sumamente exigua y no contiene remisiones a otras leyes, en estos casos, hay dos posibilidades: *la primera* sería que en estos casos solamente pueda estimarse debidamente configurado el órgano cuando lo integra el pleno (para integrarse así como para deliberar y tomar decisiones), *la segunda* atendería a la suficiente conformación por la integración de la cantidad mínima para deliberar y adoptar una decisión con los votos que constituirían la mayoría del pleno."

FUNCIONES QUE CUMPLE LA DEBIDA INTEGRACIÓN DEL ENTE ADMINISTRATIVO COLEGIADO

"4. La debida integración del ente administrativo colegiado también cumple otras funciones, distintas a su capacidad para deliberar y tomar decisiones, para el caso, incide en su capacidad procesal y, a partir de ésta, su legitimación pasiva, por consiguiente, en la forma en que debe ser representado en un proceso judicial.

En el caso particular, la autoridad administrativa demandada en un proceso contencioso administrativo es el Tribunal de Servicio Civil, el cual es una entidad creada mediante la Ley de Servicio Civil, cuerpo normativo que la regula de muy exigua manera.

Así, son relevantes los artículos 6, 9, 10 y 11 que cito.

Primeramente, el artículo 6 concerniente a la creación de los entes aplicadores de la LSC:

"Para la aplicación de esta ley se crean como organismos competentes las Comisiones de Servicio Civil y el Tribunal de Servicio Civil, que en el texto de esta ley se denominarán: Comisión y Tribunal respectivamente."

A continuación, referido específicamente al Tribunal de Servicio Civil, el artículo 9: [...]

La sede del Tribunal será la ciudad de San Salvador."

De este artículo obtenemos que el pleno del TSC está compuesto por tres miembros propietarios y que, además, hay tres suplentes que deben sustituir a los propietarios en caso de falta, excusa o impedimento.

La norma no hace ninguna acotación relacionada a la cantidad de miembros propietarios necesaria para integrar el tribunal.

Tampoco establece condición alguna para conformar el Tribunal con los suplentes - verbigracia, aunque claramente indica que los miembros del TSC son

nombrados por tres instituciones distintas (cada una nombra un titular y un suplente) no regula si hay suplencia personal - en este caso ligada a si el suplente solo puede cubrir las ausencias, excusas o impedimentos del titular cuando ambos fueron nombrados por la misma institución - o si, por el contrario, cualquiera de los suplentes puede cubrir la falta, excusa o impedimento del titular, con independencia de la institución que haya nombrado al titular y la que haya nombrado al suplente no sean la misma, aunque, en el caso específico de la presidencia del TSC, la ley claramente indica que el presidente será el miembro electo por la Asamblea Legislativa, lo que provoca que su suplencia solo pueda ejercerla el miembro suplente también electo por la Asamblea.

Asimismo, en la disposición legal se indica quién ejerce como presidente del TSC, pero no se establece ningún orden de prelación entre los otros miembros, así no hay designación de primer vocal y segundo vocal.

Lo precedente propone un problema que se suscitará cuando se venza el plazo de elección del presidente del tribunal que, salvo algún caso excepcional, será coincidente con el vencimiento del plazo del miembro suplente electo por esa misma institución.

En esos casos el TSC carecería de presidente hasta el momento en que la Asamblea Legislativa decida nombrar uno nuevo.

Luego, el artículo 10, relacionado con la configuración del tribunal y duración de sus integrantes:

Los Miembros del Tribunal de Servicio Civil, desempeñarán sus funciones durante un período de tres años, contados desde la fecha de sus respectivos nombramientos y podrán ser reelegidos.

Tampoco serán removidos, si no es por causa justa y mediante resolución de la Corte Suprema de Justicia, que procederá sumariamente, de oficio o por denuncia de parte interesada."

Esta disposición delimita el período de nombramiento de cada miembro a tres años, los cuales pueden o no ser coincidentes, en virtud de que no se requiere que los tres miembros propietarios sean nombrados al mismo tiempo, aunque, por lo general, sí habrá coincidencia entre el propietario y el suplente que son nombrados por una misma institución; además, señala - si bien de forma un tanto vaga - cuando proceden las remociones de los miembros y cuál es el órgano que tiene la competencia para tal efecto.

Advierto que en la Ley de Servicio Civil no hay una norma clara que establezca cómo se determina la manera en que el TSC debe *ser representado* en un tribunal judicial, cuando sea parte en un proceso.

Esto representa un aparente contratiempo al advertir, como ya se ha señalado, que de conformidad con el artículo 19 letra "a" de la LJCA vigente, este órgano colegiado, en su propia calidad, es susceptible de ser demandado en proceso contencioso administrativo, con independencia de sus funcionarios en sus calidades personales.

Por consiguiente, debe considerarse la manera en que comparecerá y si tiene capacidad procesal independientemente de su conformación perfecta o defectuosa.-"

TENDRÁN CAPACIDAD PROCESAL TODAS LAS PERSONAS JURÍDICAS CONSTITUIDAS CON LOS REQUISITOS Y CONDICIONES LEGALMENTE ESTABLECIDOS PARA OBTENER PERSONALIDAD JURÍDICA

"5. Precisamente, en el caso particular bajo estudio, el Tribunal de Servicio Civil fue demandado en proceso contencioso administrativo.

En el proceso contencioso administrativo (sea común o abreviado) desarrollado de conformidad a la LJCA vigente, es preceptiva la comparecencia por medio de procurador, según se dispone en el artículo 20 del referido cuerpo legal.

Para poder otorgar el mandato y ser representada, una persona jurídica, incluyendo las que son entes administrativos, requieren de capacidad procesal.

El Tribunal de Servicio Civil fue demandado en proceso común ante la Cámara de lo Contencioso Administrativo el cual fue identificado con la referencia NUE: 00022-18-ST-COPC-CAM, por lo que se presentaron a ejercer la procuración preceptiva en representación del TSC los licenciados Tomás Everardo Portillo Grande y José Humberto Segura Hernández que acreditaron su personería mediante el testimonio de poder general judicial y administrativo con cláusula especial otorgado a las once horas del veintiocho de enero de dos mil dieciocho ante los oficios del Notario Fidel Ernesto Granados Mendoza.

Este poder fue otorgado por los miembros titulares del TSC Noel Antonio Orellana (nombrado por la Asamblea Legislativa), Salvador Aníbal Osorio Rodríguez (nombrado por el Concejo de Ministros), Jimmy Neyib Martell Hernández (nombrado por la Corte Suprema de Justicia, es decir que, al momento de conferir el mandato, el TSC se encontraba configurado por sus tres miembros propietarios y tres suplentes.

Empero, el veinticuatro de julio de dos mil dieciocho, se venció el plazo de nombramiento del licenciado Noel Antonio Orellana Orellana, presidente del TSC, así como el del licenciado Oscar Alberto López Rivas miembro suplente, ambos electos por la Asamblea Legislativa, lo cual generó la terminación del mandato de conformidad al artículo 1923 ordinal 8° del Código Civil por finalización de las funciones de uno de los mandantes.

6. Como consecuencia de ello, los dos apoderados del TSC presentaron nuevo poder general judicial y administrativo, el cual fue otorgado siempre ante los oficios notariales de Fidel Ernesto Granados Mendoza, a las ocho horas del treinta de agosto de dos mil dieciocho, solamente por los dos miembros propietarios del TSC que continuaban en funciones, es decir, Salvador Aníbal Osorio Rodríguez y Jimmy Neyib Martell Hernández.

Esta circunstancia ha generado que, en la resolución de cuya motivación disiento, se considere que el TSC carece de capacidad procesal, por ende, pese a la legitimación pasiva que recae en dicha institución como órgano colegiado, al no estar configurado íntegramente, se le niega la capacidad de participar en el proceso y la de nombrar representante.

No estoy de acuerdo con dicha postura porque, en el presente caso no interesa establecer si un ente colegiado puede o no tomar decisiones estando integrado de forma incompleta, sino que lo trascendente es dilucidar si tiene capacidad procesal.

7. La LJCA vigente regula mínimamente las diversas posibilidades de participación en un proceso, por lo que no contiene supuestos que se refieran a este tipo de casos. Sin embargo, su artículo 123 remite al CPCM como norma procesal supletoria en lo que no contraríe el texto y los principios de la LJCA.

A diferencia de la LJCA, el CPCM sí contiene exhaustivas normas relativas a la capacidad procesal.

Atendemos en primer lugar al artículo 61 que se refiere a la capacidad procesal de las personas jurídicas: [...]

En principio ésta es la capacidad procesal que ostenta también un ente público que interviene como parte. Ya se ha señalado que la legitimación pasiva está expresamente regulada en el artículo 19 letra "a" LJCA vigente que se complementa con la disposición precedente y que determina la participación de las entidades públicas como ellas mismas, independientemente de que tengan personalidad jurídica o no.

En el caso del TSC, la ley *no le otorgó personalidad jurídica distinta a la del Estado* por lo que, de ordinario, tendría la del Estado y debería ser representada por el Fiscal General de la República, empero, el artículo 19 LJCA le otorga la capacidad procesal en su propia calidad, pero *sin que por ello se entienda que le otorgue personalidad jurídica distinta*.

Ahora bien, debe atenderse al artículo 62 CPCM que regula la comparecencia de los entes y uniones sin personalidad:

"Los entes y uniones sin personalidad comparecerán y actuarán por medio de quienes aparezcan como sus directores, gestores o administradores, o de quienes lo sean por disposición legal, o de quienes de hecho actúen en el tráfico jurídico en su nombre frente a terceros.

No podrán denunciar su falta de capacidad para ser parte cuando tuviere reconocida dicha capacidad en la relación jurídica material debatida o dentro del proceso, pues sería violentar el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos.

Si se desconociera a uno o más de los integrantes de un ente sin personalidad, se podrán emplazara todos ellos en la persona del conocido."

Este artículo es también aplicable a los casos de las entidades que no cumplen algún requisito para tenerse por legítimamente integradas, de conformidad con el artículo 58 inciso segundo ordinal 5° CPCM.

El texto del artículo 58 inc. 2, ord 5° es el siguiente:

"Son partes en el proceso el demandante, el demandado y quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada.

En los procesos civiles y mercantiles podrán ser parte:

[…]

5º En calidad de demandadas las uniones y entidades que, sin haber cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, actúen en el tráfico jurídico."

Dicha disposición se aplica con algunas matizaciones pues las reglas relacionadas con la capacidad procesal en el proceso contencioso administrativo se rigen principalmente por lo dispuesto en los artículos 17, 18 y 19 de la LJCA, de manera que el artículo 58 CPCM sirve solamente como un complemento para

evitar lagunas legales, pues la LJCA vigente nada dice respecto de la capacidad de los entes configurados imperfectamente.

8. En consecuencia, no es relevante para determinar la capacidad procesal entrar a examinar si el órgano colegiado está completo o incompleto, porque, independientemente de ello, siempre tendrá capacidad procesal y, en consecuencia, también tendrá capacidad para otorgar el mandato necesario para que sea representado en el proceso.

Si el TSC está completo, sus miembros otorgarán el poder necesario y, en caso de no estarlo, comparecerá al proceso "…*por medio de quienes aparezcan como sus directores, gestores o administradores, o de quienes lo sean por disposición legal, o de quienes de hecho actúen en el tráfico jurídico en su nombre frente a terceros."*

En tal caso, los dos miembros del TSC cuyos nombramientos se encuentran vigentes, son quienes se encuentran *actuando en el tráfico jurídico en nombre del TSC frente a terceros*, por lo que, de conformidad con la ley, esto les permite actuar en nombre del TSC en el proceso, mientras se solventa la ausencia de integración plena del mismo.

En esos términos, la capacidad procesal y la legitimación pasiva siguen relacionadas al órgano como tal, pero los actos de manifestación de su representación recaen en los dos miembros propietarios debidamente nombrados, en tanto no se integre adecuadamente el TSC.

9. La anterior capacidad de comparecer fue diseñada con dos finalidades: la primera es la tutela de los derechos de audiencia y defensa de la propia entidad o unión, la segunda, es la tutela de los derechos de los terceros a quienes pudieren afectar estos actos de las entidades imperfectamente configuradas, pues si no pudieren comparecer en un proceso, sería imposible que respondiesen en su conjunto por los perjuicios que los actos de individuos en su nombre pudieren causar.

De todo ello solo puedo concluir que el TSC, independientemente de su actual configuración, puede otorgar mandato y nombrar apoderados que lo representen, máxime cuando la postulación es obligatoria, atendiendo a que no es relevante a esa capacidad si está o no plenamente integrado.

Por consiguiente, no estoy de acuerdo con el rechazo fundado en una ausencia de capacidad procesal."

NO DEBEN SER OBJETO DE CONCILIACIÓN EL EJERCICIO DE LAS POTESTADES LEGALES DE UN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

"III. Homologación del acuerdo.

Estimo que, en el presente caso, la objeción de la agente auxiliar fiscal no va dirigida al *acto impugnado sino a otro.*

Me refiero a que el Laudo Arbitral, de conformidad con el artículo 151 LSC es un arbitraje de *equidad* no de derecho, pero tiene como limitación el que el Laudo debe cumplir los requisitos que en el artículo 119 de esa misma ley se imponen a los contratos colectivos de trabajo y éstos están sujetos a la opinión favorable del Ministerio de Hacienda.

En consecuencia, lo que objeta la agente fiscal es el Laudo Arbitral pues fundó su objeción en la ausencia del visto bueno del Ministro y en la ausencia de fondos para implementarlo, pero el acto procesal impugnado fue la denegatoria de la entrega de tres certificaciones de dicho Laudo, es decir, que no se está debatiendo el Laudo Arbitral en el proceso contencioso.

Ahora bien, advierto que en el acuerdo de conciliación lo que se está proponiendo es que la autoridad administrativa, por medio de su procurador, satisfaga la pretensión de la parte demandante, que es la de que le entregue las certificaciones; tal acto puede ser decidido unilateralmente por el TSC en el ejercicio de sus potestades y ejecutado a plenitud de manera extraprocesal, con lo que se configuraría la causal de terminación anticipada establecida en el artículo 70 LJCA.

Tal es la vía que estimo procedente y no la conciliación, en tanto considero que no deben ser objeto de conciliación el ejercicio de las potestades legales de un tribunal administrativo; en ese sentido, si el TSC estima que procede acceder a otorgar las certificaciones, debe expresarlo mediante una resolución y no a través de una conciliación.

Por esta razón es que comparto el rechazo a la homologación del referido acuerdo de conciliación."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 1-19-HAC-SCA, fecha de la resolución: 30/01/2019

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

NULIDAD DE PLENO DERECHO

LAS CAUSAS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO SE CONSTITUYEN COMO VICIOS TASADOS, ES DECIR, ES EL LEGISLADOR QUIEN DETERMINA CUÁLES SON LOS SUPUESTOS QUE DAN BASE PARA SU DECLARATORIA Y CONSECUENCIAS

"No comparto la decisión pronunciada por mis honorables colegas Magistradas y Magistrado en el presente proceso contencioso administrativo promovido por Taca International Airlines, Sociedad Anónima; Líneas Aéreas Costarricenses, Sociedad Anónima; Trans American Airlines, Sociedad Anónima; Aerovías del Continente Americano, Sociedad Anónima; Avianca, sucursal El Salvador; y Aviateca, Sociedad Anónima; por medio de sus apoderados generales judiciales, doctor Humberto Sáenz Marinero y licenciado Rafael Arturo Muñoz Canizález, contra actuaciones del Director Ejecutivo de la Autoridad de Aviación Civil, que esta Sala ha conocido en apelación promovida por los abogados previamente señalados, contra la resolución de las quince horas del diecisiete de julio de dos mil diecinueve, mediante la cual la Cámara de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Santa Tecla, departamento de La Libertad, ***declaró improponible la demanda*** *de nulidad de pleno derecho* deducida contra la autoridad antes relacionada, por falta de supuestos materiales, considerándose que «*(…) las sociedades demandantes omitieron (…) el requisito de procesabilidad respecto de la solicitud de revocatoria ante el emisor de los* [actos administrativos

impugnados] *ya que, a criterio de los procuradores (…) éstos contenían nulidades de pleno derecho (…)*».

Explico a continuación los motivos de mi disidencia.

[…]

Ninguno de estos actos fue impugnado en la vía administrativa, sino que se promovió directamente ante la Cámara de lo Contencioso Administrativo con sede en Santa Tecla proceso contencioso administrativo en el cual se planteó como pretensión la declaratoria de nulidad de pleno derecho de las actuaciones antes relacionadas.

En la demanda, las impetrantes adujeron que la autoridad demandada, el Director Ejecutivo de la Autoridad de Aviación Civil, no tenía la facultad legal para emitir tales actos, circunstancia de tal gravedad que configuraba una *nulidad de pleno derecho o absoluta* (folio 6 frente del expediente judicial 00039-19-ST-COPC-CAM).

La Cámara de lo Contencioso Administrativo **declaró improponible la demanda** por falta de presupuestos materiales fundada en que i) para impugnar los actos 1 al 4 debió primero cumplirse con el requisito de procesabilidad establecido en el artículo 3 de las Disposiciones Transitorias del Procedimiento Administrativo y del Régimen de la Administración Pública, en adelante DTPARAP; y para el acto 5 debió agotarse la vía administrativa de conformidad con el artículo 2 de las mismas disposiciones, pues al ser emitido por el Director Ejecutivo, según el inciso segundo del artículo 183 de la Ley Orgánica de Aviación Civil admitía recurso de apelación ante la Junta de Directores del Consejo Directivo de Aviación Civil aunado a ello, el mismo corresponde a un acto reproductorio excluido de conocimiento en la jurisdicción contencioso administrativa.

[…]

III. Fundamento de la diferencia de criterio.

1. Hay algunos argumentos de la decisión de mayoría que sí comparto, a saber: i) que por su magnitud las nulidades de pleno derecho no se pueden convalidar ni subsanar; ii) que las pretensiones que se pueden deducir en el proceso contencioso administrativo buscan la declaratoria de *legalidad o ilegalidad* de los actos administrativos; y (iii) que la ilegalidad puede devenir de una mera anulabilidad de carácter relativo o por una causa de nulidad de pleno derecho.

2. Sin embargo, difiero de los siguientes postulados: i) que, en todos los casos, la pretensión de nulidad de pleno derecho se puede plantear en cualquier tiempo, *sin más requisitos*, en la vía jurisdiccional; ii) que la revocatoria por razón de legitimidad siempre tiene carácter alternativo y potestativo; iii) que la revocatoria por razones de legitimidad constituya una potestad que le pertenece con exclusividad a la Administración; iv) que en nuestro proceso contencioso administrativo el único requisito previo de procesabilidad sea el uso previo de los recursos administrativos configurados en la ley aplicable (“agotamiento de la vía administrativa”); y v) que si una exigencia no se encuentra contenida en la LJCA debe considerarse que no existe.

3. Estimo necesario dejar establecido que:

(i) Las DTPARAP fueron aplicadas por la Cámara de lo Contencioso Administrativo en razón de que la demanda fue planteada el día cuatro de febrero de este año, es decir, durante su vigencia, con antelación a la de la LPA.

(ii) Las sociedades demandantes adujeron que el Director Ejecutivo de la Autoridad de Aviación Civil, no tenía la facultad legal para emitir tales actos, circunstancia que configuraba una nulidad de pleno derecho o absoluta de conformidad con el artículo 1 letra "a" de las DTPARAP.

(iii) La LJCA derogada permitía la impugnación directa de actos presuntamente nulos de pleno derecho sin limitantes de tiempo ni exigencia de agotamiento de vía administrativa.

(iv) La LJCA actualmente vigente no contiene ninguna regulación relacionada con la nulidad de pleno derecho ni hace excepción alguna en los plazos establecidos para dirimir pretensiones.

(v) Por lo regular, los actos administrativos solo pueden impugnarse en la jurisdicción contencioso administrativa si se ha agotado la vía administrativa tal cual esté descrita en la legislación.

4. El abordaje de los efectos de los actos afectados por vicios insubsanables no es parcela exclusiva del derecho administrativo ni del proceso contencioso administrativo, tales vicios también ocurren en los procesos de derecho privado, social y penal, este último de orden igualmente público. También en éstos ocurre que durante todo el proceso se tiene la oportunidad de reclamar contra actos en que concurren estos vicios, incluso contra la sentencia firme - en los recursos extraordinarios de revisión de la sentencia -

Sin embargo, el legislador tiene libertad para configurar la manera que estima más adecuada para ***acceder a las oportunidades*** en las cuales se puede realizar la alegación correspondiente a efecto de que se declare la nulidad de dichos actos así viciados.

Lo precedente implica que, atendiendo a consideraciones igualmente valiosas – verbigracia la seguridad jurídica y la igualdad de armas procesales - aunque el vicio no se subsane, tampoco persiste ***ad aeternum*** la oportunidad para invocarlo en sede judicial, así, la posibilidad de promover una revisión de sentencia firme puede limitarse en el tiempo como se hace en los arts. 544-546 CPCM.

5. En el caso particular de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se advierte que no solamente no contiene reglas especiales por las cuales se haga distinción alguna entre las pretensiones por ilegalidad y por *nulidad de pleno derecho*, sino que *tampoco se ha hecho previsión alguna* de la posibilidad de plantear una pretensión fuera del plazo de sesenta días establecido en su artículo 25.

Las causas de nulidad de pleno derecho se constituyen como vicios tasados, es decir, es el legislador quien determina cuáles son los supuestos que dan base para su declaratoria y consecuencias. Esta libertad es, por supuesto, relativa, encuentra un límite solamente en la norma legitimante del sistema, que es la Constitución, de manera que no puede dejar de considerar como vicios máximos aquellos que conlleven un eventual daño a un derecho o garantía fundamental, pero, por lo demás, tiene libertad de configuración.

En igualdad de condiciones se va a encontrar para elegir la manera de acceder a las oportunidades para incoar pretensiones respecto de esos vicios.

6. Lo antecedente es patente en el texto de la derogada LJCA que, en su artículo 11 establecía de manera general un plazo para interponer la demanda

contencioso administrativa contra los actos de la administración, el cual era de sesenta días. Asimismo, formulaba en su artículo 7 el rechazo por inadmisibilidad de las pretensiones que se dedujeran contra actos administrativos de los que no se agotó la vía administrativa, que fueran consentidos expresamente o fuesen actos reproductorios de actos firmes.

Sin embargo, ese mismo artículo 7 instauraba **una excepción** al rechazo en estos casos: la configuración de la nulidad de pleno derecho.

Cuando se invocaba **como fundamento de la pretensión la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho**, se estableció mediante desarrollo jurisprudencial que esta disposición especial permitía (a) que se impugnara el acto supuestamente así viciado sin agotar la vía administrativa; (b) que se pudiese promover el proceso contencioso administrativo de manera directa en cualquier tiempo, sin importar si ya había precluido el plazo de sesenta días que la ley establecía para la promoción de cualquier otra acción; (c) que se admitiese la acción contra actos reproductorios de actos anteriores ya definitivos y los confirmatorios de acuerdos consentidos por haber obtenido estado de firmeza; y (d) que pudieran impugnarse en sede judicial actos consentidos expresamente.

Tal habilitación tenía como trasfondo que aparejado a la LJCA derogada no existía una ley general de procedimientos administrativos, por lo que no podía acudirse a un *corpus iure* común que (a) definiera cuáles vicios constituían nulidades de pleno derecho; (b) estableciere alguna vía reglada para impugnarlos en sede administrativa o para su revocación oficiosa; (c) definiere si estos vicios serían insubsanables incluso por el paso del tiempo o si habría alguna limitación temporal para el ejercicio del control - administrativo o judicial -.

A fin de llenar estas lagunas se estableció la disposición legal en el art. 7 LJCA derogada que por la manera escueta de referir a la nulidad de pleno derecho, el contenido fue dotado a fuerza de jurisprudencia."

EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EXISTEN PLAZOS PROCESALES QUE NO HAN CONTEMPLADO EXCEPCIONES, POR LO QUE SE ENTIENDE, QUE LA POSIBILIDAD DE IMPUGNAR EN ESA SEDE ACTOS PRESUNTAMENTE NULOS DE PLENO DERECHO TIENE LÍMITES TEMPORALES

"7. Tal distinción no existe en la LJCA vigente, que estableció como plazo general para las pretensiones de ilegalidad el señalado en su artículo 25 letra "a" que es de sesenta días a partir del día siguiente al de la notificación del *acto que agota la vía administrativa.*

Para el caso, se entenderá agotada la vía administrativa según se haya dispuesto en la ley procedimental aplicable, que al momento de examinar la pretensión de los ahora apelantes eran las DTPARAP y en la actualidad es la Ley de Procedimientos Administrativos. Es menester tener en cuenta que tanto la definición de nulidad de pleno derecho como la referencia a los presupuestos para el agotamiento de la vía administrativa se dejaron fuera de la LJCA vigente por diseño; contando que se habrían de regular en la LPA y, mientras se aprobaba ésta, por las DTPARAP.

Entre las variaciones más importantes respecto del régimen de impugnación de los actos presuntamente nulos de pleno derecho que contenía la anterior LJCA debemos considerar, entonces, que en la actualidad la "imprescriptibilidad" de la posibilidad de impugnarlos se regula en una ley destinada a la Administración y a sus procedimientos, es decir, una vez transcurridos los plazos para demandar judicialmente estos vicios pueden ser alegados en todo tiempo pero solamente en sede administrativa, constituyendo lo resuelto la habilitación de un plazo para poder interponer demanda contencioso administrativo.

En cambio, en el proceso contencioso administrativo existen plazos procesales que no han contemplado excepciones, por lo que se entiende - según se desarrollará con mayor detalle posteriormente - que la posibilidad de impugnar en esa sede actos presuntamente nulos de pleno derecho ***tiene límites temporales***.

8. Si bien debe evitarse el culto a *las formas* como tales, en cambio, la adecuación del curso de una pretensión al rito esencial es obligatoria, por cuanto el proceso se constituye con las reglas que deben aplicarse a *todas* las personas naturales o jurídicas que buscan la tutela judicial de sus derechos, por ende, configura el andamiaje del debido proceso o proceso constitucionalmente configurado, contiene los elementos necesarios para la igualdad en la ley y ante el aplicador de la ley, determina ***la seguridad*** de los actores y demandados de ser sometidos a un conjunto de reglas conocidas y evita las sorpresivas mutaciones en el tratamiento de las partes procesales.

En tal sentido, los requisitos de acceso al proceso tienen solo una limitada flexibilidad y, mientras sean capaces de cumplir con la finalidad para la que fueron diseñados, no pende de las partes ni del juez el eliminar u obviar su cumplimiento (de hecho nuestro ordenamiento contiene una obligación de ceñirse a las reglas del proceso, materializada en el artículo 3 CPCM, aplicable como regla supletoria en el proceso contencioso administrativo).

En esa tesitura se advierte la oposición de dos principios fundamentales: el de la justicia y el de la seguridad jurídica, que aparentemente podrían colisionar en el caso de vicios insubsanables de un acto que, sin embargo, no puedan alegarse por haber finalizado las oportunidades en los cauces procesales diseñados para acceder al control por la vía de la protección judicial.

Sobre la seguridad jurídica se ha consignado en nuestra jurisprudencia constitucional: [...]

[Sentencia de amparo constitucional con referencia 109-2016 de las diez horas con treinta y un minutos del veintitrés de agosto de dos mil diecinueve.]

La "**certeza en el derecho**" como derecho mismo, implica la protección de las situaciones jurídicas consolidadas, el respeto a los procesos legalmente establecidos, la adecuada protección de derechos mediante la tutela por mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales siempre que estén regulados en la ley y permitan una protección real de estos derechos.

No tiene por qué considerarse que la única manera de tutelar debidamente un derecho es el acceso a la jurisdicción, máxime de manera irrestricta y confrontando las reglas establecidas para las oportunidades de trámite procesal.

Esta existencia de otras vías de protección, diversas al acceso a la jurisdicción, es reconocida en la jurisprudencia constitucional, así, continuando una línea sostenida en el tiempo recientemente se ha reiterado que:

«*En la sentencia del 12 de noviembre de 2010, inconstitucionalidad 40-2009, se expuso que el derecho a la protección en la defensa de los derechos (art. 2 inc. 1° Cn.) implica, en términos generales, la creación de mecanismos idóneos, jurisdiccionales o no jurisdiccionales, para la reacción mediata o inmediata ante infracciones a los derechos de las personas.* ***La protección no jurisdiccional*** *está relacionada con todas aquellas vías ante entes no judiciales capaces de solucionar controversias con relevancia jurídica. Desde esta perspectiva, en dichas vías aplican las manifestaciones derivadas del debido proceso cuando pueden afectarse los derechos de un sujeto, tomando en consideración que cualquier restricción a derechos debe hacerse* ***mediante un procedimiento conforme a la Constitución y a la normativa correspondiente****.».* [Resaltado suplido] [Sentencia de amparo constitucional con referencia 67-2017, pronunciada a las diez horas con veinticinco minutos del veinticuatro de junio de dos mil diecinueve.]

Puede advertirse entonces que en dicha jurisprudencia se reconoce (i) que los procedimientos deben realizarse conforme a la constitución y a la norma secundaria que los establece; (ii) que es válida la protección no jurisdiccional de los derechos, verbigracia en vía administrativa.

Lo antecedente revela que no existe una vulneración a la justicia cuando, para proteger un derecho - lo que incluye la reparación de cualquier agravio que cauce un acto con un vicio de nulidad absoluta- se establezcan reglas en un procedimiento, se cree un mecanismo no jurisdiccional y se controle el acceso a la tutela judicial mediante la exigencia de acudir primero a aquella otra vía."

LA FALTA DE REFERENCIA A LA NULIDAD DE PLENO DERECHO EN LA LJCA NO CONSTITUYE UNA LAGUNA LEGAL, LOS SUPUESTOS Y CONSECUENCIAS SE HAN REGULADO EN LA LPA, ASÍ COMO LA COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA SU REVOCACIÓN

"9. El legislador fue quien, en la LJCA derogada, estatuyó un acceso directo a la tutela jurisdiccional para la promoción de la acción contra actos a los cuales se atribuyen vicios de nulidad de pleno derecho, eximiéndolos de los requisitos que sí exigía para la promoción de cualquier otro tipo de pretensiones en la acción contencioso administrativa.

También fue el legislador el que optó por modificar el diseño de acceso al control judicial cuando promulgó la actual LJCA, en la que dejó de regular como una acción especial, distinta y autónoma a la que se promueve por nulidad de pleno derecho y abandonó la regla de excepción al agotamiento de la vía administrativa o a los plazos para ejercer la acción.

En la LJCA vigente no se regularon excepciones a los plazos para promover la acción ni se hizo distinción entre pretensiones de ilegalidad y de nulidad de pleno derecho. Uniformemente, ha de promoverse acción para que se declare ilegal un acto, no importa si es por una nulidad absoluta o una relativa.

Lo anterior no quiere decir que no exista una previsión legal respecto de ambos temas, solo significa que no debe buscarse únicamente en la LJCA sino en las leyes procedimentales generales, a saber, en la actual LPA y antes en las DTPARAP. Se integran las disposiciones porque de hecho ***esa fue la intención del legislador***, al diseñar las dos legislaciones: que se complementaran en ciertos aspectos.

En consecuencia, la falta de referencia a la nulidad de pleno derecho en la LJCA vigente no constituye una laguna legal, ya que los supuestos y consecuencias de este tipo de vicio se han regulado en la LPA, así como la competencia de la Administración Pública para su revocación, lo que exige una interpretación sistemática de ambos cuerpos normativos que lleva a colegir que, cuando han transcurrido los plazos legales para demandar, se requiere plantear los reclamos fundados en nulidades de pleno derecho en sede administrativa para poder luego acceder a la tutela judicial.

10. Lo precedente ha sido sostenido por esta Sala en las resoluciones con referencia 15-19-PC-SCA de las catorce horas cinco minutos del veintiocho de junio de dos mil diecinueve y 16-19-PC-SCA de las catorce horas diez minutos de esa misma fecha, así: [...]

Esta sala entonces, ha sostenido que ***cuando se quiera plantear una pretensión de ilegalidad por vicio de pleno derecho en sede contencioso administrativa una vez agotado el plazo de los sesenta días***, el legislador ha establecido como requisito previo el acudir a la vía de protección administrativa, pues su resultado habilita un nuevo plazo de sesenta días para acceder a la tutela judicial en sede contencioso administrativa, preservando con ello la imprescriptibilidad del vicio en sede administrativa y la oportunidad de impugnar el acto viciado en todo tiempo; y por otro lado en el marco de la autotutela permite a la Administración revisar y corregir sus decisiones.

Esta interpretación es acorde con la jurisprudencia comparada, como se desarrollará en un apartado posterior.

En ese sentido la vía de acceso al control no es impeditiva del ejercicio de la pretensión, ni se convierte en un obstáculo a la tutela judicial de derechos; de resultas, se trata de una norma vigente al momento del acto controlable, diseñada para ser utilizada en conjunto con la LJCA. En todo caso, como mínimo, la inobservancia por esta Sala del artículo 3 de las DTPARAP requeriría el previo análisis de adecuación constitucional contenido en el art. 2 CPCM, norma supletoria del proceso contencioso administrativo y, si se estima incompatible con la constitución debe seguirse el procedimiento de inaplicación configurado en los artículos 77-A a 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales, de lo contrario, debe obedecerse lo preceptuado en el art. 3 CPCM y respetar el carácter imperativo de las normas procesales - y procedimientales - establecidas.

11. Lo antes citado me lleva a considerar que, con relación a los reclamos de nulidad absoluta de actos que ya se encontraban firmes, antes del catorce de febrero de este año, el legislador efectivamente dispuso de un mecanismo de tutela no judicial que se encuentra contenido en la actual LPA en su artículo 118 y que, antes de su vigencia, se desarrolló en el artículo 3 de las DTPARAP, dispositivo cuya resolución, además, habilita un nuevo plazo de sesenta días para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

Se advierte del texto inciso 3 del artículo 3 DTPARAP, aplicable al caso que ahí se encuentra contenido el mecanismo habilitador para aquellas pretensiones que se encuentren fuera del plazo de 60 días establecido en la LJCA vigente:

"El interesado podrá solicitar la revocatoria de los actos administrativos ***en cualquier tiempo en los supuestos de nulidad absoluta****, pero* ***en los casos de nulidad relativa solo podrá hacerlo mediante la interposición de los recursos*** *a los que se refiere el artículo 2 de este decreto."*

Lo precedente implica que, aunque no se hayan interpuesto recursos administrativos preceptivos, ni se haya incoado la demanda en la vía judicial dentro de los sesenta días estimados en el artículo 25 letra "a" de la actual LJCA, podrán deducirse las pretensiones de nulidad de pleno derecho de actos firmes pese a la ausencia de excepciones en la LJCA mediante esta vía.

Por el contrario, no significa que sea *exigible* el que primero se pida la nulidad de pleno derecho a la administración **en los casos en que aún se encuentre vigente el plazo** de sesenta días para acceder al proceso contencioso administrativo, pues en estas ocasiones, puede acudirse directamente a la tutela jurisdiccional.

El artículo 3 DTPARAP, en sus incisos 1 y 2 se refiere a los actos administrativos tanto favorables como desfavorables, por lo que, la habilitación que contiene el tercer inciso de esa disposición le es aplicable tanto a unos como a otros, sin distinción.

A partir del catorce de febrero de este año entró en vigencia la LPA que también contiene un artículo que establece los vicios insubsanables, que es el art. 36 en cuyo primer inciso se desarrolla la lista taxativa de causas por las cuales se estima nulo de pleno derecho un acto administrativo y cuyo inciso segundo contiene la siguiente admonición:

"Los actos viciados de nulidad absoluta o de pleno derecho, no se podrán sanear ni convalidar."

Esta regla de imprescriptibilidad no hace distinción entre actos favorables o actos desfavorables al administrado, por lo que debe entenderse que independientemente de a quien perjudique el acto o a quien favorezca, si adolece de vicio de nulidad de pleno derecho, no es factible su convalidación o saneamiento.

Tal regla debe tenerse en cuenta al examinar el art. 118 LPA que se refiere a la "revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho" porque, en el texto de su primer inciso aparentemente se limitó la imprescriptibilidad de la pretensión en sede administrativa a los actos favorables, así:

"La Administración Pública, en cualquier momento, por iniciativa propia o a instancia de interesado, podrá en la vía administrativa declarar la nulidad de los actos favorables que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, cuando adolezcan de un vicio calificado como nulidad absoluta o de pleno derecho, en los términos establecidos por esta ley."

Empero, estimo que, en esencia, el legislador se preocupó de enfatizar que cuando adolecen de nulidades de pleno derecho, los actos favorables, que antes solo podían revocarse en sede judicial, previa declaratoria de lesividad; ahora pueden ser revisados ante la propia Administración ya sea de oficio o a petición de parte y pueden revocarse en dicha sede.

Lo precedente no significa que de los actos desfavorables que sean nulos de pleno derecho no exista alguna vía para revocarlos fuera del plazo ordinario de los recursos administrativos o de los sesenta días habilitados para promover la acción judicial directamente contra ellos, por cuanto son actos que la Administración ha podido revocar en todo tiempo desde siempre y es la potestad que se le reconoce en el art. 121 LPA.

De una primera lectura pareciera que se hubiera dejado por fuera la potestad de revocar los actos desfavorables a petición del interesado, sin embargo, tal interpretación no sería consecuente con la igualdad en la ley, de consagración constitucional, como tampoco lo sería con el derecho a una buena administración, en particular a la equidad, según se otorga en el art. 16 LPA. Más aún, si se interpreta el art. 118 LPA considerando que solo los actos favorables nulos de pleno derecho son insubsanables, se introduce una distinción que no existe en el art. 36 LPA y que crearía una situación de marcada desigualdad entre los administrados a quienes la administración favorece y aquellos a quienes perjudica, lo cual francamente plantea un contrasentido a la labor de toda la jurisdicción contencioso administrativa cuyo fundamento axiológico es vigilar la legalidad de los actos de la Administración, es decir, que proporciona un servicio de tutela de los derechos de los administrados, no de la Administración.

Es importante advertir que es casi imposible encontrar un supuesto en que el administrado impugne un acto que le favorece; por otro lado no es dable pensar que la base para la nulidad de los actos desfavorables solo lo sea el art. 121 LPA pues este sólo refiere a la nulidad de oficio, sin instancia de parte, y además lo limita a que *"no constituya dispensa o exención no permitida por la ley, o sea contraria al principio de igualdad o al interés público",* limitantes que no pueden aplicarse a plenitud cuando se declara a petición de parte.

En consecuencia, solo puede interpretarse la norma en sentido apegado a la Constitución y ontológicamente sostenible respecto de la jurisdicción contencioso administrativa estimando incluidos en ella tanto los actos favorables como los desfavorables.

Entendida de esa manera la norma, se conserva la idea de la imprescriptibilidad administrativa de la impugnación de actos nulos de pleno derecho y, a la vez, se crea una oportunidad extraordinaria de impugnarlos en la jurisdicción contencioso administrativa, a partir del plazo habilitado para impugnar el resultado del procedimiento contenido en el art. 119 LPA.

Nótese que esto significa que, aunque el vicio sea insubsanable, no hay una habilitación permanente para acceder al proceso contencioso administrativo como existía con fundamento en el art. 7 de la LJCA derogada, en la configuración actual el control jurisdiccional de la ilegalidad de un acto por vicio de nulidad absoluta (las nulidades de pleno derecho) solo puede realizarse en las siguientes oportunidades: (a) dentro del plazo de sesenta días establecido en el art. 25 LJCA desde la notificación o publicación del acto administrativo; (b) dentro del plazo de sesenta días a partir de la notificación de lo resuelto en el procedimiento de "**revisión por razones de legitimidad**" - ya sea en aplicación del art. 3 de las

DTPARAP como en el presente caso, o el de "revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho" contenido en el art. 118 LPA - sin distinguir entre actos favorables o desfavorables, atendiendo tan solo a si se impugnan por una pretendida nulidad de pleno derecho; y (c) en revisión de sentencia firme de conformidad con los artículos 14 inciso 1 letra "g" e inciso 2 LJCA vigente y 541 CPCM pero solamente en los casos del vicio establecido en el art. 36 letra "e" de la LPA - o artículo 1 letra "d" de las DTPARAP – que coincidan con los supuestos regulados en los ordinales 2º al 4º de dicha disposición supletoria.

Esto parece contrastar con la idea de "imprescriptibilidad" para atacar los vicios insubsanables, sin embargo, es una limitación aceptada en todos los procesos de las otras materias en los que también existen vicios insubsanables, por cuanto hay una colisión entre los principios de justicia y seguridad jurídica materializada en la certeza en el derecho y la firmeza de los actos no impugnados, lo que requiere como solución un equilibrio que proteja adecuadamente ambos principios. Esto se logra al limitar el acceso a la tutela judicial pero establecer un procedimiento especial mediante la "revisión por razones de legitimidad", en la vía administrativa que puede ser activada por el interesado o puede serlo de oficio ***en todo tiempo*** y habilita una oportunidad excepcional para acceder a la tutela jurisdiccional.

En consecuencia, se colige que la "imprescriptibilidad" opera en sede administrativa pero no en la jurisdicción contencioso administrativa. La revisión la puede pedir el interesado o realizarla la Administración *en todo tiempo* pero la promoción de la acción contencioso administrativa sólo puede ejercerse en las oportunidades procesales mencionadas supra."

EN LA LJCA VIGENTE NO SE HABILITA ACCESO ILIMITADO AL PROCESO, CUALQUIER PRETENSIÓN CONTRA UN ACTO ADMINISTRATIVO DEBE RESPETARSE EL PLAZO DE SESENTA DÍAS INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO DE LA SUPUESTA ILEGALIDAD

"12. En similar sentido se ha desarrollado el derecho y la jurisprudencia comparada, en especial la española que analizan la revisión - de oficio o por instancia del interesado - de las nulidades de pleno derecho que se regula **en el artículo 106 de la ley 39/2015 o Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas** (LPAC), respecto de la cual comenta José Francisco Alenza García:

"Actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo.

Con este doble requisito, la LPAC refleja el carácter excepcional de la revisión de oficio y su naturaleza subordinada a las vías ordinarias de recurso en vía administrativa. Esto significa que mientras exista la posibilidad de impugnar en vía administrativa un acto nulo de pleno derecho no puede acudirse - ni los interesados, ni tampoco la Administración - a la revisión de oficio.

Nótese que la ley no exige la firmeza del acto, puesto que, aunque así parece indicarlo la segunda de las circunstancias (que el acto no haya sido recurrido en plazo), la primera de las condiciones no impide que la vía del recurso conten-

cioso esté abierta. Lo que sí puede entenderse es que el acto debe ser firme en vía administrativa. Sea como fuere, las posibilidades son dos:

a) No interposición en plazo del recurso pertinente. ***Cuando el acto no ha sido recurrido en plazo - ya sea en vía administrativa, ya sea en vía judicial - la única manera de revisar un acto nulo de pleno derecho es la revisión de oficio.*** *Recuérdese que, como* ***reiteradamente*** *ha establecido la jurisprudencia, "la finalidad que está llamada* [sic] *a cumplir el artículo 102 de la Ley 30/1992 es facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva" [STST de 26 de noviembre de 2010 (RJ2011, 1019)].*

Son por ello frecuentes las sentencias en que se admite con normalidad las revisiones de oficio rogadas después de que los interesados no hubieran interpuesto en plazo los recursos ordinarios procedentes".

b) Revisión de actos que han puesto fin a la vía administrativa. La LPAC permite revisar los actos que hayan puesto fin a la vía administrativa, sin añadir ningún requisito adicional sobre la eventual impugnación en vía contencioso administrativa. En este caso, como advirtió González Pérez - tendríamos tres situaciones posibles:

• Que ***el acto no sea recurrido en plazo ante la jurisdicción contencioso administrativa****. En este supuesto, el acto sería firme y* ***la única forma de invalidarlo*** *sería a través de la revisión de oficio.*

[…] cabe advertir en este momento, que la ***imprescriptibilidad de acción administrativa de nulidad reconocida a los interesados no es trasladable al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.*** *Cabría pensar que, dado que la nulidad absoluta es imprescriptible y que por eso la acción de nulidad puede ejercitarse "en cualquier momento", se podría eludir el plazo procesal de dos meses establecido en la LJCA para la interposición de un recurso contencioso administrativo contra la inadmisión o la desestimación de la acción de nulidad.*

Es cierto que, como reconoció la STS de 14 de abril de 2011 (RJ 2011, 3526) inicialmente hubo una doctrina jurisprudencial minoritaria que sostuvo la inexigibilidad del plazo por la existencia de un "principio general de ineficacia insubsanable de los actos nulos de pleno derecho".

Sin embargo, esa doctrina no se consolidó y ***fue ampliamente superada por la que afirma que lo que no está sometido a plazo es el ejercicio de la acción de nulidad en vía administrativa****, pero no la impugnación judicial de un acto (tanto del acto nulo como, en su caso, de la resolución administrativa resolutoria de la acción de nulidad).*

Una muestra de esta doctrina se recoge en la SATS de 13 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6566) que, tras recordar que hubo diferentes respuestas ante el problema, finalmente la doctrina mayoritaria que se impuso es la que resume del siguiente modo:

*"****La imprescriptibilidad*** *de la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciadas de nulidad radical,* ***solo se produce*** *en el ejercicio de la acción prevista en el art. 109 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo*

(hoy art. 102 de la LRJPAC), ***cuando se ejercita ante la propia Administración****, ya que puede serlo "en cualquier momento****", por el contrario en el caso de acciones jurisdiccionales el recurrente ha de someterse a los plazos procesales correspondientes****, ya ejercite directamente la acción de nulidad ante los tribunales,* ***ya acuda a ellos contra la resolución denegatoria de la Administración a quien se reclamó que la declarara****"*

No hay duda, por tanto, de que "el plazo procesal de dos meses previsto en el artículo 46.1 de la LJCA resulta de aplicación cuando se invoca una causa de nulidad plena" y de que "la dispensa de plazo afecta la acción de nulidad en vía administrativa (…) pero no a su impugnación ante esta jurisdicción del acto de aprobación cuya legalidad se cuestiona".» [*Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*. Thomson-Reuters- Editorial Aranzadi, 2018. Pamplona, pp. 54-61] [Resaltado suplido.]

Refiriéndose a esta línea jurisprudencial (anterior a la ley 39/2015 pero ya relacionada con el deber de cumplir los plazos procesales) ha sostenido Javier García Luengo que:

«Dado el carácter mayoritario de esta línea jurisprudencial deben destacarse algunas de las consideraciones con las que el Tribunal Supremo acompaña a este tipo de fallos:

En primer lugar, es especialmente importante destacar que en estas sentencias se suele aludir a la posibilidad de que el interesado interponga la acción de nulidad del artículo 102 LPC y sólo tras la desestimación (hoy también tras la inadmisión) de la misma procedería acudir en plazo ante la jurisdicción contenciosa. Argumento que puede efectivamente ser empleado a la hora de destacar que nuestro sistema no requiere una alteración del esquema admisibilidad/fondo para hacer valer el carácter de vicios de orden público que tienen las causas de nulidad de pleno derecho en nuestro sistema.

Pero al mismo tiempo esta misma jurisprudencia insiste en la necesidad de que una vez que la Administración desestime o inadmita la pretensión de declarar la nulidad el ciudadano debe acudir a la vía contenciosa dentro del plazo.

La consecuencia fundamental de esta afirmación es que nuestro sistema solo reconoce una acción de nulidad en vía administrativa y la revisión judicial de un acto nulo fuera del plazo de impugnación propio de los actos anulables sólo se obtiene mediante un proceso basado en la revisión del acto presunto o expreso por el que se inadmite o se desestima la acción administrativa de nulidad. Proceso revisor que se somete a las reglas propias de los actos anulables…» [*La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Thomson Reuters- Editorial Civitas, 2002 págs. 283-284

13. En resumen:

(i) De la integración entre la LJCA y las DTPARAP se extrae que en el actual proceso contencioso administrativo no existe distinción entre las pretensiones que se dirimen por ilegalidad de un acto que tiene un vicio relativo y las que tienen a la base una nulidad de pleno derecho, en general, se trate de una nulidad relativa o una absoluta, el acto se ataca mediante una pretensión de ilegalidad.

(ii) Asimismo, en la LJCA vigente no se habilita el acceso ilimitado al proceso ni siquiera cuando se procure entablar una acción contra un acto por estimar que en él concurre un vicio de nulidad absoluta, sino que, para cualquier pre-

tensión contra un acto administrativo, debe respetarse el plazo de sesenta días que establece el artículo 25 LJCA independientemente del motivo de la supuesta ilegalidad.

(iii) Existe un mecanismo de protección en las DTPARAP denominado revocatoria por razones de legitimidad que constituye una forma de protección no judicial de derechos mediante la habilitación de la autotutela de la administración al permitirle revocar los actos nulos de pleno derecho, ya sea de manera oficiosa o a petición de parte, con lo cual no puede predicarse que su titularidad sea exclusiva de la Administración.

Vinculado con ello, la legislación reconoce la "imprescriptibilidad" de la posibilidad de revisión de los actos administrativos nulos de pleno derecho; pero la misma ***solo tiene efecto en sede administrativa***, independientemente de que se esté aplicando el artículo 3 DTPARAP o los artículos 36 y 118 de la LPA, de ahí que, ya sea de oficio ***o a petición de parte*** se pueda revisar el acto por el titular o el superior jerárquico de la propia administración que dictó el acto "***en todo tiempo***".

(iv) La única forma de habilitar vía impugnativa de un acto nulo de pleno derecho una vez que ha transcurrido el plazo legal para promover la acción en sede contencioso administrativa contra el acto de manera directa es acudir a la **"revisión por razones de legitimidad**" ante la Administración, pues la decisión que ella emita habilitará un nuevo plazo de sesenta días en el cual podrá impugnarse en la vía contencioso administrativa. En ese sentido, acudir al mecanismo de protección no jurisdiccional para los actos que ya son administrativamente firmes porque no se agotó la vía administrativa en plazo o no fueron demandados judicialmente, se convierte en un requisito previo de procesabilidad pues solo así se habilita la nueva oportunidad temporal de acceso a la protección jurisdiccional.

(v) Este diseño de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa es elección del legislador, de modo que no puede obviarse por preferencia del aplicador de justicia, solo podría dejar de cumplirse con el mismo mediante la inaplicación del art. 3 de las DTPARAP fundada en alguna incompatibilidad con la Constitución.

(vi) En el marco de la presente apelación se advierte que llevan razón las Magistradas de la Cámara de lo Contencioso Administrativo, aunque se matiza que el uso de la vía administrativa de control no constituye el ejercicio de "recursos" administrativos preceptivos, por ende no se trata de un "agotamiento de vía administrativa" como tal. Empero, la improponibilidad de la demanda por haberse acudido a vía procesal inidónea no constituye un impedimento para plantear posteriormente la pretensión, por cuanto simplemente se requiere que los apelantes acudan a solicitar la revisión ante el superior jerárquico de quien dictó el acto supuestamente nulo – como en este caso se trata del Director, debe acudirse ante el Consejo Directivo de Aviación Civil – y de lo que éste resuelva se habilitará el plazo de sesenta días para promover la acción contencioso administrativa.

Por lo antecedente no comparto la decisión de mayoría y estimo que debe confirmarse la resolución venida en apelación."

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 16-19-RA-SCA, fecha de la resolución: 18/11/2019

ÍNDICE
LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 2019

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aplicada:
D. L. N° 81 del 19 de Diciembre de 1978 - DEROGADA

Acto de liquidación 1

Bases para la liquidación de oficio 1

Se advierte que el fundamento de la base cierta, es que la administración para liquidar de oficio tome en cuenta los elementos existentes que permitan conocer en forma directa el hecho generador y la cuantía del mismo 2

Que la administración tributaria haya realizado cruce de información con terceros, no significa que esté utilizando automáticamente base mixta 3

Actos administrativos favorables 4

La administración solamente puede revocarlos por los cauces legalmente establecidos. 4

La revocación oficiosa, sin la habilitación legal y expresa, vuelve el acto administrativo nulo de pleno derecho 6

Actos políticos 7

Caracteres importantes 7

El nombramiento para integrar el Tribunal de Selección para el Ascenso a General de Brigada, no es un acto de naturaleza política. 7

Agentes de la Policía Nacional Civil 8

La ruptura del vínculo laboral debe realizarse a través del procedimiento establecido que garantice el derecho de audiencia y defensa 8

Ampliación de la demanda contencioso administrativo 9

No es posible al haber precluido la oportunidad de esgrimir argumentos de derecho contra el acto impugnado 9

Asociaciones y fundaciones sin fines de lucro..... 10

El reconocimiento de asociación y fundación sin fines de lucro no trae automáticamente aparejada la exención, exclusión o trato preferente en materia de tributos..... 10

No existe disposición que expresamente excluya a las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro del pago del impuesto del IVA, en caso que realice compraventas de bienes..... 11

Auditores..... 13

Para ejercer la facultad de fiscalización, según lo señalado en el artículo 174 del Código Tributario, la administración tributaria contará con un cuerpo de auditores..... 13

Tipos de obligaciones que se originan de la relación jurídica tributaria 13

No existe el vicio de ilegalidad alegado, consistente en el exceso de ejercicio de facultades por los auditores designados por la administración tributaria. 14

Autorización y concesión de servicio público 16

Jurisprudencia constitucional 16

Caducidad 19

Figura jurídica de naturaleza netamente adjetiva 19

Situaciones en las que deriva la aplicación de la prescripción y la caducidad dentro de un procedimiento administrativo sancionador 20

Caducidad de la fiscalización..... 23

Las facultades de la administración tributaria están sujetas a un plazo de caducidad de tres o cinco años, dependiendo del caso..... 23

Reinicio del plazo 24

Procede declarar la ilegalidad del acto administrativo, al no reunir las condiciones para reiniciar el cómputo del plazo de caducidad 26

Caducidad de los contratos administrativos..... 27

La potestad para declarar la caducidad de un contrato corresponde al órgano administrativo contratante, quien podrá ejercitarla respetando, naturalmente, los principios constitucionales del debido procedimiento 27

Ministro de Justicia y Seguridad Pública es el competente para declarar la caducidad del contrato..... 28

No debe confundirse el vencimiento del plazo contractual con la cesación de los efectos del contrato, puesto que esta figura opera como causa de extinción del contrato..... 29

Características especiales y formas de terminación de los contratos administrativos 31

Cuando el incumplimiento es imputable de forma certera al contratista podrá declararse la caducidad del contrato 32

Caducidad de los contratos 33

Naturaleza y finalidad..... 33

Carrera policial 34

Exigencias del principio de tipicidad..... 34

Características intrínsecas de la labor policial 34

Procede declarar la ilegalidad del acto administrativo porque la conducta atribuida al infractor no se adecua a la tipificación realizada 36

Certificados de inversión previsional..... 38

Información referida reviste un interés público..... 38

Compensación 41

Compensación como modo de extinción de las obligaciones tributarias..... 41

Requisitos de procesabilidad de la compensación 42

Competencia..... 42

Elemento esencial de todo acto administrativo que condiciona su validez..... 42

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..... 43

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..... 43

El cambio jurisprudencial radica en que no sólo por el hecho que en la ley de creación de la Dirección General de la Renta de Aduanas, al momento de emitirse el auto de designación no se encontraba establecida la facultad de fiscalización del director de la institución, significa que no tenía dicha facultad y que los actos impugnados son ilegales como se argumentó..... 45

Conceptos jurídicos indeterminados 46

La gravedad es un elemento especial configurado en un concepto jurídico no determinado, pero determinable..... 46

El hecho que un empleado subvierta el orden dentro de su lugar de trabajo, haciendo uso de agresiones verbales y amenazas, constituye un hecho de gravedad..... 48

Conflictos normativos..... 49

Definición según la doctrina 49

En caso de contradicción entre una normativa regional y la nacional, prevalece la disposiciones regionales, para este caso específicamente las establecidas en el CAUCA y RECAUCA, ante la legislación nacional 49

Contratos a plazo 53

Desnaturalización de la protección a la estabilidad laboral 53

La decisión del Director General de Policía Nacional Civil, de no renovar el contrato, violentó la garantía de audiencia reconocida en el artículo 11 de la Constitución 55

Contratos administrativos 56

Características especiales 56

Prerrogativas de la decisión unilateral concedidas a la administración pública 56

Convenios o tratados celebrados entre el Estado y un organismo internacional 57

Las adquisiciones y contrataciones excluidas de la LACAP, cuando el convenio así lo determine 57

Causales de extinción de los contratos regulados por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública 58

Causales para declarar la caducidad del contrato 58

Vulneración al derecho de defensa, ante la ausencia de procedimiento para dar por establecidos los incumplimientos contractuales atribuidos al contratista 59

Cruz Roja Salvadoreña 61

Es una organización no gubernamental, ajena a cualquier estructura administrativa y laboral del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social 61

Las personas que mantienen relación laboral con la Cruz Roja Salvadoreña no son empleados públicos o funcionarios del Ministerio de Salud, por lo tanto la seccional sindical es ilegal 63

Debido proceso 64

La omisión de las formas sólo acarrea ilegalidad cuando la vulneración impide que el acto alcance su fin..... 64

Los vicios sólo acarrean la ilegalidad del acto definitivo 64

Vulneración al debido proceso, ante la omisión del término probatorio en el procedimiento de extinción de la relación contractual 65

Declaraciones ante notarios..... 66

Fuerza probatoria de los instrumentos notariales 66

Las declaraciones juradas que se rinden ante notario no son formas reguladas en el Pr. C para la introducción de prueba testimonial, ni cumplen con las exigencias legales de oportunidad de contradicción 67

Defensoría de Protección al Consumidor..... 69

Delegación de competencia 69

La falta de competencia material para realizar las inspecciones por parte del personal de la Defensoría de Protección al Consumidor vicia, por ser su consecuencia, los actos de imposición de multas 70

Delegación de competencia 72

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 72

Violación al principio de legalidad, al realizar la delegación del ejercicio de la función fiscalizadora sin estar facultado para ello 73

Delegación de firma 73

Mecanismo que coadyuva a descargar únicamente la suscripción de resoluciones que han sido emitidas en su contenido por el titular de las atribuciones legales 73

Derecho a la intimidad 75

Como derecho fundamental busca la protección a un espacio privado intocable, íntimo 75

Las personas jurídicas, en los términos desarrollados por la LAIP, tienen derecho a cierta privacidad, esta privacidad de información no es equiparable a la intimidad de una persona natural 77

Derecho de acceso a la información pública..... 78

Acceso a la información pública es un derecho fundamental 78

La información en poder de los entes obligados es pública, por lo cual su difusión debe ser irrestricta, con la salvedad de las excepciones establecidas por la ley..... 79

Derecho de ascenso..... 81

Oportunidad de los trabajadores para ocupar plazas en categorías superiores, puede otorgarse si se han cumplido todos los requisitos desarrollados por la normativa aplicable..... 81

Los resultados de las evaluaciones condujeron a la administración pública a no seleccionar al demandante para optar al grado de subinspector; en consecuencia, no se advierte la violación al derecho de ascenso..... 82

Derecho de libre disposición de los bienes..... 84

El registrador de la propiedad raíz e hipotecas sólo puede requerir documentación cuando así se lo exija el ordenamiento positivo 84

No existe la obligación de pedir la ficha catastral en trámites referidos a inscripción de gravámenes sobre inmuebles 85

Exceso de límites jurídicos de la facultad administrativa de la registradora auxiliar y directora general del CNR 85

Derecho de propiedad..... 87

Alcance..... 87

Los tributos por su naturaleza y finalidad constituyen un límite al derecho de propiedad 87

Las sanciones en relación a las obligaciones formales contemplan atenuantes en caso de subsanar dichos incumplimientos, con el afán de respetar las disposiciones constitucionales y los derechos del contribuyente..... 88

Devolución del excedente del impuesto sobre la renta..... 90

Procedimiento especialísimo que tiene como finalidad determinar si procede o no el derecho a la devolución..... 90

Directivo sindical..... 94

Para ser constitucionalmente válida una supresión de plaza, se requiere, entre otros requisitos, levantar el fuero sindical..... 94

Elección del Decano y Vicedecano de la Universidad de El Salvador... 97

Normativa aplicable al proceso de elección..... 97

El acto originario impugnado adolece de un vicio de nulidad relativa.... 98

Empleados consulares 99

Miembros del servicio exterior excluidos de la carrera administrativa, por la naturaleza de sus funciones..... 99

La potestad sancionatoria de la Ley Orgánica del Servicio Consular de la República de El Salvador, conferida al Ministro de Relaciones Exteriores, es para sancionar a los *funcionarios consulares*, no así a los *empleados consulares*..... 99

Procedimiento para la destitución de asistente administrativo..... 100

Procede la declaratoria de nulidad de pleno derecho, ante la omisión del procedimiento legal establecido para la imposición de una sanción a empleados consulares..... 101

Empleados de confianza..... 101

Característica de los cargos de confianza 101

Las funciones del jurídico son actividades generales, técnicas y operativas inherentes al cargo, no tiene amplio margen de toma de decisiones 103

Los actos emitidos devienen en ilegales por violación al debido proceso, al no haberle dado el trámite correspondiente a la demanda de nulidad de despido 104

Esquelas de infracción 106

Constituye un documento con valor probatorio 106

Estado de cuenta 107

Se instituye como verdadero acto administrativo de determinación tributaria 107

La fase de determinación oficiosa del tributo municipal o *«procedimiento para la determinación de oficio»*, como lo denomina el artículo 106 de la LGTM, constituye una etapa contradictoria 109

La omisión total del procedimiento para la determinación de oficio, torna *nulo de pleno derecho* el acto administrativo impugnado 111

Expropiación 111

Es cuando la administración pública, en ciertos casos puede limitar el derecho de la propiedad particular, para el provecho del interés general o la consecución de los fines del Estado 111

Los inmuebles que adquiera el Estado, sean de forma voluntaria o forzosa, deberán inscribirse en los registros correspondientes a favor del Estado 112

Fiscal General de la República 113

Sala debe comunicarle la existencia de procesos contenciosos administrativos 113

Su intervención se limita a emitir opinión técnico jurídica en relación a los argumentos de las partes, no es vinculante para la decisión 113

Información confidencial 115

Requisitos 115

Inscripción de junta directiva sindical 115

Organismo competente para la inscripción o registro de organizaciones sindicales 115

Inscribir una nómina de junta directiva sindical corresponde por ley a la Dirección General de Trabajo, a su director, y no al jefe del Departamento Nacional de Organizaciones Sociales 117

Los actos que se emitan por acuerdo de delegación han de ser suscritos por el órgano delegatario; de no existir acuerdo de delegación, los actos administrativos deberán ser suscritos por el órgano titular de la competencia 118

Alcances del principio de regresión procesal frente a la nulidad relativa 119

Instituto de Acceso a la Información Pública 120

No puede exigir la entrega de una información que no se encuentra bajo custodia, que no se posee materialmente 120

Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos 121

Sujeción como entidad autónoma a la Ley de Acceso a la Información Pública 121

La información que resguarden los entes obligados en el desempeño de sus funciones institucionales debe ponerse a disposición del público 123

La información confidencial es una de las excepciones a la publicidad irrestricta 124

La información relativa a la respectiva emisión de los CIP´S, no es confidencial 125

Justo impedimento..... 126

Existe cuando por caso fortuito o fuerza mayor no se ha cumplido una obligación 126

El justo impedimento por fuerza mayor no puede fundamentarse en inseguridad jurídica ocasionada por el mismo sujeto obligado 127

Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos 129

Objeto..... 129

Esta ley al ser de naturaleza administrativa sancionadora, habrá de integrarse sistemáticamente a la LACAP en lo que a procedimientos sancionatorios compete 131

Licitación pública 131

Durante la sustanciación del procedimiento licitatorio debe mantenerse un trato igualitario entre los oferentes, la administración pública debe buscar la concurrencia de la mayor cantidad de ofertas en beneficio del interés público 131

La administración en vía de recurso validó un documento que las mismas bases de licitación habían calificado como no subsanable, por lo que la decisión de la autoridad demandada de revocar la adjudicación, es ilegal. 132

Métodos alternativos de resolución de conflictos 134

Arreglo directo y arbitraje 134

Ninguna de las partes optó por hacer uso del arreglo directo..... 134

Multas por mora..... 135

Finalidad..... 135

Multas 135

Procede imposición, ante la presentación por parte del contribuyente de una declaración de renta incorrecta 135

Los contribuyentes que tengan por actividad la construcción de inmuebles tienen la obligación de llevar registros de control de inventarios 136

Noticias periodísticas 137

Bajo el formato que sea, no pueden constituir verdaderos actos de notificación revestidos con las garantías mínimas que el ordenamiento jurídico exige 137

Nulidad de pleno derecho 140

Ante ausencia de procedimiento determinado por la ley, la autoridad demandada tiene la obligación de configurar un procedimiento ad hoc 140

La falta de procedimiento previo y la emisión de un acto administrativo desfavorable da como resultado una nulidad de pleno derecho del acto administrativo 141

El acto administrativo nulo de pleno derecho es aquel acto defectuoso que carece de un elemento esencial o fundamental; o bien presenta un vicio tan grave, que condiciona su validez 142

Diferencias entre nulidad de pleno derecho y vía de hecho 143

La falta de un ordenamiento que regule de forma expresa tal categoría no exime la obligación de analizarla y calificarla 143

Casos en que los actos administrativos incurren en nulidad de pleno derecho 144

Orden de compra 146

Documento que emite la institución contratante y regula la relación entre un contratista y la administración pública, en el proceso de adquisiciones de bienes y servicios, por la vía de la libre gestión 146

Plazo para interponer la demanda 146

Si la demanda se presenta fuera del plazo, se declara improponible por extemporánea 146

Prescripción de la acción sancionatoria 147

Cada procedimiento administrativo o la ejecución de las decisiones pueden estar sometidas a la caducidad o prescripción en la configuración de la sanción y su cumplimiento forzoso 147

La imposición de una sanción excediendo del término de la prescripción de la acción o de la ejecución de la sanción, carecería de fundamento normativo que le brinde contenido de legalidad 147

Prescripción declarativa 148

Se configura como un límite al ejercicio del ius puniendi estatal, de forma que, transcurrido el plazo previsto en la ley no se puede iniciar la persecución pública o iniciado no se haya concluido el procedimiento 149

Diferencia entre prescripción de la auto-tutela declarativa y caducidad del procedimiento 149

Vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica al iniciar el procedimiento administrativo sancionador cuando ya había prescrito el inicio de la acción 150

Prescripción de las obligaciones tributarias 151

La facultad de la administración tributaria municipal para determinar la obligación tributaria prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente al día en que concluya el plazo dentro del cual debió pagarse 151

Procede declarar la ilegalidad del acto, por haber transcurrido el plazo determinado en la ley para tener por prescrita la facultad de determinación oficiosa de los tributos 152

Prescripción 153

Figura jurídica que limita a la administración pública para incoar la acción que inicia un procedimiento o ejecutar la sanción impuesta 153

Diferencia entre prescripción y caducidad 154

Procede declarar la ilegalidad del acto por haber transcurrido el plazo determinado en la ley para tener por prescrita la acción 155

Principio de congruencia..... 156

Inexistencia de violación 156

Posee su flexibilización en el procedimiento administrativo..... 157

Incongruencia omisiva o ex silentio..... 157

Vulneración al emitir actos administrativos omitiendo resolver todos los recursos de apelación interpuestos 158

Principio de culpabilidad..... 159

Sólo podrá sancionarse por hechos constitutivos de infracción administrativa a las personas que resulten responsables de las mismas 159

Principio de responsabilidad personal 161

Sólo podrá sancionarse por hechos constitutivos de infracción administrativa a las personas que resulten responsables de las mismas 161

En el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta sea antijurídica y típica, sino que también es necesario que sea culpable, como en todo procedimiento debe probarse no asumirse..... 162

Principio de tipicidad 164

La parte objetiva del tipo es el aspecto externo de la conducta, se trata del hecho descrito en la norma y cuya trasgresión acarrea la consecuencia jurídica sancionatoria 164

Principio de verdad material 165

La administración siempre debe buscar la verdad sustancial como mecanismo para satisfacer el interés público 165

El jefe de la Unidad de Procedimientos Legales de Tránsito está habilitado para incorporar al procedimiento administrativo, de manera oficiosa, todo elemento de prueba que permitiese arribar con certeza a la verdad de los hechos investigados 165

Principio nec reformatio in peius..... 166

La administración pública está impedida para resolver recursos administrativos al margen de lo solicitado 166

Vulneración del principio *nec reformatio in peius* respecto la sanción impuesta..... 168

Procedimiento administrativo sancionador de inhabilitación 168

Finalidad..... 168

Procedimiento sancionador 169

Al no contar con otra ley de carácter general administrativa que regule con la suficiente especificidad la figura de la caducidad dentro del procedimiento sancionador, es necesario darle contenido a esta laguna normativa, tomando como parámetro general el derecho procesal penal ... 169

Actuación relevante en el derecho administrativo sancionador 169

Vulneración al principio de seguridad jurídica..... 170

Proceso de lesividad..... 171

Consideración jurisprudencial sobre la figura de la “autorización” y la “concesión de servicio público” 171

La administración solamente puede revocar un acto administrativo favorable por los cauces legalmente establecidas..... 172

Un acto administrativo favorable puede ser revocado, previo proceso de lesividad, cuando se trate de causas diferentes a las establecidas de manera expresa en la ley..... 173

Procede declarar la ilegalidad, ante la ausencia del proceso de lesividad 173

Recurso de apelación ante el Ministerio de Trabajo y Previsión Social 175

Plazo para la interposición del recurso 175

Si en un cuerpo normativo se encuentran disposiciones de contenido procedimental que atañen a un mismo supuesto, con identidad de razón, procede la integración jurídica por analogía 176

El plazo para apelar de los procedimientos sancionadores tramitados por el Ministerio de Trabajo se cuenta en días hábiles 176

Recurso de revisión 177

Es importante entregar a la parte contraria una copia del escrito del recurso de revisión 177

El Tribunal de Servicio Civil debe brindar la oportunidad al recurrido de controvertir los argumentos expresados por el recurrente, al no hacerlo se traduce el acto impugnado en ilegal 178

Relación laboral 179

Elementos constitutivos y característicos 179

Renuncia a la pretensión 180

Requisitos subjetivos y objetivos de procesabilidad 180

Costas procesales 180

Representante legal 182

Al finalizar el período del administrador o junta directiva de una sociedad, mientras continúe en el tráfico jurídico, y no se nombre nueva representación legal debe ser ejercida por las personas que ostentaron tales cargos 182

La consecuencia derivada del incumplimiento de la obligación de nombrar a los administradores se limita a la modificación de la naturaleza de la responsabilidad de los accionistas, sin que se extienda a la acefalía de la sociedad o la terminación de los mandatos que confiere 184

Sala de lo Contencioso Administrativo 185

No tiene competencia para conocer de los procedimientos de autorización de despido de la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa 185

La evidente falta de competencia para conocer de los actos impugnados, vuelve procedente declarar improponible la pretensión incoada.... 186

Servidores públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa 187

Sólo podrán ser despedidos o destituidos de sus puestos de trabajo mediante la tramitación del procedimiento establecido en la ley correspondiente 187

Procedimiento de autorización de despido comprendido en la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no Comprendidos en la Carrera Administrativa..... 188

Servidores públicos 188

Los contratos a plazo que se realizan entre la administración pública y las personas naturales para cumplir puestos permanentes, constituyen un fraude de ley..... 188

Cuando un empleado ha sido contratado por contrato de servicios personales del art. 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos, pero desempeña servicios de carácter permanente, está dentro de la carrera administrativa 190

Sindicatos 191

Regulación 191

Toda expulsión de una persona afiliada a un sindicato debe estar fundada en las causas previstas en sus estatutos..... 192

Una organización sindical puede cometer determinadas infracciones al Código de Trabajo y, por ello, ser objeto de sanciones 192

El Ministerio de Trabajo y Previsión Social posee la potestad administrativa para verificar los requisitos establecidos en torno a la expulsión de un miembro sindical..... 193

Subsidio al gas licuado..... 196

Finalidad..... 196

Sistema de precios de paridad de importación 197

Consumo doméstico, presupuesto esencial de procedencia del subsidio 198

Supresión de plazas..... 200

La jurisprudencia constitucional establece como condición indispensable para suprimir una plaza demostrar la innecesaridad de la misma 200

En la Ley de la Carrera Administrativa Municipal se reconocen los derechos de reubicación y de indemnización 201

Ilegalidad del acto impugnado 201

Técnica autorizatoria..... 203

Actividad administrativa mediante la cual la administración pública, habilita o no, el derecho del administrado para desarrollar determinada actividad bajo un criterio de legalidad y oportunidad 203

La administración pública se encuentra obligada a exigir únicamente el cumplimiento de requisitos reglados para el otorgamiento de un registro sanitario..... 204

Tribunal de Selección para el Ascenso a General de Brigada 205

Funciones técnicas e inherentes al cargo, no poseen un amplio margen de libertad para tomar decisiones 205

Función es eminentemente técnica..... 206

La elección de los miembros es para un año 206

Tribunal de Servicio Civil..... 208

Requisitos para verificar si se cumplen los parámetros para la declaratoria de inaplicabilidad o derogación genérica..... 208

La competencia concedida para conocer del recurso de revisión puede ejercerse respetando la garantía de audiencia y el derecho de defensa de las partes que intervienen en el recurso..... 209

Vía de hecho 210

Configuración 210

Elementos que la caracterizan 210

Aplicación del principio *iura novit curia* 211

Cambio jurisprudencial 212

Esta sala realizando una interpretación que responde a un enfoque de mayor garantía para los administrados, y mediante esta resolución rompe con el precedente que exigía como requisito de procesabilidad la emisión de un acto administrativo previo definitivo, cuando se trate de una potencial vía de hecho radical 213

Votación 214

Jurisprudencia constitucional 214

Voto concurrente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 214

Despido de empleado municipal 214

Desvirtuada la improponibilidad de la demanda procede declarar la ilegalidad de las resoluciones pronunciadas 214

Voto disidente de la magistrada Paula Patricia Velásquez Centeno y del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 216

Centro Nacional de Registros 216

Finalidad 216

Denegación de la inscripción 217

Voto disidente de la magistrada Paula Patricia Velásquez Centeno y del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 220

Plazos 220

Por aplicación supletoria los plazos conferidos a las partes son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario 220

Voto disidente de la magistrada Paula Patricia Velásquez Centeno 220

Inadmisibilidad de la demanda 220

Falta de requisitos de admisibilidad 220

Voto disidente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 223

Potestad reglada..... 223

Ante una potestad reglada existe un presupuesto normativo tipificado en la ley, por lo que la actividad administrativa se limitará a constatar el contenido de dicho presupuesto, pudiendo emitir un único resultado.... 223

Voto disidente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 224

Sindicatos 224

La expulsión de un sindicalista de un organismo sindical se configura como una actuación que constituye una restricción al derecho a la libertad sindical..... 224

Voto disidente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 226

Sanciones administrativas 226

Constituyen interferencias del Estado en los derechos de quienes las sufren 226

Voto disidente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 227

Competencia..... 227

En derecho procesal la competencia está asociada al concepto de jurisdicción..... 227

Voto disidente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 228

Entes descentralizados..... 228

La cooperación, colaboración y coordinación de entes del ejecutivo no constituye una materia reservada a la ley..... 228

Disposiciones en los reglamentos de ejecución de la Ley de Protección al Consumidor y la Ley de Medicamentos 232

La Defensoría del Consumidor y la Dirección Nacional de Medicamentos tiene entre sus competencias la de realizar inspecciones para el control del cumplimiento de la normativa que es aplicable a productos farmacéuticos 233

Voto disidente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 237

Junta directiva sindical 237

Clases de inscripciones 237

Voto disidente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 238

Presunción de inocencia 238

En un procedimiento administrativo sancionador impide que se trate como culpable a la persona que se le atribuye un hecho punible o una infracción administrativa 238

Los actos adolecen de ilegalidad por inobservancia al principio de legalidad 240

Voto disidente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 241

Principio de lesividad 241

Las sanciones buscan la protección contra un daño que recae en un bien jurídico que está dotado de importancia 241

En el caso de las normas tributarias, el bien jurídico que el Estado considera valioso es la recaudación de los tributos 243

La sanción impuesta por infracción a disposiciones del Código Tributario, o de leyes de tributos específicos, no castiga al contribuyente por desobedecer leyes tributarias, imponen consecuencias jurídicas para proteger los fines del Estado 244

Las multas derivadas de aplicación del artículo 239 letra “a” y, 241 letra “e” del Código Tributario resultan inadecuadas por carencia de

flexibilidad para estimar la proporción entre el daño que se causa y la adecuada represión..... 244

Voto disidente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 247

Principio de proporcionalidad..... 247

En la determinación de estas sanciones no se ha tomado en consideración ningún criterio de dosimetría punitiva..... 247

Voto disidente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 248

Principio de lesividad..... 248

Sólo es reprensible la conducta que daña o pone en peligro un bien jurídico..... 248

Voto disidente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 248

Sanciones administrativas 248

Constituyen interferencias del Estado en los derechos de quienes las sufren, en toda limitación de derechos fundamentales, debe operar un sistema de principios orientadores y garantías protectoras..... 248

Voto disidente de los magistrados Sergio Luis Rivera Márquez y Roberto Carlos Calderón Escobar..... 250

Prescripción..... 250

El tiempo desempeña un papel relevante en el ordenamiento jurídico, es uno de los elementos de los cuales depende la adquisición o la pérdida 250

Causa de extinción de la pretensión punitiva que opera por el transcurso del tiempo tras la inactividad estatal, ante la comisión de una infracción 251

El ejercicio de la potestad sancionadora sólo puede ser ejercido válidamente dentro un límite temporal fijado legalmente 252

Clasificación de las infracciones 252

Voto disidente magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 254

Destitución de empleados públicos 254

Los servidores públicos adscritos al servicio exterior están excluidos del servicio civil 254

A todos los miembros del servicio exterior aplica la legislación especial, en particular la LOSC y la LOCD 255

Cuando no existe procedimiento, la autoridad competente deberá suplir el vacío en aplicación directa de la Constitución, aplicando algún procedimiento que permita el derecho de audiencia y el de defensa 261

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aplicada:
D. L. N° 760 del 09 de Noviembre de 2017 - VIGENTE

Actos administrativos 263

Vicios que afectan su validez 263

El agotamiento de la vía administrativa será únicamente exigible cuando el vicio alegado se enmarque en una nulidad relativa..... 263

Acuerdos conciliatorios 264

Factores fundamentales que condicionan la validez, previo a su homologación 264

La capacidad procesal es la categoría que alude a la aptitud de una persona natural o jurídica para realizar actos válidos en un proceso 264

Este tribunal se encuentra plenamente habilitado para objetar cualquier acto procesal generado por un sujeto cuya capacidad procesal no está legítimamente conformada 265

Un órgano administrativo puede actuar válidamente en un proceso y generar actos procesales legítimos, si tal autoridad está conformada según como el ordenamiento jurídico ordena 266

Bienes culturales 267

Regímenes de protección 267

Ausencia de la declaración administrativa y formal de “bien cultural” y “bien monumental” 269

Cancelación de partidos políticos 275

La jurisdicción contencioso administrativa puede realizar un control de todas las actuaciones u omisiones relacionadas con el ejercicio de potestades puramente administrativas, que de manera extraordinaria y/o excepcional, puede ejercer el TSE 275

El TSE emite un acto administrativo en la medida en que la decisión respectiva implica una voluntad, producto del ejercicio de una potestad administrativa no electoral 276

El acto de cancelación de un partido político se encuentra en la esfera de atribuciones propias del ejercicio de la función electoral del TSE 276

El ente electoral posee potestad jurisdiccional porque sus decisiones producen efectos de cosa juzgada y, además, que la única vía para ejercer un control judicial de las mismas es la constitucional 279

La cancelación de la inscripción de un partido político no es un acto administrativo, ni la interpretación del contenido y alcance de la norma jurídica que regula las causas de dicha cancelación constituye función administrativa 281

Competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 283

Al no tener indicada una tramitación especial y no ser posible determinar la cuantía, el tribunal competente para conocer es la Cámara de lo Contencioso Administrativo 283

Competencia 285

Definición 285

Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa no es un reglamento de ejecución que tenga por objeto a facilitar o asegurar la aplicación de la correspondiente ley al desarrollarla 286

Fiscal General de la República 286

Rol en el proceso contencioso administrativo 286

Interés legítimo 287

Alcance según la jurisprudencia 287

Jefe de Auditoría Interna de la Asamblea Legislativa 288

Reúne las características de los cargos de confianza 288

Cargos de de confianza no tienen garantizada la estabilidad laboral 289

Motivación de los actos administrativos 290

Si la plaza es un cargo de confianza conforme al reglamento interior de la institución, la decisión adoptada no limita el derecho a la estabilidad laboral 291

Ley Especial para la Intervención a las Telecomunicaciones 291

Carácter excepcional de aplicación 291

La ley establece que la utilización de la información en una investigación que no sea penal, si es utilizada como prueba, carece de validez 293

Medidas de protección al patrimonio cultural 295

Acto administrativo de contenido múltiple 295

Emisión de medidas de protección de patrimonio cultural 297

Las medidas de conservación que fueron emitidas en el marco de un procedimiento administrativo para el control *ex post facto* de la autorización, constituyen medidas cautelares 298

Nulidad de pleno derecho 301

Agotamiento de la vía administrativa constituye un requisito necesario para el correcto inicio y desarrollo del proceso 301

La revocatoria por razones de legitimidad del artículo 3 de las DTPARAP, que puede ser a petición por el interesado o de oficio, por su misma naturaleza y efectos jurídicos, no constituye un recurso administrativo 302

Revocatoria de los actos administrativos en cualquier tiempo en los supuestos de nulidad absoluta, sólo puede referirse a actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo 302

El ejercicio de la revocación de los actos propios no es agotamiento extraordinario de la vía administrativa, no puede estatuirse como una condición sine qua non para acceder al orden contencioso administrativo..... 304

Que la administración revise sus propios actos nulos de pleno derecho, por medio de una petición, no constituye una acción preceptiva y habilitante de la vía jurisdiccional 304

La declaración de ilegalidad de un acto de naturaleza administrativa puede fundarse en la existencia de vicios de nulidad absoluta o de pleno derecho o, en su caso, en vicios de nulidad relativa 305

Una pretensión, administrativa o judicial y deducida bajo una nulidad de pleno derecho se basa en alegación de vicios con características exclusivas que los diferencian, tajantemente, de aquellos vicios de mera anulabilidad 307

Una declaración judicial no puede estar condicionada al requerimiento previo de una declaración administrativa por la vía de los recursos administrativos, al denominado agotamiento de la vía administrativa 308

La posibilidad de declarar la existencia de una nulidad de pleno derecho puede tener lugar en sede administrativa y en sede jurisdiccional 308

La caracterización de la nulidad absoluta constituye razón de derecho suficiente para que pueda ser reclamada en una demanda contencioso administrativa, aunque el justiciable no haya alegado este vicio en sede administrativa 309

La interposición de una demanda por nulidad de pleno derecho no exige haber alegado tal vicio en la vía administrativa 309

El agotamiento de la vía administrativa no se instituye como un presupuesto que condiciona la impugnación judicial de actos administrativos atribuidos de nulidad de pleno derecho. 311

Nulidades 313

Regulación en la legislación derogada..... 313

Cuando se trate de vicios de nulidad absoluta, considerada el grado máximo de invalidez, el administrado puede solicitar la revocatoria del mismo en cualquier tiempo 314

El caso fundado en una nulidad relativa, vicio de menor grado, se debe agotar previamente la vía administrativa mediante la interposición de los recursos 314

Mientras no esté vigente una ley de carácter general que regule los procedimientos administrativos, para la impugnación de la generalidad de los actos administrativos que puedan adolecer de ilegalidad, anulabilidad o invalidez, debe agotarse la vía administrativa 314

Potestad sancionadora de la administración 315

Las diferencias entre las infracciones que se tipifican en el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, únicamente son de carácter cuantitativo 315

Potestad sancionadora en la Ley Orgánica Judicial y en la Ley de Notariado..... 316

Los ilícitos administrativos y penales comparten la misma naturaleza o núcleo esencial emanado del poder punitivo del Estado 316

La administración no puede trasladar sus deficiencias al administrado 318

Suspensión o inhabilitación regulada en el art. 51 atribución 3ª de la Ley Orgánica Judicial 319

Configuración de la prescripción de la potestad sancionadora..... 319

Precedente jurisprudencial 320

Pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional en materia electoral.... 320

Principio stare decisis 323

Esta Sala considera conveniente, en virtud de haberse modificado totalmente su composición subjetiva, revisar el criterio adoptado con anterioridad en los procesos contencioso administrativos esbozados..... 323

Prescripción 324

La prescripción de la auto tutela declarativa es la facultad que ostenta la administración pública de iniciar un procedimiento con la acción correspondiente..... 324

Se reconoce la prescripción de la auto tutela ejecutiva de la sanción la cual opera cuando habiendo iniciado e impuesto una sanción, el administrado no la cumple voluntariamente dentro del plazo fijado por la administración para ello..... 325

Casos en que se configura como un límite al ejercicio del ius puniendi estatal..... 326

En el derecho administrativo sancionador surge la imposibilidad de realizar la persecución de un hecho ilícito en un caso concreto contrario al ordenamiento jurídico, por el simple transcurso del tiempo 326

En el artículo 80 de la Ley de la Carrera Judicial se está en presencia de la prescripción 328

Finalidad de la prescripción según la doctrina 329

Principio de tipicidad 330

La Corte Suprema de Justicia en Pleno violentó el principio de tipicidad, lo que se traduce en un vicio de ilegalidad..... 330

Prueba técnica..... 333

Una prueba técnica vertida en el procedimiento administrativo tiene por objeto ilustrar a la autoridad pública sobre determinados hechos ontológicamente especializados 333

Valoración según las reglas de la sana crítica 334

El dictamen pericial no es un elemento probatorio vinculante para la autoridad administrativa 335

Prueba testimonial 336

Violación al debido procedimiento que regula el artículo 61 inciso 2° de la Ley de la Carrera Judicial 336

Revocatoria por razones de legitimidad 338

Finalidad 338

Servidores públicos 339

El acto con el cual se separó del cargo al demandante es nulo de pleno derecho 339

Sindicatos 341

Cargas legales y materiales exigidas al empleador 341

Personalidad jurídica de un sindicato es un acto que repercute directa y materialmente en la estructura laboral, organizativa, económica, legal y material de una empresa 342

Un empleador posee legitimación activa para impugnar vía judicial el otorgamiento de la personalidad jurídica a un sindicato conformado con trabajadores de su organización laboral 343

Negar al empleador la impugnación del acto administrativo de otorgamiento de personalidad jurídica a un sindicato conformado por trabajadores de su empresa, constituye una tesis vacía de contenido 346

Sitio arqueológico Tacuscalco 350

No existe,en la sentencia recurrida una errónea aplicación de los artículos 1, 2 y 8 de la LEPPCES y 83 del RLEPPCES 350

Zonas no urbanizables según la Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial 351

Supresión de plazas 355

La facultad de suprimir plazas de la Asamblea Legislativa encomendada por el ordinal 9° del artículo 131 de la Constitución, está relacionada con la función legislativa al aprobar o modificar la Ley de Salario de cada ejercicio fiscal 355

El Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa no es en realidad un reglamento sino una norma con rango de ley, en atención a que su emisión deriva de un mandato constitucional 356

La Junta Directiva de la Asamblea Legislativa es competente para ordenar la supresión de plazas que han sido creada mediante la figura de contrato 358

Procedimiento de supresión de plaza 359

El acto impugnado transgrede los parámetros que han sido sentados jurisprudencialmente, a efecto de determinar cuándo procede que una plaza sea suprimida 360

Tribunal de Servicio Civil..... 362

Integración de acuerdo a la ley 362

Representación legal es ejercida de forma colegiada..... 363

Al no estar conformado íntegramente, para efectos de la adopción de acuerdo conciliatorio, no tenía integrada válidamente su capacidad procesal..... 363

No es posible homologar el acuerdo conciliatorio intentado ante la Cámara de lo Contencioso Administrativo, dado que el ente administrativo demandado no se encuentra debidamente integrado 366

Voto concurrente del señor magistrado Sergio Luis Rivera Márquez ... 367

Capacidad procesal..... 367

Tiene legitimación pasiva cualquier entidad pública en cuanto realice actividad materialmente administrativa, por consiguiente, a quien se demanda es a la entidad o institución..... 367

Órganos unipersonales y colegiados 370

Titularidad de un órgano colegiado 370

Funciones que cumple la debida integración del ente administrativo colegiado 371

Tendrán capacidad procesal todas las personas jurídicas constituidas con los requisitos y condiciones legalmente establecidos para obtener personalidad jurídica 373

No deben ser objeto de conciliación el ejercicio de las potestades legales de un tribunal administrativo 375

Voto disidente del magistrado Sergio Luis Rivera Márquez 376

Nulidad de pleno derecho..... 376

Las causas de nulidad de pleno derecho se constituyen como vicios tasados, es decir, es el legislador quien determina cuáles son los supuestos que dan base para su declaratoria y consecuencias..... 376

En el proceso contencioso administrativo existen plazos procesales que no han contemplado excepciones, por lo que se entiende, que la posibilidad de impugnar en esa sede actos presuntamente nulos de pleno derecho tiene límites temporales..... 379

La falta de referencia a la nulidad de pleno derecho en la LJCA no constituye una laguna legal, los supuestos y consecuencias se han regulado en la LPA, así como la competencia de la administración pública para su revocación..... 381

En la LJCA vigente no se habilita acceso ilimitado al proceso, cualquier pretensión contra un acto administrativo debe respetarse el plazo de sesenta días independientemente del motivo de la supuesta ilegalidad 385