



Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Contencioso Administrativo 2015



Corte Suprema de Justicia
Centro de Documentación Judicial

**LÍNEAS Y CRITERIOS
JURISPRUDENCIALES
DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
2015**

**Corte Suprema de Justicia
Centro de Documentación Judicial
San Salvador, 2017**

Gerente General de Asuntos Jurídicos

Lic. Óscar Humberto Luna

Jefa del Centro de Documentación Judicial

L.c.d.a. Evelin Carolina del Cid

Edición y revisión

Jefe del Departamento de Publicaciones

Lic. José Alejandro Cubías Bonilla

Jefa de la Sección de Diseño Gráfico

L.c.d.a. Roxana Maricela López Segovia

Diagramación

Antonio Alberto Aquino

Corte Suprema de Justicia

2017

Dr. José Óscar Armando Pineda Navas
PRESIDENTE

Sala de lo Constitucional

Dr. José Óscar Armando Pineda Navas
PRESIDENTE

Dr. Florentín Meléndez Padilla
VOCAL

Dr. José Belarmino Jaime
VOCAL

Lic. Edward Sidney Blanco Reyes
VOCAL

Lic. Rodolfo Ernesto González Bonilla
VOCAL

Sala de lo Civil

Lcda. María Luz Regalado Orellana
PRESIDENTA

Dr. Ovidio Bonilla Flores
VOCAL

Lic. Óscar Alberto López Jerez
VOCAL

Sala de lo Penal

Lcda. Doris Luz Rivas Galindo
PRESIDENTA

Lic. José Roberto Argueta Manzano
VOCAL

Lic. Leonardo Ramírez Murcia
VOCAL

Sala de lo Contencioso Administrativo

Dra. Dafne Yanira Sánchez de Muñoz
PRESIDENTA

Lcda. Elsy Dueñas Lovos
VOCAL

Lcda. Paula Patricia Velásquez Centeno
VOCAL

Lic. Sergio Luis Rivera Márquez
VOCAL

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

ENERO - JUNIO 2015

PRESIDENTA: Lcda. Elsy Dueñas Lovos
VOCAL: Lcda. Lolly Claros de Ayala
VOCAL: Lic. José Roberto Argueta Manzano
VOCAL: Dr. Juan Manuel Bolaños

JULIO 2015 AL 23 SEPTIEMBRE 2015

PRESIDENTA: Lcda. Elsy Dueñas Lovos
VOCAL: Lic. Jose Roberto Argueta Manzano
VOCAL: Dr. Juan Manuel Bolaños
VOCAL: Dr. Ricardo Antonio Mena Guerra

24 DE SEPTIEMBRE AL 31 DE DICIEMBRE 2015

PRESIDENTA: Dra. Dafne Yanira Sánchez de Muñoz
VOCAL: Lcda. Elsy Dueñas Lovos
VOCAL: Lcda. Paula Patricia Velásquez Centeno
VOCAL: Lic. Sergio Luis Rivera Márquez

Sección de Contencioso Administrativo del Centro de Documentación Judicial

Coordinador: Lic. Roberto Alfredo Arana Cuéllar
Colaboradora: Lcda. Gabriela del Carmen Deras Valle

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 Contencioso Administrativo del Centro de Documentación Judicial.

PRESENTACIÓN

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* representan 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 2015

ACTO ADMINISTRATIVO

OBLIGACIÓN QUE SE PLASME EN LAS RESOLUCIONES LAS RAZONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS QUE DETERMINAN LA DECISIÓN, EJERCIENDO UN CONTROL DE LEGALIDAD

“Esta Sala sostiene que el acto administrativo está configurado por una serie de elementos —objetivos, subjetivos y formales— que deben concurrir en debida forma para que el mismo se constituya válido. La doctrina establece que basta la concurrencia de vicios en uno de los elementos para que el acto como tal se torne ilegal.

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

La motivación del acto administrativo exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones fácticas y jurídicas que le determinaron a adoptar su decisión. La motivación permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable.

La motivación tiene como principales finalidades, desde el punto de vista interno, el asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado a quien le permite conocer las razones o motivos por los cuales se le sanciona, posibilitando el adecuado ejercicio de los medios de impugnación. Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del criterio de decisión que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido.

De lo anterior se establece que si bien la motivación precisa de una determinada extensión, mayor o menor dependiendo del caso concreto, ello sin duda alguna no es determinante si el acto administrativo cumple o no con dicha exigencia.

Es decir que la suficiente motivación no requiere necesariamente de una exhaustiva y completa referencia fáctica y jurídica del proceso conformador de la voluntad administrativa, sino que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento jurídico esencial de la decisión adoptada.

Por consiguiente, no es exigible una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, sino que basta que la motivación cumpla la doble fina-

lidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, es decir los hechos probados de que se parte y la calificación jurídica que se les atribuye, lo que permitirá su eventual control.

En conclusión, si el fundamento del acto que se impugna y la finalidad perseguida por el mismo han sido omitidas en el contenido del mismo, dicha falta será suficiente para declarar la ilegalidad del mismo, al no expresar los hechos en que se basa la Administración Pública para aplicar la norma, siempre necesarios para llegar a tomar una determinada decisión”.

INCUMPLIMIENTO DE LOS ACUERDOS DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

“2.3. Aplicación al caso.

El artículo 49 de la Ordenanza Contravencional del Municipio de Mejicanos establece el procedimiento contravencional a realizar: «El agente metropolitano que recibe una denuncia, conozca en forma directa o por cualquier otro medio de la comisión de una contravención, procederá a iniciar la investigación correspondiente y tratará de determinar la existencia de la misma y la identificación de la persona o personas responsables, para entregarles la esquila de emplazamiento correspondiente.

No obstante lo anterior la persona afectada podrá solicitar previo a la imposición de la esquila de emplazamiento una audiencia conciliatoria para ante el Delegado Municipal Contravencional con el objeto de proponer soluciones a la situación que originó la queja o la denuncia, si dicha audiencia no se llevare a cabo, por la incompetencia del presunto infractor o llegándose a un acuerdo conciliatorio éste lo incumpliere, se le impondrá la esquila de emplazamiento correspondiente.

Si el contraventor se negare a identificarse o a recibir la esquila de emplazamiento será conducido a la autoridad competente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurriere».

A folio 1 vuelto del expediente administrativo consta que la denuncia por desorden fue realizada por la señora María Marlene A., hija de la señora Rogelia C.P. Consecuentemente, se realizó una audiencia de conciliación, la cual consta a folio 10 del mismo expediente, y se establecieron los acuerdos tomados por los vecinos. La señora C.P. en el número 3) se comprometió a mover las plantas del lugar.

Es de resaltar que dichos acuerdos son consecuencia de un medio de solución alternativo, en el cual se vincula a la Administración Municipal como mediador, evitando de forma directa la imposición de una sanción. Sin embargo, la misma normativa establece la consecuencia jurídica de la incomparecencia o el incumplimiento de lo acordado, la emisión de una esquila de emplazamiento, lógicamente, con el fundamento de la infracción denunciada previo a la audiencia conciliatoria.

En el presente caso, la denuncia realizada por la señora María Marlene A. —hija de la señora C.P.— fue fundada en el artículo 30 de la Ordenanza Contravencional del Municipio de Mejicanos, es decir, desórdenes. A folio 17 del expediente administrativo se encuentra la resolución impugnada, del diez de diciem-

bre de dos mil nueve, en la cual consta que la audiencia realizada fue con base en la esquila de emplazamiento emitida como consecuencia del incumplimiento de los acuerdos del cuatro de noviembre de dos mil nueve. Esquila de emplazamiento fundada en el artículo 30 de la Ordenanza Contravencional del Municipio de Mejjicanos, es decir, desórdenes, según la denuncia de folio 1 vuelto.

De la lectura del acto impugnado se advierte que se cumple la finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, es decir, el hecho probado es el incumplimiento de los acuerdos de la audiencia de conciliación del cuatro de noviembre de dos mil nueve, y la calificación jurídica que se le atribuye es desórdenes, de acuerdo con la aplicación de los artículos 30 y 49 inciso segundo de la Ordenanza Contravencional del Municipio de Mejjicanos. Por ende, no existe la violación alegada”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 127-2010, fecha de la resolución: 13/03/2015.

AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

FORMAS COMO SE ENTIENDE SATISFECHO

“5.1 Sobre los presupuestos procesales para acceder a esta instancia judicial.

La autoridad demandada expresó en su informe justificativo, que de conformidad a los artículos 135 y 136 del Código Municipal, el acto administrativo de supresión de plaza, del cual la actora cuestiona su legalidad en el proceso, admite recurso, por consiguiente se pudo recurrir y según ella, éste debió ser interpuesto ante la misma autoridad, en consecuencia considera, que el señor Jorge Ismael D.M., antes de iniciar la acción contenciosa administrativa tuvo que haber agotado previamente la vía administrativa, lo cual no hizo.

De conformidad con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, para interponer una demanda ante esta instancia judicial es necesario que la misma cumpla con los presupuestos procesales tasados en dicha ley. En razón de lo anterior, en cada caso se debe revisar que se haya cumplido con cuatro presupuestos básicos: (i) el correcto agotamiento de la vía administrativa, e, (ii) la interposición de la demanda dentro del plazo establecido por la normativa en comento; iii) legitimación; y, iv) que se trate de la impugnación de un acto administrativo.

Para el caso en análisis nos circunscribimos al análisis de las dos primeras condiciones:

a. Sobre el agotamiento de la vía administrativa.

En materia contencioso-administrativa, los recursos administrativos desempeñan un rol trascendental, ya que nuestro ordenamiento jurídico exige para la admisibilidad de la demanda en sede judicial, el agotamiento previo de la denominada vía administrativa, el cual, de conformidad con el artículo 7 letra a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, se entiende producido cuando se ha hecho uso en tiempo y forma de los recursos pertinentes o cuando la ley lo disponga expresamente.

Esta Sala ha distinguido que son tres las formas por las que se puede entender satisfecho dicho requisito: (i) cuando la ley de la materia dispone expresamente que determinado acto o resolución agota la vía administrativa previa; (ii) cuando el agotamiento tiene lugar por haberse utilizado todos los recursos administrativos, en donde es necesario que el Tribunal examine, tanto los elementos fácticos ofrecidos por la parte actora, como la normativa aplicable al caso concreto; e, (iii) cuando el ordenamiento jurídico, en una materia específica, no hubiere previsto ningún tipo de recurso. En aquellos casos en los cuales el ordenamiento jurídico no establezca ningún recurso respecto de determinados actos, éstos causan estado en sede administrativa de manera inmediata y, por lo tanto, son impugnables directamente ante este Tribunal dentro del plazo legal”.

PLAZO PARA INTERPONERLA SE CUENTA A PARTIR DE LA FECHA EN QUE SE HIZO SABER AL ADMINISTRADO EL ACTO CON EL CUAL SE AGOTÓ LA VÍA ADMINISTRATIVA PREVIA

“El requisito del agotamiento previo de los recursos administrativos, tiene particular importancia con relación al plazo para interponer la demanda contencioso administrativa, ya que el mismo se cuenta a partir de la fecha en que se hizo saber al administrado el acto con el cual se agotó la vía administrativa previa.

Esto se debe a que, aun cuando los recursos administrativos han sido instituidos — por una parte— en beneficio del administrado y, por consiguiente, las reglas que regulan su funcionamiento han de ser interpretadas en forma tal que faciliten su aplicación, éstos no pueden ser tenidos como una herramienta procesal a disposición del libre arbitrio de las partes. Fundamentalmente es el principio de seguridad jurídica el que exige que los recursos sean utilizados con plena observancia de la normativa que los regula”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 446-2012, fecha de la resolución: 09/02/2015.

ASESORES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

EN CUANTO A SU REMUNERACIÓN NO PUEDE EXISTIR PRIVACIDAD O CONFIDENCIALIDAD ALGUNA

“La parte actora argumenta que la información requerida por el Instituto de Acceso a la Información Pública es catalogada como confidencial y, por ende, existe prohibición legal para que se publique. Arguye que la entrega de la información sin autorización de los sujetos —asesores— vulnera los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

Tales violaciones las vincula respecto de datos personales tales como descuentos al salario, pagos de embargos, de cuotas alimenticias, entre otros. No obstante, tal información no ha sido solicitada por el ciudadano, y tampoco requerida por el Instituto de Acceso a la Información Pública, por lo que, esta Sala no tiene motivo para pronunciarse al respecto.

Además de los datos personales antes mencionados manifiesta el salario devengado por los asesores. Este dato sí fue solicitado por el ciudadano y requerido por el Instituto, en tal sentido, esta Sala sí realizará ciertas consideraciones al respecto.

Los asesores ejercen, en general, funciones encaminadas a auxiliar a algún sujeto. El objeto de éstos radica en facilitar, mecánica o técnicamente, el quehacer diario de alguien, optimizando el tiempo y espacio para realizar una tarea específica.

Así, particularmente, la función de los asesores de los diputados de la Asamblea Legislativa es facilitar el cumplimiento de sus funciones, ya sea en razón de decisiones legislativas como ejecutivas del Primer Órgano del Estado y, así, los diputados de la Asamblea Legislativa ejerzan su función pública atribuida por la Ley de manera óptima. En tal sentido, se debe resaltar que existe, por parte de los asesores, un nivel de injerencia en cuanto las actividades delegadas por Ley a los funcionarios mencionados. Dichos asesores son personas que intervienen indirectamente en la realización de una función pública, y dicha injerencia es remunerada por fondos públicos.

La Ley de Acceso a la Información Pública denota como objetos primordiales: la transparencia, el derecho al acceso a la información pública, el derecho a la participación ciudadana y la obligación de las autoridades de la rendición de cuentas. Tiene como fin erradicar los actos de corrupción.

El número 6 del artículo 10 de la Ley de Acceso a la Información Pública establece la obligación legal de los entes obligados, entre ellos la Asamblea Legislativa, de divulgar el listado de asesores y sus respectivas funciones. El artículo 6 de la misma Ley conceptualiza, entre otros, la información confidencial de la siguiente manera: *«es 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»*.

La erogación por parte del Estado en concepto de remuneración de dichos asesores no puede ser considerada como confidencial, principalmente, por que esta proviene del mismo Estado.

La remuneración salarial de los asesores de la Asamblea Legislativa es una erogación del Estado, que si bien demuestra los ingresos de una persona en específico —por referida actividad—, también denota, en apego al interés público, el uso de los fondos del Estado. Cabe mencionar que la calidad de los asesores debe de ser pública —con base en su finalidad—, ya que están destinados a optimizar directamente la realización de una función pública. Por ende, al igual que el funcionario a quien asesoran, se encuentran directamente ligados a dicha función.

Ante la realización de una función pública, sobre todo cuando son funcionarios electos por un escrutinio público, sujetos electos por el pueblo para representar sus intereses —constitucionalmente—, se verifica un interés público superior al del individuo que ejerce el cargo y, por ende, hay una disminución de privacidad en la esfera jurídica de los elegidos.

Los diputados de la Asamblea Legislativa son electos por el pueblo, y por lo tanto, su grado de privacidad disminuye. Se debe entender que al igual que los

electos, las personas de confianza que nombran como asesores para optimizar la función pública, obtienen como efecto inmediato una disminución en el grado de privacidad de su esfera jurídica. Son personas remuneradas por el Estado para asesorar a sujetos electos —diputados— por el pueblo salvadoreño para representarlos, que optimizan una función pública.

En definitiva, en cuanto a la remuneración de los asesores de los diputados de la Asamblea Legislativa, no puede existir privacidad o confidencialidad alguna.

La Ley de Acceso a la Información Pública obliga a la Asamblea Legislativa a emitir el listado de asesores —artículo 10 número 6—. En tal sentido, en cumplimiento de una obligación legal, la función pública que optimizan los asesores, la disminución en su privacidad por ser una figura vinculada a realizar una función pública y que la remuneración que recibe, proviene del Estado, se puede concluir que la entrega del listado de asesores (de la Asamblea Legislativa con su respectivo partido afiliado y su salario, solicitada por el señor Ángel Fernando Romero Ortega, y requerida por el Instituto de Acceso a la Información Pública, no vulnera los derechos que argumenta la parte actora”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 458-2013, fecha de la resolución: 31/08/2015.

CALIFICACIÓN DE EMPRESA PARA DETERMINAR EL TRIBUTO

ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

“Como se ha manifestado en el segundo acto administrativo impugnado, el Gerente Financiero de la Municipalidad de San Salvador, sostiene que la demandante, es una sociedad dedicada a la concesión de crédito, según cuentas por cobrar, inversiones y participaciones en otras sociedades, por lo que no es procedente calificarla como oficina administrativa.

La doctrina ha determinado que, el hecho generador se configura y nace la obligación tributaria, cuando concurren cuatro elementos: a) el elemento material, que consiste en la descripción objetiva del hecho concreto destinatario tributario; b) el elemento personal, el cual está dado por la persona que realiza el acto gravado o a cuyo respecto se configura el aspecto material, llámese sujeto pasivo de la obligación tributaria; c) el elemento temporal, que indica el momento exacto en que se produce el hecho descrito en la ley; y d) el elemento espacial, es el lugar donde se realiza el hecho descrito por el legislador: Si uno de estos elementos falta no nace la obligación tributaria.

Lo que justificaría la calificación de empresa financiera de un contribuyente, y el supuesto de hecho junto al correspondiente pago del impuesto municipal, es el código 03.1 del artículo 1° de la Tarifa de Arbitrios de la Municipalidad de San Salvador, el cual establece *“Considérense empresas financieras, las instituciones de crédito, los bancos privados, sucursales de bancos extranjeros, asociaciones de ahorro y préstamo, empresas que se dediquen a la compra venía de valores, empresas de seguro y cualquier otra, que se dedique a operaciones de crédito, ,financiamiento, afianzadoras, montepíos o casas de empeño y otras*

similares. (...)” Es decir, para determinar dicha calificación, debe establecerse previamente que la contribuyente realice cualquiera de las actividades numeradas en este precepto, en consecuencia para el caso en análisis, la autoridad demandada tuvo que constatar, que la sociedad demandante, encaja de manera indudable en alguno de los supuestos previstos, para poder legitimar la imposición de tributos como empresa financiera”.

EL INCREMENTO DE ACTIVOS DE UN SUJETO PASIVO NO FACULTA A LA MUNICIPALIDAD PARA CAMBIAR LA CALIFICACIÓN DE UN ADMINISTRADO, YA QUE LO DETERMINANTE PARA SER SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO TRIBUTARIO MUNICIPAL ES EL GIRO O LA ACTIVIDAD DEL ADMINISTRADO

“La finalidad social de la demandante, está conformada por el tipo de actividades a la que se dedica, esto es el negocio o negocios para cuya explotación se ha constituido que es su giro de actividades.

Este Tribunal advierte que la finalidad principal de la demandante, según escritura social de constitución (la cual corre agregada de folios 15 al 25 de este proceso) es: a) la inversión y participación en otras sociedades o entidades, sean civiles o mercantiles, especialmente aquellas dedicadas a la generación, distribución o comercialización de energía eléctrica; b) la importación y exportación de todo tipo de mercancías y materias primas, especialmente las que se utilizan en la industria eléctrica; c) la compra, venta y distribución de todo tipo de mercancías y materias primas; d) la representación en el país de toda clase de casas, empresas y sociedades extranjeras; e) la representación de productos nacionales o extranjeros, así como también, la representación de toda clase de sociedades y empresa de servicios; f) la adquisición de todo tipo de títulos valores, ya sean nominativos, a la orden o al portador, expedidos por personas jurídicas, particulares, el Estado o entidades oficiales autónomas o semiautónomas; g) la inversión de su capital en toda, clase de bienes situados en El Salvador o en el extranjero; h) actuar como agente comisionista, representante o factor para toda clase de empresas, realizando todo tipo de actos o actividades; e i) la realización de toda clase de negocios y actividades relacionadas con los objetos expresados en esta cláusula y en general realizar cualquier actividad comercial e industrial permitida por la ley y no incluida en la presente enumeración, la cual no se toma como limitativa, ya que se enumera con carácter ejemplificativo:

Como se advierte de la lectura de los actos administrativos impugnados, la administración tributaria justifica el cambio de calificación de oficina administrativa a empresa financiera establecido a la demandante, en que ésta incrementó sus activos a consecuencia de operaciones de créditos e inversiones y por consiguiente, bajo esta nueva calificación determinó el impuesto que considera le corresponde pagar.

Sin embargo, esta Sala estima que el incremento de activos de un sujeto pasivo en sí, no faculta a la municipalidad para realizar la calificación de un administrado como empresa financiera, ya que (como se ha manifestado) el código 03.1 del artículo 1 de la Tarifa de Arbitrios de la Municipalidad de San Salvador, lo que delimita taxativamente para ser sujeto pasivo del impuesto tributario

municipal, es el giro o la actividad del administrado, que se puede resumir en pocas palabras, en que para tener dicha calidad, se debe captar con fondos del público, situación que la autoridad demandada no comprobó en el desarrollo del procedimiento administrativo, sino que (como se apuntó) consideró que el incremento de activos es suficiente para calificarla como empresa financiera al contribuyente.

En razón de lo anterior esta Sala es del criterio que, la administración tributaria no ha justificado el cambio de calificación de la demandante, por lo que la determinación que se le hubiese hecho en base a esta nueva calificación resulta ilegal”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 347-2010, fecha de la resolución: 04/03/2015.

CARRERA MILITAR

LEY DE LA CARRERA MILITAR

“V. Según el artículo 214 de la Constitución, la carrera militar es profesional y en ella sólo se reconocen los grados obtenidos por escala rigurosa y conforme a la ley.

La Ley de la Carrera Militar (LCM), según su artículo 1, regula el ejercicio profesional de los miembros de la Fuerza Armada, a través de un sistema de evaluaciones, promociones y ascensos; así como las diferentes situaciones administrativas relacionadas con el personal que ejerce la Carrera Militar, estableciendo las obligaciones y los derechos desde el ingreso y permanencia dentro de la institución hasta el término de la carrera.

Por Decreto Ejecutivo número 20, de fecha 8 de febrero de 1993, publicado en el Diario Oficial N° 31, tomo 318, el 15 de febrero de 1993, se crea el Comando de Doctrina y Educación Militar de la Fuerza Armada (CODEM), el cual, según el artículo 59 de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada de El Salvador (LOFA), es el ente responsable de organizar, planificar, dirigir y ejecutar las políticas, estrategias, planes, proyectos doctrinarios, educativos y de entrenamiento de la Fuerza Armada, de conformidad a las directivas emanadas del Estado Mayor Conjunto; teniendo a su cargo, además, la formación, el perfeccionamiento y la especialización del personal militar y la coordinación de las actividades académicas de la Fuerza Armada, necesarias para el logro de un adecuado grado de educación en todos los niveles de enseñanza.

Por su parte, el artículo 25 de la Ley de la Carrera Militar establece que el Comando de Doctrina y Educación Militar es la Unidad de Apoyo Institucional, responsable de organizar, planificar, dirigir y ejecutar las políticas, estrategias, planes y proyectos doctrinarios, educativos y de adiestramiento de la Fuerza Armada, *a través de cursos que se desarrollarán en los Centros de Enseñanza, según lo establece la Ley Orgánica de la Fuerza Armada.*

Uno de los centros de enseñanza que conforman el CODEM es la Escuela de Comando y Estado Mayor “Doctor Manuel Enrique Araujo” (ECEM), ente de formación encargado, entre otros, de capacitar a los Oficiales para que obtengan

la especialidad de “Estado Mayor” (para desempeñarse como miembros de un Estado Mayor, Comandante de unidades tácticas y operativas, Jefe de Estado Mayor de Rama y asesor en el nivel político estratégico), título que, según el artículo 8 ordinal 10° de la LCM, es conferido de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento de la Escuela de Comando y Estado Mayor “Doctor Manuel Enrique Araujo” (ver artículo 1 del Reglamento en mención). Por otra parte, el artículo 29 de la LCM dispone que el Curso Regular de Estado Mayor, con una duración mínima de dos años lectivos, tiene como objetivo fundamental capacitar a los Oficiales de Estado Mayor”.

MANUAL DEL ALUMNO DE LA ESCUELA DE COMANDO Y ESTADO MAYOR “DR. MANUEL ENRIQUE ARAUJO”

“El artículo 21 de la LCM establece que el *Sistema Educativo de la Fuerza Armada* tiene por finalidad la formación, el perfeccionamiento y la especialización profesional del personal que ejerce la Carrera Militar; y que el *Reglamento respectivo regulará todo lo relacionado con su estructura y funcionamiento*. Por su parte, el artículo 33 de la LCM establece que la enseñanza de Formación Militar *será regulada por los reglamentos internos de las respectivas Escuelas*.

Con base en la referida normativa, mediante el Decreto Ejecutivo número 13, del veintiséis de enero de mil novecientos noventa y ocho, publicado en el Diario Oficial número 20, tomo 338, del treinta del mismo mes y año, se crea el *Reglamento del Sistema Educativo de la Fuerza Armada*, en cuyo artículo 111 dispone que los centros de enseñanza, para regular sus actividades, contarán con ciertos manuales y documentos, entre ellos, el Manual del Alumno.

El mencionado Manual es un documento aprobado por el CODEM y declarado su cumplimiento como de carácter obligatorio para la ECEM (ver folio 137), que norma los aspectos relacionados con la organización, funcionamiento, procedimientos administrativos y académicos de la ECEM, *así como los derechos y obligaciones de los alumnos de este centro de enseñanza y el régimen disciplinario* (una manifestación del régimen sancionatorio en una relación de especial sujeción) *al que deben someterse* (incluidas las infracciones y las causas de separación o retiro de los alumnos del curso). Tal manual posee un período de vigencia de un año según acta de elaboración y autorización firmada por el Comandante del CODEM y del Director de la ECEM, que se encuentra agregad en el referido Manual del Alumno a folio 176”.

MECANISMO DE IMPUGNACIÓN QUE PROCEDE CONTRA LOS ACTOS SANCIONATORIOS

“Ahora bien, la autoridad demandada señaló que los recursos se presentaron extemporáneamente por los administrados.

A efecto de constatar el cumplimiento del requisito del agotamiento de la vía administrativa previa, es importante identificar el mecanismo de impugnación que procede contra los actos sancionatorios controvertidos.

Tanto al señor José Mario T.A. como al señor Ernesto S.V. se les impuso la sanción de separación definitiva del segundo año del Curso Regular de Estado Mayor, con base en el Reglamento del Sistema Educativo y de la Fuerza Armada y el Manual del Alumno, por el cometimiento de una infracción tipificada como muy grave por el Consejo de Estudios y ratificada por el Estado Mayor Conjunto de la Fuerza Armada.

En el Reglamento del Sistema Educativo de la Fuerza Armada, en el Título IX, Capítulo II “Procedimientos Administrativos”, Sección Segunda, consta el artículo 99, se establece: “El alumno será separado de los estudios que esté realizando por las siguientes causas: “...b) por observar el alumno mala conducta profesional o privada determinada por el Consejo de Estudios de cada centro de enseñanza” y “... e) por no cumplir el alumno los requerimientos contenidos en el manual de cada centro de enseñanza”. Este reglamento no regula recurso que pueda interponerse respecto de la decisión de separación.

Debe tenerse en cuenta que la mera aplicación del Manual del Alumno en cuanto a los recursos, no es controvertida. Más bien la discusión se ha planteado en el sentido que, según la parte actora, el Manual que les fue aplicado aún no se encontraba vigente por haber sido emitido con posterioridad al hecho que se les imputa, afirmación que sustenta en la supuesta publicación del referido Manual el día cuatro de octubre de dos mil diez. Consideran que el Manual del Alumno vigente a esa fecha era el aprobado en junio de dos mil nueve. Ambos manuales obran agregados en la certificación del expediente administrativo.

Sin embargo, se advierte que la anterior discusión es fácilmente superable para efectos de verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de la demanda contencioso administrativa, debido a que tanto el Manual del Alumno de la Escuela de Comando y Estado Mayor “Dr. Manuel Enrique Araujo”, aprobado con el período de vigencia de julio de 2010 a diciembre de 2011 (folios 136 al 173) —aplicado por la autoridad demandada—, como el Manual del Alumno de la Escuela de Comando y Estado Mayor “Dr. Manuel Enrique Araujo”, aprobado con el período de vigencia de julio de dos mil nueve a junio de dos mil diez (folios 175 al 210) —reconocido por los demandantes como el aplicable a los hechos que se les atribuyen—, prevén la interposición de un recurso de apelación contra las resoluciones de retiro del curso en los mismos términos; en el primero, en el Capítulo IV, bajo el acápite “El Oficial Alumno”, en el número 2. Derechos de los Alumnos, letra h (folio 155 vuelto); y, en el segundo, en el Capítulo III, bajo el acápite Derechos y Obligaciones de los Alumnos, en el número 1. Derechos de los Alumnos, letra h (folio 193 frente).

En ambos casos, la disposición es la siguiente: *“El alumno que desee apelar sobre una resolución de retiro del curso por parte del Consejo de Estudios, podrá hacerlo dirigiéndose al Jefe del EMCFA, por escrito y mediante el conducto regular”*.

Ahora bien, la interposición del recurso exige que el recurrente cumpla con los requisitos señalados en la norma para su correcta configuración, básicamente, el plazo y la forma (esencial) de su interposición.

En reiterada jurisprudencia se ha indicado que si bien, las reglas que regulan los recursos han de ser interpretadas en forma tal que faciliten su aplicación,

éstos no pueden ser tenidos como una herramienta procesal a disposición del libre arbitrio de los administrados y las administradas. Fundamentalmente, es el principio de seguridad jurídica el que exige que los recursos sean interpuestos y tramitados con plena observancia de la normativa que los regula, respetando los requisitos de forma y plazo (Sentencia de las quince horas y seis minutos del siete de noviembre de dos mil once. Ref: 155-2007”).

ANTE LA FALTA DE EXPRESIÓN DE UN PLAZO PARA EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL MANUAL DEL ALUMNO, ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

“En el presente caso, consta que los señores Ernesto S.V. y José Mario T.A. interpusieron un recurso, denominado por ellos como “revisión”, el primero presentado el veintinueve de junio de dos mil once (folios 113 al 117) y, el segundo, el veinte de julio de dos mil once (folios 125 al 128).

Debe aclararse que el error en la denominación del recurso, no puede obstaculizar la eficacia de la petición, siempre que la voluntad impugnatoria sea clara y dirigida a la autoridad competente. Es una forma no esencial.

La autoridad demandada acepta el anterior criterio, pero indica que, aún entendiendo que las peticiones de revisión de los demandantes encajaban en el recurso de apelación previsto en el *Manual del Alumno* (por ser éste el mecanismo impugnatorio contra la decisión de separación del Curso Mayor), existe un problema con el plazo de interposición del recurso. Ambos demandantes fueron notificados de la decisión de separación el once de octubre de dos mil diez (folios 107 y 108), pero interpusieron su respectivo recurso aproximadamente *ocho y nueve meses después de este acto de comunicación* (veintinueve de junio de dos mil once y veinte de julio de dos mil once).

En el *Manual del Alumno* (tanto el vigente desde julio de dos mil nueve como el vigente desde julio de dos mil diez) no aparece expresamente consignado un plazo para que los interesados interpongan el recurso de apelación. Sin embargo, la existencia de un plazo es una nota esencial de los recursos, para no violentar la seguridad jurídica reconocida en la Constitución, pues los actos no pueden quedar perpetuamente sujetos a la eventualidad de su revocación o anulación (por tiempo indefinido).

En consecuencia, ante la falta de expresión de un plazo para el recurso de apelación en el *Manual del Alumno*, es perfectamente aplicable lo dispuesto en los artículos 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 20 del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM).

Según el artículo 20 referido: “*En defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este código se aplicarán supletoriamente*”. Así, de conformidad con el artículo 511 del CPCM, el recurso de apelación debe presentarse a más tardar dentro del *plazo de cinco días contados a partir del siguiente al de la comunicación de la resolución*.

PROCEDE DECLARAR LA INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA, AL TRANSCURRIR EL PLAZO PARA EJERCER LA ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

“Desde otro punto de vista, debe tenerse en cuenta que el recurso de apelación regulado en el Manual del Alumno resulta ser potestativo para los administrados por no estar previsto en una norma con rango de ley. Sin embargo, aún frente a recursos que resulten potestativos, al hacer uso de los mismos, los administrados deben cumplir los requisitos mínimos para su interposición, entre ellos el plazo, para que la interposición del recurso suspenda el plazo para el ejercicio de la acción contencioso administrativa.

Al decidir no interponer los recursos potestativos, los administrados pueden interponer directamente la acción contencioso administrativa.

En el caso analizado, ante la decisión impugnada en este proceso, los demandantes perfectamente pudieron dirigir su pretensión ante esta Sala de forma directa, dentro de los sesenta días hábiles subsiguientes al día de la notificación de la referida decisión.

En este orden, al interponer los demandantes un recurso contra la separación definitiva del curso, aproximadamente ocho y nueve meses después de finalizar el plazo para hacer uso del recurso de referencia, los actos que ordenaron la separación definitiva del segundo año del CREM, devinieron firmes al transcurrir sesenta días hábiles desde su notificación. Como consecuencia, tales actos ya no resultan impugnables ante esta sede.

Lo anterior, aún cuando la autoridad demandada haya admitido el recurso y se haya pronunciado sobre el fondo de los recursos planteados (ver folios 120 y 130, ambos vuelto). Los actos que resolvieron estos recursos constituyen reproducción de los actos firmes que decidieron la separación.

Llegados a este punto debe tenerse en cuenta, por una parte que, según el artículo 7 letra b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cuanto que no se admite la acción contencioso administrativa *respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores ya definitivos o firmes*.

La inadmisión de la demanda en el caso de los actos reproductorios no afecta bajo ningún punto de vista el derecho de acceso a la jurisdicción, ya que estos actos, se limitan a repetir o reafirmar una actuación administrativa previa, que ha devenido firme, la cual, en todo caso, es la que debe impugnarse en sede jurisdiccional por ser la que original y efectivamente ocasiona el agravio que se pretende evitar o resarcir.

No obstante que, en principio, los actos reproductorios son en puridad actos administrativos, éstos no son impugnables en esta sede, por cuanto no son los que originalmente ocasionan el agravio y, sobre todo, porque a través de ellos pretende alterar el estado de firmeza del acto anterior o primario.

A partir de lo expuesto, se colige que los actos descritos en las letras b) y c) del folio uno de esta sentencia, producto de los recursos extemporáneos no pueden ser objeto de impugnación ante esta sede por encajar en la categoría de actos reproductorios. Como consecuencia, la demanda debe ser declarada inadmisibile respecto de los mismos.

Respecto del primer acto impugnado por los demandantes —descrito en la letra a) del folio 1 de esta sentencia—, ya que se ha expresado que el mismo devino firme al haber transcurrido el plazo para ejercer la acción contencioso administrativa.

En virtud de lo expuesto, el plazo de sesenta días hábiles establecido en los artículos 11 y 47 de la LJCA para la presentación de la demanda ante esta Sala, debió ser contabilizado a partir del día siguiente al de la notificación del acto que ordenó separar a los demandantes, señores José Mario T.A. y Ernesto S.V. de su segundo año de curso regular, es decir, *a partir del doce de octubre de dos mil diez*. Como consecuencia, el plazo de los sesenta días hábiles de que disponían para la interposición de la demanda, venció el día *doce de enero de dos mil once* (no debe olvidar que los posteriores actos no son impugnables ante esta sede).

La demanda fue presentada hasta el doce de marzo de dos mil doce, evidentemente fuera del plazo regulado; razón por la que aquélla debe declararse inadmisibles”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 93-2012, Fecha de la resolución: 14/12/2015.

CIERRE DE ESTABLECIMIENTO DE RELLENO SANITARIO

DEBIDO PROCESO

“Nuestra normativa constitucional recoge principios y limitaciones aplicables a la potestad sancionatoria, destacándose entre otros el debido proceso.

La expresión «debido proceso» es una categoría genérica, identificada con un proceso constitucionalmente configurado, tal como se ha establecido jurisprudencialmente por la Sala de lo Constitucional, el cual incluye una serie de derechos conectados entre sí —audiencia, defensa, presunción de inocencia, juez natural, irretroactividad de las leyes, entre otros (Sentencia de Amparo ref. 332-2006 del diecinueve de julio de dos mil siete).

Así el debido proceso aparece establecido en el artículo 11, según el cual *«Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa»*.

En relación al debido proceso la Sala de lo Constitucional en la Sentencia de Amparo referencia 708-99, dictada el veinte de septiembre de dos mil uno, expresó: *«Para considerar que existe un debido proceso, es necesario que aquél sea sustanciado conforme a la Constitución y, además, que se respete íntegramente el derecho de audiencia, ya que dicho derecho es un elemento esencial y configurativo para la protección de los derechos constitucionales de los imputados»*.

Esta Sala ha expresado en diversas ocasiones que, en particular en sede administrativa, el debido proceso se enfoca en el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo. El debido proceso encuentra concreción cuando los administrados plantean sus alegatos y tienen una real oportunidad de probarlos

y, consecuentemente, valorados por la Administración Pública al momento de resolver. Ello se verifica cuando las pruebas son valoradas, aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que, convezan o no, permiten conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio lógico que la fundamenta”.

DERECHO DE DEFENSA

“Por otro lado, esta Sala ha sostenido en diferentes decisiones respecto que el derecho fundamental de defensa que este derecho fundamental se caracteriza por una actividad procesal dirigida a hacer valer ante una autoridad judicial o administrativa los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos de la persona contra la cual se sigue un proceso o procedimiento. Dicho derecho existe en su aspecto material y técnico, es decir, posee un normal desdoblamiento subjetivo de la actividad defensiva, en tanto puede ser ejercido directamente por la persona afectada o por un profesional del derecho.

En su aspecto material, se caracteriza por la facultad que posee la persona de intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba, así como realizar todas las peticiones y observaciones que considere necesarias, de manera que se le facilite hacerse oír y valer sus medios de defensa.

Mientras que en su aspecto técnico, consiste en la garantía de la persona de ser asistido en el transcurso de todo el proceso por un profesional del derecho que, en igualdad de condiciones, enfrente tanto las alegaciones como las pruebas de cargo, presentadas por la parte acusadora”.

GARANTÍA DE AUDIENCIA

“El derecho de legítima defensa se encuentra íntimamente vinculado con el derecho de audiencia, plasmado en el artículo 11 de la Constitución de la República, el cual es un concepto abstracto que exige, que antes de proceder a limitar la esfera jurídica de una persona o privarle de un derecho, debe ser oída y vencida previamente con arreglo a las leyes brindándoles además, una oportunidad procedimental de exponer sus razonamientos y de defender posiciones jurídicas a efecto de tener la posibilidad real de desvirtuarlos; lo anterior implica que una persona solo procede privarle 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.

Entonces, la finalidad de la garantía de audiencia es doble, de una parte, supone dar al acusado la plena posibilidad de defenderse, al hacerle saber el ilícito que se le reprocha y al facilitar el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Y de otra parte tiene la finalidad que la autoridad decisoria disponga de todos los elementos de juicio necesarios para emitir su resolución; y es que el conjunto de actuaciones en que se plasma el proceso, constituye el fundamento de la convicción de la autoridad que decide la situación que se haya conocido”.

PROCEDIMIENTO APLICABLE CUANDO SE HA COMETIDO INFRACCIÓN A LAS ORDENANZAS MUNICIPALES

“En el caso bajo estudio, la parte actora aduce que el Jefe del Departamento del Registro y Control Tributario de la Alcaldía Municipal de Nejapa violó el debido proceso, ya que al fundamentar la existencia de la infracción establecida en el artículo 46 de la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la ciudad de Nejapa, aplicó erróneamente el artículo 131 del Código Municipal, cuando la mencionada Ordenanza ordena proceder mediante la Ley General Tributaria Municipal.

Como se ha dicho, para considerar que existe un debido proceso es necesario que éste sea sustanciado conforme a la Constitución y, además, que se respete íntegramente el derecho de audiencia contemplado en el artículo 11 de la referida norma primaria; tal categoría consiste en que la privación de derechos debe ser necesariamente precedida de un proceso o procedimiento prescrito y ante entidades previamente establecidas con observancia de las formalidades esenciales o procedimentales.

Así las cosas, esta Sala considera necesario verificar cuál es el procedimiento aplicable para el presente caso.

El artículo 46 de la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la ciudad de Nejapa expone que el ejercicio de actividades sin permiso de funcionamiento, licencia, matrícula o patente hará incurrir al infractor en una multa de cincuenta a quinientos colones, según la gravedad y la capacidad económica del infractor. Además señala, en el inciso 2°, que sin perjuicio de lo anterior, y si el caso lo amerita, se aplicarán otras sanciones tales como el comiso de especies y cierre del establecimiento, en su caso.

El artículo 48 de la referida Ordenanza establece que cuando no se trate de la contravención o infracción a que se refiere el artículo 46 antes relacionado, el procedimiento a seguir para la aplicación de las sanciones es el que estatuye los artículos 112 inciso 2° y 3°; 113 y 114 de la Ley General Tributaria Municipal.

Como explicó la autoridad demandada, el artículo 48 de la Ordenanza en estudio tiene una limitación expresa en cuanto al procedimiento aplicable cuando se trate de una infracción al artículo 46 y las sanciones reguladas en el mismo, en el sentido que para el señalamiento de la infracción y la imposición de la correspondiente sanción establecida en el artículo 46 en comento no se aplicará la Ley General Tributaria Municipal.

Al no existir un procedimiento regulado en la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la ciudad de Nejapa para la correcta aplicación del artículo 46, consecuentemente se debe aplicar el procedimiento establecido en el Código Municipal.

Al respecto, el artículo 131 del Código Municipal señala que, cuando el Alcalde o funcionario delegado tuviere conocimiento, por cualquier medio, que una persona ha cometido infracción a las ordenanzas municipales hará lo siguiente:

- a. Iniciará el procedimiento y buscará las pruebas que considere necesarias.
- b. De la prueba obtenida notificará en legal forma al infractor para que comparezca dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación.

- c Si compareriere, o en su rebeldía, abrirá a prueba por tres días y, pasado el término, resolverá dentro de los dos días siguientes”.

AUSENCIA DE VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO, DERECHO DE DEFENSA Y A LA GARANTÍA DE AUDIENCIA, PUES LA AUTORIDAD DEMANDADA SÍ LLEVÓ A CABO UN PROCEDIMIENTO PREVIO EN EL CUAL SE HIZO SABER LA INFRACCIÓN QUE SE REPROCHA

“De la revisión del expediente administrativo sustanciado por las autoridades demandadas, aparece lo siguiente:

a) A folio 1, el acta de inspección —suscrita a las nueve horas veinte minutos del veinte de septiembre de dos mil cuatro por la delegada del Departamento de Registro y Control Tributario de la Alcaldía Municipal de Nejapa, Dalila Zujey Flores Bruno— hace constar que se realizó inspección en las instalaciones del relleno sanitario propiedad de la sociedad demandante y con la presencia de (i) la licenciada Silvia Bernarda Orantes Flores, del Departamento Jurídico, (ii) del ingeniero Daniel Eduardo Martínez del Departamento de Planificación Urbana y Ordenamiento Territorial, ambos de la Alcaldía Municipal de Nejapa, y (iii) del señor José Franco Mendoza López, encargado del mencionado relleno sanitario. Dicha inspección tuvo por objetivo detectar infracciones a ordenanzas municipales, reglamentos, acuerdos y resoluciones municipales.

Se verifica a folio 2, la resolución emitida a las ocho horas con treinta minutos del veintitrés de septiembre de dos mil cuatro por el Departamento de Registro y Control Tributario de la Alcaldía Municipal de Nejapa, el inicio al procedimiento administrativo en contra de la sociedad demandante, por medio del representante legal arquitecto Roger Alfred L., por infracciones a los artículos 90 ordinal 1° y 2° de la Ley General Tributaria Municipal, VIII. 33 del Reglamento a la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños, y 7 letra b) número 3, letra g), número 23 de la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la ciudad de Nejapa. Además, se emplazó a la sociedad actora para que compareciera dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al de la notificación respectiva, para ejercer su derecho de defensa de conformidad con el artículo 131 del Código Municipal. Dicha resolución fue notificada, a la sociedad demandante, el veinticinco de septiembre de dos mil cuatro (folio 3).

Consta a folio 4, la resolución emitida a las ocho horas del seis de octubre de dos mil cuatro por el Departamento de Registro y Control Tributario de la Alcaldía Municipal de Nejapa, la declaratoria de rebeldía de la sociedad actora debido a que no compareció a ejercer el derecho de defensa no obstante haber sido notificada de la resolución descrita en el párrafo que antecede. Asimismo, se abrió a prueba el proceso por tres días contados a partir del día siguiente al de la notificación respectiva, de la cual la parte actora tampoco hizo uso. Esta resolución fue notificada en la misma fecha de su emisión (folio 5).

A folio 6 se encuentra la resolución final emitida a las ocho horas del once de octubre de dos mil cuatro por el Departamento de Registro y Control Tributario de la Alcaldía Municipal de Nejapa, que impuso dos multas a la sociedad

demandante, cada una por la cantidad de mil ciento cuarenta y dos dólares con ochenta y seis centavos de dólar de los Estados Unidos de América (\$1,142.86), equivalentes a diez mil colones (¢10,000.00), por infracciones a los ordinales 1° y 2° del artículo 90 de la Ley General Tributaria Municipal; y, además, se condenó al cierre del relleno sanitario propiedad de la demandante debido a las infracciones cometidas contra el Municipio de Nejapa. La anterior resolución se notificó el veinticinco de mayo de dos mil cinco (folio 10).

Establecido lo anterior, esta Sala observa que no ha existido violación al debido proceso, al derecho de defensa o a la garantía de audiencia, ya que la autoridad demandada sí llevó a cabo un procedimiento previo en el cual se hizo saber a la sociedad demandante la infracción o el ilícito que se le reprochaba; todo de conformidad con lo prescrito en el artículo 131 del Código Municipal.

Al no comparecer en la apertura del procedimiento, la sociedad actora fue declarada rebelde, sin embargo se le concedió la posibilidad de exponer sus razonamientos y se le facilitó el ejercicio de los medios de defensa mediante la apertura a prueba, etapa de la que tampoco hizo uso la parte actora (folio 4 del expediente administrativo) y, de ahí, culminó el procedimiento con las sanciones de multa y cierre del relleno sanitario que fueron impuestas conforme los ordinales 1° y 2° del artículo 90 de la Ley General Tributaria Municipal y 46 de la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la ciudad de Nejapa, en relación con el artículo 131 del Código Municipal”.

LA NOTIFICACIÓN IRREGULAR SE SUBSANA CUANDO ÉSTA NO INCIDE EN EL DERECHO DE DEFENSA DEL ADMINISTRADO, ES DECIR, NO HAY VICIO SIN INDEFENSIÓN

“b) La parte demandante establece que la notificación de la apertura del procedimiento sancionatorio, realizada por las autoridades municipales, se efectuó en un día no hábil para ejercer actuaciones administrativas y en un lugar que no es el domicilio de la sociedad.

Por su parte, la autoridad demandada expuso que, el veinticinco de septiembre del dos mil cuatro, la Alcaldía Municipal de Nejapa trabajó de forma normal la jornada laboral en todas sus dependencias, es decir de las ocho de la mañana a las cuatro de la tarde.

Para comprobar tal extremo, durante la etapa de prueba del presente proceso la autoridad demandada presentó copias certificadas de tarjetas de marcación a nombre de empleados de diferentes dependencias de la Alcaldía Municipal de Nejapa entre los que se encuentra la señora Dalila Zujey Flores, auxiliar del Departamento de Registro y Control Tributario de la referida municipalidad—, mediante las cuales se puede constatar que efectivamente se laboró el veinticinco de septiembre de dos mil cuatro, fecha en que se notificó a la sociedad demandante el inicio del procedimiento administrativo en su contra.

Según el acta de notificación, de las once horas veinte minutos del veinticinco de septiembre de dos mil cuatro y suscrita por la señora Dalila Zujey Flores Bruno (folio 3 del expediente administrativo), de la resolución que dio inicio al procedimiento sancionatorio incoado contra la sociedad actora se verifica que se realizó en el relleno sanitario, propiedad de la referida sociedad, ubicado en

Cantón Camotepeque, Caserío El Llano, del Municipio de Nejapa, Departamento de San Salvador. La persona que recibió dicha notificación fue la señora Sofía Marcela Serrano Monterroza —empleada de la sociedad demandante— quien se identificó por medio de su Documento Único de Identidad número [...], y firmó el acta respectiva.

Sobre lo establecido es procedente señalar que el Derecho no ha de propugnar por la protección de las formas en tanto meras formas, sino atendiendo a la finalidad que la sustenta. Es por ello que el carácter formal de las notificaciones no se fundamenta en un mero rigorismo, sino precisamente, en el propósito de asegurar que el administrado tenga efectivo y real conocimiento de la resolución de que se trate y pueda iniciar las acciones que correspondan. Es decir, que la notificación constituye un acto que posibilita la defensa del administrado, por lo que al efectuarla se debe hacer con la finalidad de proveer la defensa.

Es criterio de esta Sala que no toda irregularidad en la notificación conlleva indefectiblemente su nulidad. La posible irregularidad de una notificación se subsana o convalida si el administrado ha tenido conocimiento de los extremos que en ella se contienen, y realiza manifestaciones en ese sentido, ya que lo primordial es que dicha notificación defectuosa no haya causado indefensión. Las manifestaciones pueden ser expresas o tácitas. Dentro de las últimas, se incluye el ejercer el derecho de defensa mediante la interposición de los recursos que establece el ordenamiento jurídico aplicable.

Si la notificación irregular no incide en el derecho de defensa del administrado ésta se subsana; No hay vicio sin indefensión. Por tanto, no existe ilegalidad en la notificación cuando el administrado ha conocido la resolución, hecho uso de su derecho de defensa, y expuesto razones de descargo ante la Administración. (Resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo, referencia 233-R-2003 de las nueve horas del diecisiete de noviembre de dos mil cinco).

Por lo anterior, se tiene que la sociedad demandante conoció la resolución y se le concedió el derecho de defensa y la garantía de audiencia correspondientes, por lo que esta Sala desestima este punto de ilegalidad alegado”.

AUSENCIA DE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN CUANTO A LA CATEGORIZACIÓN DE ESTABLECIMIENTO DE RELLENO SANITARIO

“El principio de tipicidad (*lex certa*), vertiente material del principio de legalidad, impone el mandato de plasmar explícitamente en la norma los actos u omisiones constitutivos de un ilícito administrativo y de sus consecuencias represivas.

La tipificación sólo es suficiente cuando, en definitiva, responde a las exigencias de la seguridad jurídica, y no a una certeza absoluta, si no en la predicación razonable de los elementos o características definidoras del acto u omisión acreedor de una sanción.

De ahí que, para que el principio de tipicidad sea cumplido no basta que la ley aluda simplemente a la infracción sino, también, debe responder a la descripción de sus elementos esenciales.

El quebrantamiento del principio de tipicidad responde a diversas circunstancias. Puede ocurrir, en primer lugar, que el comportamiento del sujeto pasivo del procedimiento se asemeje en mayor o menor medida a un tipo punitivo preestablecido, más no se identifique claramente con él, supuesto en el cual la sanción se hace improcedente. En segundo lugar, e igual consecuencia amerita, cuando la norma tipificadora del comportamiento infractor exista, pero como consecuencia de la falta de agotamiento de los plazos de vacatio legis, la misma aún no haya entrado en vigor en el momento de consumarse el ilícito. En tercer lugar, la falta de tipificación de una determinada acción u omisión desemboca igualmente en la imposibilidad sancionadora.

Los supuestos mencionados no son los únicos en los que puede resultar afectado el principio de tipicidad. Particular importancia tienen, y también han de reputarse vulneradoras del referido principio de tipicidad, todas las infracciones administrativas que no reúnan los criterios mínimos exigibles para proporcionar a la autoridad pública actuante, la información suficiente de cara a una calificación jurídica del comportamiento infractor; e igual consecuencia han de producir las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con fórmulas abiertas, cláusulas de extensión analógica o conceptos jurídicos indeterminados, siempre que no sea previsible su determinación.

Bajo esa orientación debe entenderse que el principio de tipicidad al que se suma el de legalidad, son presupuestos para el ejercicio del derecho punitivo del Estado y, en consecuencia, la actividad sancionadora que ejerce la Administración requiere, no solo que el acto u omisión castigados se hallen claramente definidos como infracción en el ordenamiento jurídico, sino también la adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad.

Esta es la doctrina recogida por la Sala de lo Constitucional en la sentencia de las quince horas del uno de abril de dos mil cuatro, en el proceso de inconstitucionalidad referencia 52-2003/56-2003/57-2003, donde se establece que: *«Es muy importante que en la determinación prescriptiva de conductas punibles, no se utilicen conceptos oscuros e inciertos, que puedan inducir a la arbitrariedad, pues cada individuo debe entender perfectamente a qué atenerse, lo que reclama al legislador que las leyes penales sean precisas y claras. Por tanto, el principio de legalidad incorpora una garantía de orden material que supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, mediante procesos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Por tanto, no pueden considerarse conformes al art. 15 Cn., los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces y tribunales».*

No obstante, los principios de legalidad y tipicidad no niegan radicalmente la concepción de los conceptos jurídicos indeterminados en la regulación sancionadora administrativa. Lo deseable es que la norma realice su tarea tipificadora de manera precisa, y por tanto segura, de tal suerte que el tipo quede suficientemente descrito en una norma, con apenas espacio para la discrecionalidad de la autoridad; pero no menos claro es lo difícil que se cumpla por completo este requisito.

Pero la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados solo resulta legítima cuando éstos sean determinables conforme a pautas objetivas, repetibles y técnico-jurídicas, y no en virtud de valoraciones subjetivas del juez o de la autoridad administrativa competente. En cualquier caso, la atenuación de esa rigurosidad no debe inducir a pensar que basta una formulación genérica de la infracción administrativa para satisfacer los requerimientos del principio de tipicidad.

Una vez que se reconoce un espacio en el que la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados es compatible con los principios de legalidad y de tipicidad, debe hacerse hincapié en que, de cara a garantizar la seguridad jurídica del administrado, la responsabilidad de legitimar la aplicación de una norma abierta se traslada a la autoridad administrativa que así conviene en aplicarla. De ello se deduce con facilidad que la violación al principio de tipicidad puede ser cometida no solo por el legislador al formular los tipos sancionadores, sino también por los operadores jurídicos cuando al aplicar una norma de esta naturaleza lo hace sin cumplir con las garantías exigidas.

El peligro provocado por la amplitud y vaguedad de las normas abiertas, que muchas veces dejan en la más absoluta indefensión e inseguridad a los administrados, debe ser subsanado mediante la labor complementaria de la autoridad competente. A esta le corresponde, basada en criterios objetivos, repetibles o técnico-jurídicos, fijar las características o parámetros que definan en abstracto las acciones u omisiones sancionables. Pues solo una vez que se ha cumplido con este requisito, por demás indispensable, es posible pasar a examinar la conducta mostrada por el agente a quien se le imputa un ilícito administrativo.

No se trata, por otra parte, de un deber que ha de ser cumplido en la máxima intimidad del juzgador, requiere, por el contrario, la exteriorización del cómo y a partir de qué puntos referenciales se ha aplicado un concepto de esa naturaleza. La única forma de dejar constancia que se ha cumplido con tal requisito es hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad; de modo que para el ciudadano sea previsible cuándo su conducta puede ser considerada infracción y, sobre todo, la entidad de la sanción hipotética.

Quiere decir, entonces, que el principio de tipicidad, y por ende el de legalidad, son cánones fundamentales para preservar la seguridad jurídica y pueden resultar violentados por parte del legislador cuando éste decide utilizar conceptos absolutamente indeterminados en la creación del derecho sancionador, esto es, cuando no sean determinables. Pero también pueden ser perturbados cuando son aplicados por la autoridad administrativa, pues a ésta corresponde el deber de concretizar los criterios utilizados para su aplicación. Claro está, que cuando ni siquiera sea previsible determinar las características de un concepto jurídico indeterminado, lo que corresponde sería declarar la inaplicabilidad de la norma con tal contenido.

a) La parte actora argumenta que con el acto administrativo impugnado se lesiona el principio de tipicidad, pues se sancionó a la sociedad MIDES, S.E.M. de C.V. con base en el artículo 90 ordinal 2° de la Ley General Tributaria Municipal, cuando esa disposición legal se refiere a establecimientos y locales comerciales y, de ahí, aduce que el relleno sanitario no corresponde a ninguna de esas categorías.

El artículo 90 ordinal 2° de la Ley General Tributaria Municipal señala que los contribuyentes, responsables y terceros, estarán obligados al cumplimiento de los deberes formales que se establezcan en esa ley, en leyes u ordenanzas de creación de tributos municipales, sus reglamentos y otras disposiciones normativas que dicten las administraciones tributarias municipales, y particularmente están obligados a: «2°) *Solicitar, por escrito, a la Municipalidad respectiva, las licencias o permisos previos que se requieran para instalar establecimientos y locales comerciales e informar a la autoridad tributaria la fecha de inicio de las actividades, dentro de los treinta días siguientes a dicha fecha.*».

Es importante definir el concepto de establecimiento para efectos de determinar si el relleno sanitario propiedad de la sociedad actora, está contemplado dentro de dicha categoría, según lo regulado por el artículo 90 ordinal 2° de la Ley General Tributaria Municipal.

Es así que el Diccionario de la Real Academia Española define establecimiento como «*el lugar donde habitualmente se ejerce una industria o profesión.*».

Por otra parte, consta a folio 19 del expediente judicial copia certificada por notario, del testimonio de la escritura pública de MIDES, S.E.M. de C.V. En ella consta que la finalidad principal de la sociedad es «*(...) a) el diseño, construcción y operación de un sistema de manejo de desechos sólidos integrados y sus respectivas instalaciones en la región metropolitana de San Salvador, consistente en un nuevo relleno sanitario, instalaciones de transferencia, instalaciones para clasificar y reciclar basura, instalaciones para el procesamiento de abono orgánico (...)*» (folios 19 y 20 del expediente judicial).

De lo expuesto se constata que la sociedad actora, para el cumplimiento de la finalidad principal, construyó un relleno sanitario dentro del Municipio de Nejapa, en el cual instauró un sistema de manejo de desechos sólidos integrados de la región metropolitana de San Salvador desde mil novecientos noventa y nueve, según consta en el acta de inspección que corre a folio 1 del expediente administrativo.

De ahí que esta Sala considera que el relleno sanitario sí es un establecimiento conforme al artículo 90 ordinal 2° de la Ley General Tributaria Municipal, por lo que la sociedad actora sí cumple con, entre otros, la calificación jurídica de establecimiento y, por ende, bajo *circunstancias regulares*, debió solicitar por escrito a la Municipalidad de Nejapa las licencias o permisos previos que se requieren para la instalación de un relleno sanitario (establecimiento), tal como lo regula la mencionada disposición legal.

Con lo anterior, queda establecido que no existe vulneración al principio de tipicidad en cuanto a la categorización de establecimiento del relleno sanitario propiedad de la demandante social”.

LAS SANCIONES DE MULTA Y CIERRE DE ESTABLECIMIENTO IMPUESTAS A LA PARTE DEMANDANTE, OBJETIVAMENTE, SON LEGALES

“b) La parte demandante aduce que la sanción impuesta de la forma como lo hizo la autoridad demandada no cumple el requisito de objetividad de la infracción y, por ello, se infringió el principio de tipicidad, pues su representada y la

Alcaldía de Nejapa tenían obligaciones mutuas adquiridas en un convenio entre la Sociedad CINTEC EL SALVADOR, S.A. DE C.V. y la referida Alcaldía, que luego fue ratificado por MIDES, S.E.M. DE C.V. y la Alcaldía. En dicho convenio se pactó una compensación social de dos millones de dólares de los Estados Unidos de América (\$2,000,000) a favor de la Municipalidad, por lo que deduce que sin necesidad de petición o solicitud, la Administración Municipal proporcionaría los permisos y autorizaciones necesarias y requeridas para la construcción de la infraestructura.

Como se ha sostenido en reiteradas decisiones de este Tribunal, la técnica autorizatoria constituye una forma de limitación de la esfera jurídica de los particulares; en el sentido que el legislador veda a éstos el ejercicio de determinadas actividades, que sólo pueden llevarse a cabo previa intervención de la Administración Pública encaminada a constatar el cumplimiento de las condiciones previstas por el ordenamiento jurídico al efecto. Sobra decir que el legislador, mediante esta técnica, persigue algún fin de carácter público para proteger determinados intereses colectivos o públicos, según la naturaleza de las actividades de que se trate.

Es así como la potestad de conceder autorizaciones, lleva imbibida la posibilidad de que la Administración Pública impida el ejercicio de las actividades reguladas, en los casos en que no exista la autorización debida, por lo que obtener una autorización en los casos que la ley lo prevé, *se convierte en requisito sine qua non para el despliegue de la actividad que se pretende*.

En ese mismo sentido afirma TrevijanoFos en su texto «Los Actos Administrativos», que la autorización afecta la validez del acto, de tal modo que la realización de la actividad sin la previa autorización constituye un acto ilícito si la actividad es material, o ilegal si la actividad es jurídica, en consecuencia, reitera que: **«el sujeto que pretende obtener una autorización puede actuar sólo después de su expedición»**. (las negrillas son nuestras para efectos de destacar la irregularidad, que luego se explicará, cometida en el caso *sub júdice*).

Cuando se opera sin la previa autorización, se activa el *iuspuniendi* del Estado entendida como la capacidad de la Administración Pública de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito y se manifiesta en la aplicación de las leyes por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento. Dicha función administrativa desarrollada en aplicación del *iuspuniendi*, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración.

Como otras potestades de autoridad, esta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primariamente de la Constitución de la República, en congruencia con los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, con su límite máximo en el mandato de legalidad regulado en el inciso primero del artículo 86 de la Constitución de la República. En virtud de la sujeción a la ley, la Administración Pública solo podrá funcionar cuando aquella la faculte, ya que las actuaciones administrativas aparecen antes como un poder atribuido por la ley y por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudable-

mente extensible a la facultad sancionatoria, nace en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad.

Consecuencia de la identidad de la potestad penal de la judicatura y la sancionadora de la Administración, es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales.

A folio 63 del expediente administrativo consta el convenio, celebrado en la ciudad de Nejapa el doce de marzo de mil novecientos noventa y ocho, entre CINTEC EL SALVADOR, S.A. DE C.V. y la Municipalidad de Nejapa y, específicamente, la cláusula número 3) establece lo siguiente: «*NEJAPA afirma que proporcionará sin compensación adicional los permisos y autorizaciones necesarias y requeridas para la construcción de las infraestructuras y el procesamiento de desechos sólidos de la Región Metropolitana del gran San Salvador y de otras municipalidades que participen en el proyecto por un período de 20 años. (...)*».

Al respecto, esta Sala considera que el hecho que en dicho convenio se haya establecido que el Municipio proporcionaría (tiempo futuro del verbo) los permisos correspondientes no implicaba que la sociedad demandante no tramitara el permiso de funcionamiento (requisito sine qua non para ejercer su actividad principal) si no, por el contrario al no hacerlo—, el relleno sanitario estaría funcionando de forma irregular y, objetivamente, violentaría, así, el artículo 46 de la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la ciudad de Nejapa.

Sin más, al margen de las posteriores consideraciones subjetivas suscitadas en sede administrativa, las sanciones de multa y cierre del establecimiento impuestas a la parte demandante, objetivamente, son legales.

Con base a lo anterior, no existe objetivamente vulneración del principio de tipicidad respecto de este punto”.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL RÉGIMEN SANCIONADOR

“La parte actora señala que en el acto administrativo impugnado, la autoridad demandada violó el principio de trascendencia de las sanciones administrativas, pues alega que existe una incongruencia real y efectiva entre la sanción impuesta y la infracción supuestamente cometida al haber condenado al cierre del relleno sanitario. Sin embargo, esta Sala considera que, en aplicación del principio que el Juez es conoedor del derecho «*iuranovit curia*», la parte actora se refiere al principio de proporcionalidad de las sanciones, el cual expondremos a continuación:

El principio de proporcionalidad parte de un criterio constitucional que procura limitar las facultades que tienen los poderes públicos para restringir o lesionar los derechos individuales de los ciudadanos («El Procedimiento Administrativo Sancionador»; Llobregat, José Garberí; Vol. I, página 121; cuarta edición; Valencia 2001); su función es doble: limita a los legisladores en el momento que

crean las disposiciones generales, de tal manera que las sanciones creadas no podrán ser desproporcionales a las conductas que se reprenden; y dirige la potestad discrecional del Órgano Judicial y la Administración Pública al momento de imponer la sanción.

Concretamente en el ámbito administrativo, el principio de proporcionalidad obliga a la Administración Pública a tomar en cuenta los parámetros que la ley prescribe, las circunstancias objetivas de la infracción y *las subjetivas del infractor* y, de ahí, evita ejercitar la discrecionalidad más allá de lo permitido.

Pudiéramos concluir entonces que el principio de proporcionalidad es un límite de la potestad discrecional de la Administración Pública y queda sujeta a control judicial con el único propósito de garantizar que las autoridades públicas no trasgredan el ámbito legal y que la sanción que impongan, lejos de corregir una conducta, sea una violación de los derechos del administrado.

Los términos de comparación para averiguar si una actuación concreta de los poderes públicos infringe o no el principio de proporcionalidad son por un lado el contenido y finalidad de la medida o resolución que adopta la autoridad pública y, por otro lado, la entidad o magnitud del sacrificio que a los derechos individuales del sujeto pasivo de la medida comporta la misma (Garberí Llobregat ob. Cit., página 122).

La autoridad demandada determinó que el cierre del relleno sanitario es una sanción idónea, porque constituye un atentado el permitir la utilización de cualquier edificación que no haya sido previamente supervisada para verificar que la misma cumple con los requisitos constructivos que exigen las leyes correspondientes, tales como la rectora de la Oficina de Planificación del Área Metropolitana de San Salvador (OPAMSS), misma que hace la recepción de las obras, documento con el que se comprueba que dicho proyecto haya sido construido de conformidad a los permisos de *habitar*, no solo por la seguridad de los que van a utilizar dichas instalaciones si no de todas las comunidades vecinas al proyecto, ya que tiene connotaciones ambientales importantes.

El artículo 46 de la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la ciudad de Nejapa expone que el ejercicio de actividades sin permiso de funcionamiento, licencia, matrícula o patente hará incurrir al infractor en una multa de cincuenta a quinientos colones, según la gravedad y la capacidad económica del infractor y, además, si el caso lo amerita se aplicarán otras sanciones tales como el comiso de especies y cierre del establecimiento, en su caso.

En relación al artículo mencionado en el párrafo que antecede, el artículo VIII.33 del Reglamento a la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños, regula que las edificaciones de cualquier tipo que se construyeren, ampliaren, adaptaren, modificaren o reconstruyeren, en todo o en parte, *no podrán usarse y ocuparse sin el permiso previo de habitar expedido por la municipalidad correspondiente*, en el que se hará constar el uso que podrá darse a las mismas.

En este orden de ideas, en el presente caso se constató que, de los registros municipales y por la ausencia del documento idóneo, el relleno sanitario propiedad de la sociedad actora carece, apriorísticamente, de los documentos idóneos que contengan los permisos de funcionamiento y de habitar respectivamente, y

de ahí, también a priori, que se han violentado los artículos 46 de la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la ciudad de Nejapa y VIII.33 del Reglamento a la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños.

Asimismo, también ha quedado establecido que la literalidad de lo preceptuado en el artículo 90 ordinal 2° de la Ley General Tributaria Municipal ha sido incumplido por la sociedad actora pues *no solicitó por escrito, a la Municipalidad de Nejapa, las licencias o permisos previos que se requieren para instalar establecimientos y locales comerciales*, en este caso, el relleno sanitario.

El artículo 46 de la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la ciudad de Nejapa tipifica la sanción del cierre del establecimiento —*si el caso lo amerita*— y en consideración que la sociedad actora *no solicitó por escrito las licencias o permisos previos que se requieren para instalar establecimientos y locales comerciales* y, por ende, incumplió las obligaciones que establecen los artículos 90 ordinal 2° de la Ley General Tributaria Municipal y VIII.33 del Reglamento a la Ley de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Área Metropolitana de San Salvador y de los Municipios Aledaños, esta Sala considera que la sanción impuesta por la autoridad demandada, bajo las circunstancias descritas, es *formalmente* proporcional a las diversas infracciones que cometió la sociedad actora al tener en funcionamiento el relleno sanitario sin respetar las normas legales establecidas”.

PROCEDE LA DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS IMPUGNADOS, PUES EXISTE DE FORMA IMPLÍCITA EL ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIZACIÓN, PUES LA MUNICIPALIDAD RECONOCIÓ SU EFICACIA AL EJECUTAR EL CONVENIO

“No obstante, es importante hacer las consideraciones objetivas o materiales de las conductas omisivas y permisivas en que han incurrido tanto la sociedad actora y la Administración Pública. Para ello es necesario exponer, de forma cronológica, los siguientes hechos:

- (i) convenio celebrado en la ciudad de Nejapa el doce de marzo de mil novecientos noventa y ocho (folio 63 del expediente administrativo), en lo sucesivo «el Convenio»;
- (ii) modificación, al convenio entre Nejapa y CINTEC El Salvador, suscrito el doce de enero de dos mil uno (folio 64 del mismo expediente), en lo sucesivo «la Modificación»;
- (iii) acta de inspección realizada en las instalaciones del relleno sanitario el veinte de septiembre de dos mil cuatro (folio 1 del aludido expediente), en lo sucesivo «el Acta».

Como ha quedado comprobado y explicado *formalmente*, la sociedad actora incumplió presuntamente con la *autorización o permiso* para operar el referido relleno sanitario, pero también, existen hechos objetivos que hacen presumir que la demandante social ha operado con la anuencia de la Administración Municipal, y de ahí, *materialmente*, a la sociedad actora le asiste una excusa que le

excluye de responsabilidad, pues incurrió en conductas omisivas, pero por error inducido de la Administración Municipal.

El Convenio, en lo pertinente, establece que NEJAPA (para referirse al Municipio) «(...) *proporcionará todos los permisos requeridos y facilitará dicha implantación, sin demandar ninguna compensación adicional de cualquier naturaleza. Toda vez y cuando se garantice el inciso final del numeral (sic) tres del presente convenio*». Ese inciso final se refiere a daños al medio ambiente, a la tranquilidad social y que estén enmarcadas conforme a ley, evaluadas de una forma razonable.

Ese convenio, como ya se explicó en la presente sentencia, no exoneró a la sociedad actora a tramitar y obtener el permiso de habitar. Empero, la sociedad actora, conforme al Acta, inició actividades desde el diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve. De ahí que todas las actividades del relleno sanitario sin la debida autorización eran irregulares, por lo que, el Municipio de Nejapa, desde el mismo momento que conociera de esas actividades irregulares debió, primero, iniciar el procedimiento sancionador y segundo, debió abstenerse de ejercer alguna acción de ejecución del *Convenio*, porque de lo contrario, debía entenderse que la Municipalidad emitió un *acto administrativo* de autorización o permiso, pues no se concibe que la Administración Municipal ejecute un convenio con un sujeto que, con conocimiento previo (el control de las autorizaciones es llevado por la Municipalidad), opera irregularmente al no contar con los permisos para hacerlo.

Se afirma que existe un acto administrativo de autorización, porque la Administración Municipal así lo ha reconocido imbitamente al ejecutar, conjuntamente con la sociedad actora, el *Convenio* pues, conforme a la Modificación, ya existían erogaciones en cumplimiento de los términos de desembolso establecidos en el Convenio: «(...) *CES se compromete al inicio de las operaciones (apertura de la planta) a entregar a NEJAPA el 40% del monto acordado a razón de \$1.00 US (un dólar Americano), por cada dólar Americano recibido por MIDES como pago por el tratamiento de los Desechos Sólidos (...)*».

A la fecha de la *Modificación* (doce de enero de dos mil uno) ya existían erogaciones por parte de CINTEC EL SALVADOR, S.A. DE C.V. a la Municipalidad (\$400,000.00). Esa cantidad de dinero tiene su origen, conforme a la parcialmente transcrita cláusula del Convenio, en la erogación patrimonial de MIDES como resultado de realizar las actividades que hoy se cuestionan de irregulares. Es decir, la Municipalidad de Nejapa se benefició patrimonialmente de la ejecución del Convenio (por medio de actuaciones materiales) que hoy pretende tildar de irregular por no poseer, la sociedad actora, *el documento* (medio físico) donde conste el acto administrativo de *licencia o permiso* para habitar.

Se debe recordar que el hecho que no exista alguna resolución o, genéricamente, algún documento (como forma de constancia típica de los actos administrativos escritos) donde conste la *autorización o permiso* de funcionamiento de la sociedad actora, no hace inferir, como simplistamente lo ha hecho la Administración Municipal, que no exista un acto administrativo pues, los actos de ejecución del convenio (actos materiales que presumen la eficacia de la autorización o

permiso de habitar), entre MIDES y la Municipalidad, llevan imbitito el *permiso de funcionamiento*.

En definitiva, aunque no exista un documento donde conste la *autorización o permiso* de funcionamiento del referido relleno sanitario, los descritos actos de ejecución hacen presumir que la Administración Municipal le concedió el acto administrativo para que la sociedad actora operara pues, hasta recibió la Municipalidad de Nejapa— *la compensación social* (parcialmente comprobada) la que indefectiblemente hace presumir, primero, la ejecución del *Convenio*, y segundo, uno de los sujetos que recibió el servicio de *desechos sólidos* que hoy impugna la validez del acto administrativo de *permiso o autorización*, es el mismo sujeto que hoy niega que tenga la autorización para hacerlo: las autoridades demandadas. Nadie puede aprovecharse de sus propios errores que consiste, para el particular, en otorgar un convenio con la obligación que la sociedad actora debía obtener, para el caso sub júdice, los respectivos permisos (responsabilidad objetiva en caso de incumplimiento) pero, en la ausencia de un documento de constatación del permiso o licencia, la Administración Municipal no se debió favorecer de las actuaciones que hoy tilda de ilegales o irregulares.

En conclusión, los actos administrativos impugnados en esta Sala son ilegales y así deben declararse porque primero, existe el acto administrativo de *autorización o permiso de habitar* porque de forma implícita, la Municipalidad de Nejapa, reconoció la eficacia de ese acto al ejecutar el *Convenio*; y segundo, la Administración Municipal no puede desconocer la validez del acto administrativo de *autorización o permiso* cuando se ha aprovechado de su *eficacia* (al ejecutar materialmente el *Convenio*).

No obstante se debe reconocer que existieron omisiones —a la fecha de las resoluciones impugnadas en la autorización imbitita, que hacen considerar la posible vulneración de derechos de terceros (de forma individual, colectiva o difusa por impactos, entre otros, medio ambientales); empero, conforme a la prueba presentada por la sociedad actora de folio 199 y de folios 202 al 207, esas posibles vulneraciones se han degradado aunque no de forma absoluta pues debe culminarse con la resolución pertinente por parte de la Municipalidad de Nejapa.

De ahí que la Administración Municipal deberá concluir con el trámite de autorización o permiso de habitar bajo la consideración única de la tutela de derechos de terceros pues, de la forma indicada en la presente sentencia, preexiste la autorización de forma implícita en la ejecución del *Convenio*.

Respecto a las demás argumentaciones expuestas en la demanda y en la pretendida «*AMPLIACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA Y GARANTÍA DE AUDIENCIA PARA INCORPORACIÓN DE FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y ELEMENTOS PROBATORIOS QUE INCIDEN DIRECTAMENTE EN EL OBJETO DE LA PRETENSIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA INCOADA EN EL PRESENTE JUICIO*» (folios 184 al 198), al margen de la oportunidad procesal para ampliar la demanda, esta Sala se abstiene de su pronunciamiento pues, con la consideración de ilegalidad expuesta, es inocuo conocer”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 230-2009, fecha de la resolución: 14/08/2015.

COBRO INDEBIDO

EL HECHO DE INFORMAR LA EXISTENCIA DE UNA DEUDA EN LA CALIDAD DE ACREEDOR LEGÍTIMO, NO ES IGUAL NI SEMEJANTE A COBRO INDEBIDO

“Ahora bien respecto al criterio del Tribunal Sancionador, respecto a que el mero hecho de informar sobre la existencia de una deuda al Sistema Central de Riesgo, tiene el mismo efecto del cobro, debe razonarse que tal interpretación es errónea.

La acción que ejecutó la Asociación Cooperativa de Ahorro y Crédito del Colegio Médico de El Salvador de R.L., obedece al pleno cumplimiento del artículo 39 de la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito, que regula: *“Las cooperativas estarán obligadas a proporcionar la información que la Superintendencia requiera para mantener su sistema de información de crédito; de igual forma tendrán derecho a hacer uso del mencionado servicio de información de crédito”*.

La Central de Riesgo es un sistema de información que posee la Superintendencia del Sistema Financiero, en el cual se concentran todos los deudores de las entidades fiscalizadas por este organismo, cuyo objetivo es cumplir con el artículo 61 de la Ley de Bancos, que establece esa Superintendencia mantendrá un servicio de información de crédito sobre los usuarios de las instituciones integrantes del sistema financiero, con objeto de facilitar a las mismas la evaluación de riesgos de sus operaciones.

En tal sentido, éste artículo permite proporcionar información a los integrantes del sistema financiero, con objeto de minimizar sus riesgos y mantener así un sistema financiero más solvente y con un menor nivel de morosidad.

La responsabilidad de calificar y evaluar a los deudores crediticios de acuerdo a la norma que se ha creado para tal fin, es de cada institución financiera, siendo responsabilidad de esa Superintendencia verificar mediante una muestra representativa la correcta aplicación de la norma.

No es responsabilidad de la Superintendencia evaluar a los deudores, sino que ésta se encarga de revisar la calificación asignada por cada entidad, tomando como base la norma NCB-022, denominada: “NORMAS PARA CLASIFICAR LOS ACTIVOS DE RIESGO CREDITICIO Y CONSTITUIR LAS RESERVA DE SANEAMIENTO”, en la que se establecen los criterios para la evaluación y clasificación de los deudores, puntualizando todas las características de las categorías de riesgo crediticio.

Tales normas en el artículo 1 explican que éstas tienen por objeto regular la evaluación y clasificación de los activos de riesgo crediticio según la calidad de los deudores y exigir la constitución de reservas mínimas de saneamiento de acuerdo a las pérdidas esperadas de los respectivos activos.

En el artículo 4 define como activos de riesgos crediticio todas las operaciones que de alguna manera signifiquen financiamientos directos o indirectos a favor de personas naturales, jurídicas o grupos de personas, como en el presente caso los préstamos que efectuó la señora M.M. a la Asociación Cooperativa demandante.

Y en el artículo 30 prescribe que lo sujetos deberán enviar a la Superintendencia, la clasificación de la cartera de todos sus activos crediticios y las respectivas reservas de saneamiento referidos a los saldos al cierre del mes, en los primeros siete días hábiles siguientes, excepto en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre, que lo harán en los primeros diez días hábiles siguientes a dichos meses. Esta información deberá también permitir el sustento del servicio de información sobre los usuarios de crédito que señala la Ley de Bancos y otras aplicables a los sujetos obligados.

Vinculantes son también las NORMAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS DEL SISTEMA DE RIESGO, (creadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero, con base en los artículos 59 y 61 de la Ley de Bancos y al literal c) del artículo 10 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero).

En el artículo 8 se fija lo siguiente: *“El sistema será actualizado con la información que provenga de los sistemas de información de las entidades, la cual deberán remitir a la Superintendencia en los primeros siete días hábiles de cada mes, excepto para los cierres trimestrales que deberán enviarla en los primeros 10 días hábiles, a la Unidad Central de Información de la Superintendencia con carta de remisión del funcionario responsable de la veracidad de los datos (reporte de envío de datos). Para tal efecto la entidad estará informando a la Superintendencia de los cambios internos del funcionario responsable del envío y del técnico informático, detallando nombres, cargo, teléfono y dirección de correo electrónico. Al momento de la recepción de la información, se efectuará una revisión adicional en la cual se determinará si el envío ha sido generado correctamente, de lo contrario éste será rechazado, concediéndose dos días hábiles luego de vencido el período de entrega para presentar el envío nuevamente, no obstante lo anterior, se considera que el plazo legal de presentación de la información serán los primeros siete días hábiles del mes, excepto para los cierres trimestrales que serán en los primeros diez días hábiles de cada mes”.*

De ahí que se comprueba que si bien es cierto lo manifestado por la parte demandante, la Superintendencia del Sistema Financiero no es responsable de evaluar a los deudores reportados debido a que únicamente revisa la calificación asignada por cada entidad, es de obligatorio cumplimiento proporcionar la información por parte de la entidad fiscalizada, estableciéndosele incluso un plazo para ello.

La Asociación Cooperativa efectuó préstamos a la señora Ruth Elizabeth M.M., en base a lo anterior tenía la obligación de informar cómo estaba su calidad de deudora.

Al final debe reconocerse que el efecto de estar catalogado con un mal record crediticio, tiene implicaciones lesivas para la señora M.M., puesto que su atribuido saldo insoluto la pone en un situación de desventaja, frente a los potenciales prestadores de servicios o bienes; empero, no puede concluirse con la misma lógica cristalina, que el mero hecho de informar la existencia de la deuda se traduzca, per se, en un cobro.

B) CONCLUSIÓN

En razón de y en congruencia a lo explicado, se considera que cuando el Tribunal Sancionador sostiene que: *“para la configuración del cobro indebido como conducta constitutiva de infracción, no se exige entre sus elementos tipo que el cobro en mención se haya concretado (...) sino cuando se haya realizado un cobro sin respaldo real pero también cuando el proveedor determina la existencia de una deuda sin respaldo real”* (folio 13 frente, del expediente judicial); aquel comete un exceso de interpretación del artículo 18 letra c) de la LPC, el hecho de informar la existencia de una deuda en la calidad de acreedor legítimo (que siempre será COMEDICA DE R.L.), no es igual, ni semejante a *“cobro indebido”*, pese a que ambos, tienen efectos perjudiciales para la consumidora.

Debe aclararse que para que se determine la existencia de la falta muy grave, a la luz del artículo 44 letra e) de la LPC es necesario que se verifique una práctica abusiva, siendo ésta, de acuerdo a lo contemplado por la autoridad demandada al efectuar cobros indebidos, tal como se estipula en el artículo 18 letra c) de la LPC.

Esta Sala considera que no ha existido un cobro indebido, pues no se ha verificado el silogismo penal necesario, donde el hecho cometido no corresponde a la acción sancionada, por tanto debe declararse que sobre este punto, existe la violación alegada por la parte actora, en vista que el Tribunal Sancionador excedió sus facultades al emitir los actos administrativos en cuestión, pues los hechos ocurridos en sede administrativa no se acoplan correctamente a la contravención prescrita en el artículo 18 letra c) de la LPC y, por ello, tales decisiones deben ser declaradas contrarias a derecho.

4. SOBRE EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO VIOLADO

Este Tribunal no decretó la medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados al inicio del proceso, porque COMEDICA DE R.L., no acreditó la manera en que la ejecución de tales decisiones ocasionaría un daño irreparable a su esfera jurídica, en consecuencia, se estima necesario hacer algunas consideraciones sobre la forma en que se restablecerán los derechos transgredidos por los mismos.

Sobre la base de lo relacionado en los apartados anteriores, se advierte que la multa impuesta a la Asociación Cooperativa impetrante es ilegal porque no cumplió con las exigencias de tipicidad que imperan en el Derecho Administrativo Sancionador y, en consecuencia, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, deberá devolver a la Asociación Cooperativa la suma pagada en concepto de multa por la infracción contemplada en el artículo 44 letra e) en relación al artículo 18 letra c) de la LPC, en caso de que dicha cantidad dinero ya se haya liquidado. Sin embargo, en el supuesto que tal multa no haya sido hecha efectiva, la parte demandada deberá de abstenerse de continuar realizando cualquier acción tendiente a hacerla líquida y efectiva”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 113-2011, fecha de la resolución: 29/04/2015.

COMPETENCIA

ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

“Al mismo tiempo, durante la etapa de Traslados la parte actora introdujo nuevos elementos al presente juicio. Sin embargo, de conformidad con el Princi-

pio de Congruencia regulado en el artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la sentencia recaerá exclusivamente sobre los asuntos que han sido controvertidos. En concordancia con lo anterior, según el artículo 201 del Código de Procedimientos Civiles —derogado—, normativa de aplicación supletoria en el proceso contencioso administrativo de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, “después de contestada la demanda no puede variarse ni modificarse bajo concepto alguno”. Ahora bien, a pesar que la Ley de la materia, no hace referencia al término “contestación de la demanda”, se ha entendido jurisprudencialmente que ésta se, tiene por contestada, cuando la autoridad demandada rinde su informe justificativo de legalidad del acto que se le imputa. En consecuencia, esta Sala se abstendrá de conocer sobre la legalidad o ilegalidad de los argumentos nuevos que la parte actora pretendió introducir durante la etapa de Traslados. [...]

Esta Sala ha indicado en reiterada jurisprudencia que *la competencia* constituye un elemento esencial de todo acto administrativo y debe ser entendida como la medida de la potestad que corresponde a cada órgano. Como elemento esencial del acto administrativo, la competencia condiciona necesariamente su validez.

Asimismo, se ha considerado en repetidos pronunciamientos que la competencia es en todo caso una determinación normativa, porque el ordenamiento jurídico es el que sustenta las actuaciones de la Administración mediante la atribución de potestades, habilitándola a desplegar sus actos. “En síntesis, el acto administrativo requiere una cobertura legal, es decir, la existencia de una potestad habilitante que otorgue competencia al órgano o funcionario emisor” (Sentencia definitiva dictada en el proceso contencioso administrativo referencia 69-S-96, de las nueve horas y cuarenta y siete minutos del día quince de diciembre de mil novecientos noventa y siete).

Lo anterior encuentra su fundamento en el inciso primero del 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 numeral 21 establece que: “*Corresponde a la Asamblea Legislativa: 21° Determinar las atribuciones y competencias de los diferentes funcionarios cuando por esta Constitución no se hubiese hecho*”.

LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ES UNA MATERIA RESERVADA A LA LEY FORMAL

Así las cosas, puede afirmarse que en el ordenamiento jurídico salvadoreño, la atribución de competencias, cuando no estuviera reglada en la Constitución o en los reglamentos autónomos derivados del mismo texto constitucional, *será una materia reservada a Ley formal*. Como es sabido, la reserva de Ley impide

que otros órganos regulen una determinada materia o que el mismo Órgano Legislativo se desvincule de dicha potestad normativa vía la deslegalización de la materia. Al respecto, la Sala de lo Constitucional ha afirmado: “la reserva de ley es la garantía de que un determinado ámbito vital de la realidad, dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes de aquellos involucrados necesariamente en dicho ámbito: los ciudadanos” (Sentencia de inconstitucionalidad referencia 27-1999 de las nueve horas del día seis de septiembre de dos mil uno).

Esta decisión del constituyente de apartar para el legislador ordinario la materia particular de la atribución de competencias, contribuye indudablemente al control del poder público concretado en la Administración, que de lo contrario podría auto-atribuirse competencias, alejándose del mandato de su soberano: los administrados. Así ha afirmado la Sala de lo Constitucional: *“la preferencia hacia la ley en sentido formal para ser el instrumento normativo de ciertas materias, proviene del plus de legitimación que posee la Asamblea Legislativa por sobre el resto de órganos estatales y entes públicos con potestad normativa, por recoger y representar la voluntad general”* (Sentencia citada supra).

A partir de los presupuestos antes aludidos, interesa ahora determinar el marco jurídico que sustenta la competencia de la Ministra de Economía, como autoridad emisora de los actos controvertidos ante este Tribunal”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 50-2006, fecha de la resolución: 13/05/2015.

CONTRATO A PLAZO

LA TERMINACIÓN DE RELACIONES LABORALES TIENE SU ORIGEN EN UN CONTRATO

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

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

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

Debe aludirse que la base legal que permite a las instituciones públicas realizar contrataciones de servicios profesionales, es el artículo 83 de las Disposiciones Generales de Presupuesto — en adelante DGP—, la cual forma parte de una normativa creada para dar flexibilidad dentro de un marco de fiscalización apropiada, a las operaciones originadas por el proceso de ejecución del presupuesto.

De la lectura del referido artículo, se infiere que la modalidad de los contratos a plazo, fue diseñada para la contratación de servicios profesionales o técnicos de naturaleza eventual, ya que, entre los requisitos de validez que el mismo artículo establece para dichas contrataciones está el referido al carácter extraordinario y ocasional de las labores a desarrollar dentro de la institución.

Procede indicar, que la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en el sentido de que, cuando en los contratos laborales a plazo celebrados formalmente con base en el artículo 83 de las DGP se acuerda la prestación de servicios de carácter permanente y no eventual, se realiza un verdadero fraude de ley, motivo por el cual corresponde aplicar directamente la Constitución y entender que dicha contratación ha sido por tiempo. (Sentencias de casación 19-AP-2005 y 23-AP-2005, de fechas cinco de septiembre de dos mil cinco).

CONDICIONES BAJO LAS CUALES PUEDEN DARSE LOS CONTRATOS LABORALES A PLAZO

“Además, dicha Sala ha manifestado que los contratos regulados en el art. 83 de las DGP, sólo pueden darse bajo ciertas condiciones, como es el caso que: a) la labor a realizar sea propia de la profesión o técnica del contratista; b) que las labores a realizar sean de carácter profesional o técnico, no de índole administrativa; c) que no pertenezcan al giro ordinario de la institución, es decir, que sean de carácter eventual o temporal, no permanente; y, d) que no haya plaza vacante con iguales funciones que las que se pretende contratar en la Ley de Salarios.

De ahí que asegure que toda contratación efectuada al amparo formal de la norma antes citada, pero que en realidad contraten labores administrativas o permanentes, constituye una “simulación de contrato” que deja al margen de tal normativa dicha figura contractual. (Sentencia de la Sala de lo Civil, bajo la referencia 127-APL-2011, dictada el cuatro de febrero de dos mil trece)”.

EL PLAZO FIJADO EN LOS CONTRATOS SUSCRITOS POR LOS TRABAJADORES QUE REALIZAN LABORES DE CARÁCTER CONTINUAS Y PERMANENTES, CARECE DE VALIDEZ Y DEBE TENERSE POR NO CONSIGNADO

“Igualmente en la sentencia 19-APL-2012, dictada el once de septiembre de dos mil trece, respecto a la terminación de contrato por expiración de plazo, la Sala de lo Civil expresó: «que el plazo fijado en los contratos suscritos por los trabajadores que realizan labores de carácter continuas y permanentes, carece de validez y debe tenerse por no consignado, entendiéndose el contrato de carácter indefinido, (...) a tal grado de reconocerle al personal contratado por la Administración Pública bajo el régimen de contrato, el derecho a la estabilidad laboral, cuando este cumple realmente tareas correspondientes al personal permanente. (...) .»

De acuerdo a lo transcrito, se entiende que cuando se efectúan contrataciones para la realización de labores de carácter permanentes, éstas se consideran

celebradas por tiempo indefinido, aunque en los contratos suscritos para tal efecto se señale plazo para su terminación”.

ESTABILIDAD LABORAL DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS BAJO LA MODALIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 83 DE LAS DISPOSICIONES GENERALES DE PRESUPUESTOS

“En el mismo sentido, la Sala de lo Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia de amparo que la estabilidad laboral de aquellos contratos suscritos bajo la modalidad prevista en el artículo 83 de las DGP, no se extingue con el vencimiento del plazo contractual y que el mismo subsiste aun después de vencido el contrato de prestación de servicios, haciendo necesario el trámite de un procedimiento legalmente constituido, en el cual se compruebe que la no renovación del contrato es procedente.

Es decir, que se concibe que el derecho a la estabilidad laboral subsiste, independientemente de que una persona preste sus servicios al Estado en virtud de un contrato y de que en este se haya establecido plazo de conformidad con el artículo 83 de las DGP, si en el caso concreto concurren las particularidades siguientes: “ i) que la relación laboral sea de carácter público y, por ende, que el trabajador tenga el carácter de empleado público; ii) que las labores desarrolladas pertenezcan al giro ordinario de la institución, esto es, que sean funciones relacionadas con las competencias que le han sido atribuidas; iii) que la actividad efectuada sea de carácter permanente, en el sentido de que deba ser realizada de manera continua y que, por ello, quien la preste cuente con la capacidad y experiencia necesarias para desempeñarla de manera eficiente; y, iv) que el cargo desempeñado no sea de confianza (...)» (Sentencias de amparos 1-2011 y 2-2011, dictados el diecinueve de diciembre de dos mil doce)

En consecuencia debe señalarse que la finalización de la vigencia de un contrato no es el criterio determinante para excluir, liminarmente y sin más la estabilidad de quienes están vinculados bajo esa modalidad, ya que en definitiva, el trabajo no varía su esencia por la distinta naturaleza del acto o de la formalidad que le dio origen a la relación laboral.

En tal sentido, la plaza que ostentaba la señora B.G., gozaba de la estabilidad relacionada en virtud del carácter permanente de la relación laboral que emanó del contrato.

En el caso bajo análisis se impugna la sentencia pronunciada el diecisiete de noviembre de dos mil diez, en la que la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Oriente, conoció del Acuerdo Municipal pronunciado el ocho de junio de dos mil nueve (folio 11 del proceso), mediante el cual se decidió “prescindir de los servicios de la empleada Rosa Marina B.G., con el cargo de Auxiliar de Catastro, por vencimiento de contrato y por supresión de plaza”.

Esa decisión adoptada por el Concejo demandante, implica para esta Sala, necesariamente considerar el análisis de distintos aspectos, debido a que el vínculo labor terminó por dos motivos:

- a) Por vencimiento de contrato; y
- b) Por supresión de plaza.

La importancia de analizar ambas formas de rompimiento de vínculo laboral, es en razón que, cada una nos conduce a procedimientos diferentes.

En cuanto a la terminación de contrato, y retomando lo esbozado en el acápite 3.1 de esta sentencia. Se determinó primeramente que, la naturaleza de la función desempeñada por la señora B.G., era de carácter permanente, ahora bien al señalarse en el acto impugnado que la relación laboral terminaba por vencimiento del contrato, deja abierta la posibilidad a la administrada de impugnar el acto ante el juzgado competente y posteriormente ante la Cámara, debido a que el Concejo Municipal, no solo decidió suprimir la plaza, sino también, dar por terminado el contrato.

En razón de lo anterior, esta Sala considera que ante la dualidad en la decisión de la autoridad demandada, no se puede aplicar el criterio único de que lo que existió fue una supresión de plaza.

En relación a la supresión de plazas, esta Sala ha sostenido que cuando ésta constituya la causa de terminación de una relación laboral, el afectado debe venirse directamente a impugnar dicho acto a esta sede judicial, no obstante, por lo expuesto en relación a la duplicidad de razones que dieron origen a la terminación del vínculo laboral, una vez analizado lo referente a la terminación de la relación laboral por terminación de contrato, procede analizar si la supresión de plaza se hizo en legal forma, bajo las siguientes consideraciones:”

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 44-2011, fecha de la resolución: 12/08/2015.

CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO

DERECHOS DEL CONSUMIDOR

“El artículo 1 de la Ley de Protección al Consumidor determina que «El objeto de esta ley es proteger los derechos de los consumidores a fin de procurar el equilibrio, certeza y seguridad jurídica en sus relaciones con los proveedores». Es evidente la existencia de una relación entre un consumidor y un proveedor.

La misma normativa —artículo 3— define al consumidor como «toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien, reciba oferta de los mismos, cualquiera que sea el carácter público o privado, individual o colectivo de quienes los producen, comercialicen, faciliten, suministren o expidan»;y, al proveedor como «toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, suministro, construcción, distribución, alquiler, facilitación, comercialización o contratación de bienes, transformación, almacenamiento, transporte, así como de prestación de servicios a consumidores, mediante el pago de precio, tasa o tarifa. Para efectos de esta ley, también quedan sujetas las sociedades nulas, irregulares o de hecho, respondiendo solidariamente cualquiera de sus integrantes. Así mismo, será considerado proveedor, quien, en virtud de una eventual contratación comercial, entregue a título gratuito bienes o servicios».

Inequívocamente se debe expresar que tal norma regula la protección de los consumidores y las relaciones que de ésta se originen, e incluso, de la pro-

moción y publicidad previas a las mismas. El Derecho del Consumidor tiende a proteger a los destinatarios finales de los bienes y servicios de los efectos dañinos de la asimetría informativa existente en el mercado, así como de los incumplimientos contractuales injustificables realizados por el proveedor. Considerando que el proveedor, generalmente, se encuentra con un grado de ventaja frente al consumidor.

2.2 Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad en materia administrativa sancionatoria supone dolo o culpa en la acción sancionable. Se debe entender que para la imposición de una sanción por infracción administrativa es indispensable que el sujeto haya obrado dolosa o cuando menos culposamente, es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto, quedando excluido cualquier parámetro de responsabilidad objetiva en la relación del administrado frente a la Administración, pues ésta, para ejercer válidamente la potestad sancionatoria, requiere que la contravención al ordenamiento jurídico haya sido determinada por el elemento subjetivo en la conducta del administrado”.

EL TRANSPORTE QUE EFECTÚAN VARIOS TRANSPORTISTAS SUCESIVAMENTE CONSTITUIRÁ UN SOLO TRANSPORTE, FUNDADO EN PRINCIPIO DE INDEMNIZACIÓN EQUITATIVA Y EN EL PRINCIPIO DE RESTITUCIÓN

“La sociedad actora argumentó que no se demostró dolo o culpa en su actuar. Se basó en el hecho que el señor R.E.M.C.—viajero (consumidor)— realizó su contratación para viajar de Copenhague, Dinamarca, hacia El Salvador, con escala en Panamá, este último tramo realizado por COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S.A., sin embargo, en dicha conexión, la referida sociedad no recibió de KLM —empresa de aviación con la que se realizó la contratación— el equipaje del señor M.C.. En tal sentido, considera que no existe responsabilidad de parte de COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S.A., debido a que no se comprobó la existencia de dolo o culpa.

Inicialmente es necesario establecer que el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional está ratificado por El Salvador mediante el Decreto Legislativo número 308, del once de mayo de dos mil siete, publicado en el Diario Oficial número 375, del seis de junio de dos mil siete. Dicha norma, según sus considerandos, entre otros, parte de la importancia de asegurar la protección de los intereses de los usuarios del transporte aéreo y la necesidad de una indemnización equitativa fundada en el principio de restitución. Regula, en el artículo 1 número 1, el ámbito de aplicación, mencionando, principalmente, una remuneración (económica) por las situaciones previstas en la norma.

Irrefutablemente, se debe concluir que tal convenio regula, específicamente, la responsabilidad civil de los transportistas aéreos que pueda surgir de los imprevistos generados en el transporte aéreo de personas, equipaje o carga.

Particularmente, entre los aspectos regulados se resalta el artículo 1, párrafo 3, que establece: «El transporte que deban efectuar varios transportistas sucesivamente constituirá, para los fines del presente Convenio, un solo transporte

cuando las partes lo hayan considerado como una sola operación, tanto si ha sido objeto de un solo contrato como de una serie de contratos, y no perderá su carácter internacional por el hecho de que un solo contrato o una serie de contratos deban ejecutarse íntegramente en el territorio del mismo Estado». Por otra parte, el artículo 36 especifica claramente que en el transporte sucesivo cada transportista que participe en él es considerado una de las partes del contrato de transporte en la medida en que el contrato se refiera a la parte del transporte efectuado bajo supervisión. En tal sentido, el vínculo contractual entre los transportistas y el transportado — personas, equipaje o carga— debe entenderse que es el mismo.

Así que, ante la referida regulación, para el caso en concreto, se debe concluir que el contrato realizado por KLM y el señor R.E.M.C., para el transporte del pasajero y su equipaje de Copenhague, Dinamarca hacia El Salvador, debe ser considerado uno solo, en el cual, los transportistas contratados eran, indistintamente, KLM y COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S.A.

A folio 8 del expediente administrativo se encuentra el formulario de reclamación de equipaje realizado a COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S.A. Tal reclamo, reafirma la relación contractual concluida anteriormente, pues, es simple lógica que, el reclamo debe dirigirse a quien se encuentra obligado contractualmente, de lo contrario, la sociedad transportista no tendría obligación de recibir el mismo. El artículo 45 del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional expone quien es el destinatario de las reclamaciones de la siguiente manera: «Por lo que respecta al transporte realizado por el transportista de hecho, la acción de indemnización de daños podrá iniciarse, a elección del demandante, contra dicho transportista o contra el transportista contractual o contra ambos, conjunta o separadamente. Si se ejerce la acción únicamente contra uno de estos transportistas, éste tendrá derecho a traer al juicio al otro transportista, rigiéndose el procedimiento y sus efectos por la ley del tribunal que conoce el caso».

LA FALTA DE ENTREGA DE LOS BIENES, SEA POR EXTRAVÍO, PÉRDIDA O RETRASO LO OBLIGA A RESPONDER CIVIL Y ADMINISTRATIVAMENTE

“En tal sentido, se debe establecer que el reclamo impuesto se configura como ejecución del contrato, por la existencia de un incumplimiento por parte del transportista.

El incumplimiento referido puede tener su origen en causas independientes de la voluntad del transportista —indistintamente KLM o COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S.A.—, como podría ser el caso fortuito o fuerza mayor, o de causas que dependen de su voluntad, tal como sucede cuando concurre dolo, que supone voluntad y conciencia en el incumplimiento, o culpa, que implica la mera negligencia.

El artículo 42 del Código Civil establece que «*La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de

poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro».

La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución de las nueve horas del ocho de septiembre de dos mil seis, con referencia número 1482 Cas. S.S., expuso que: «(...) el cumplimiento imperfecto de las obligaciones adquiridas (...) faltando a la diligencia que todo comerciante debe tener en la dirección de sus negocios, esto es lo que se denomina como “culpa leve”, que se refiere a la diligencia ordinaria que todo hombre de negocios debe emplear, de la cual, de acuerdo al régimen de responsabilidad, sólo se responde en los supuestos de contratos bilaterales o recíprocos, es decir, en aquellos contratos que acarrean obligaciones para ambas partes».

Es necesario recordar que la impugnación del presente acto versa en el extravío de bienes, propiedad del señor R.E.M.C., en el traslado del equipaje, y no en cuanto al retraso del mismo.

Así es que la multa impuesta a COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S. A., es por la atribución del cometimiento de la infracción tipificada en el artículo 43 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor. El cual establece que: «Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: (...) e) No entregar los bienes o prestar los servicios en los términos contratados».

La relación contractual y el nexo existente entre las aerolíneas que contrataron con el señor R.E.M.C. son situaciones basadas en el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, las cuales, como ya se mencionó, son, específicamente, en cuanto a una responsabilidad civil y no, responsabilidad administrativa o penal.

A pesar de lo anterior, se refleja la relación existente entre un proveedor — aerolíneas— y un consumidor —viajero y su equipaje— y, por ende, la protección que éste último debe tener. En tal sentido, se debe verificar, de acuerdo con la pretensión planteada, si existió dolo o culpa por la actuación del transportista —indistintamente, KLM o COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S.A.— y si se tipifica la infracción establecida en el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor.

Es necesario establecer que, de acuerdo con los hechos plasmados en la demanda como del expediente administrativo, la pérdida en sí de los bienes señalados no es objeto de atribución de la sanción, sino que la falta de entrega de los mismos y, por ende, el incumplimiento de lo pactado.

El consumidor, para el caso en concreto, el señor R.E.M.C., contrató con KLM o COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S.A. —indistintamente—, el transporte de él y de su equipaje proveniente de Copenhague, Dinamarca, con destino a El Salvador, realizando conexión en Panamá”.

REALIZADO EL CONTRATO DE TRANSPORTE SUCESIVAMENTE, LAS EMPRESAS DEBEN TENER EL CUIDADO QUE SE DEBE EMPLEAR ORDINARIAMENTE EN SUS NEGOCIOS PROPIOS, A EFECTO DE ENTREGAR LOS BIENES DE LOS PASAJEROS

“Si bien es cierto que COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S.A. no recibió el equipaje al momento de transportar al señor M.C. desde Panamá hasta El Salvador, con base en la relación contractual establecida entre el transportista —KLM o COMPAÑÍA PANAMEÑA DE AVIACIÓN, S.A. (indistintamente)— y el viajero, el transportista debió actuar diligentemente como todo comerciante, ya sea respecto del viajero como de su equipaje.

Es decir que su actuar se adecua al descuido leve regulado en el artículo 42 del Código Civil, debido a que no tuvo el cuidado que se debe emplear ordinariamente en sus negocios propios, a efecto de entregar los bienes propiedad del señor R.E.M.C.. Consecuentemente, incumplió la entregar los bienes y, por ende, no prestó los servicios en los términos contratados”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 148-2010, fecha de la resolución: 24/08/2015.

CUENTAS BANCARIAS

RECARGOS POR INACTIVIDAD

“La parte actora alegó en la demanda, que para que un hecho sea sancionable debe existir dolo o culpa y además un nexo de culpabilidad que implique un grado de responsabilidad del hecho que se imputa. En ese sentido, al estar el Banco demandante sujeto al control de la Superintendencia del Sistema Financiero, éste aplicó la Norma Prudencial NPB4-21 autorizada por el Banco Central de Reserva y Superintendencia del Sistema Financiero, lo que generó un error de prohibición, ya que el artículo 5 de la Norma Prudencial mencionada era contrario a lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor. Alegó que debido al evidente error de prohibición inducido por la Administración, no existe culpabilidad por parte del Banco, lo cual incluso fue aceptado por la autoridad demandada.

Al respecto, la autoridad demandada señaló que si bien no había dolo en la actuación del referido Banco, si existió negligencia en su actuación, ya que el Banco demandante es manejado por profesionales a los que difícilmente se les puede atribuir un error invencible respecto del contenido de las leyes reguladoras del desarrollo de sus funciones.

Al aplicar el Principio de Culpabilidad al caso de autos, debe considerarse que el Banco demandante se encuentra sujeto al control de la Superintendencia del Sistema Financiero, Institución que funciona como ente rector y regulador

de la actividad bancaria. De conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, la citada Superintendencia, es una Institución integrada al Banco Central de Reserva de El Salvador, que contará con autonomía en lo administrativo, presupuestario y en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley. Por su parte, el artículo 2 de dicha Ley establece que la referida Superintendencia tendrá como finalidad principal vigilar el cumplimiento de las disposiciones a las Instituciones sujetas a su control, y le corresponderá la fiscalización del Banco Central, de los Bancos Comerciales, entre otros. En dicha normativa, es que el Banco demandante justifica que aplicó la Norma Prudencial NPB4-21 -autorizada por el Banco Central de Reserva y la Superintendencia del Sistema Financiero-, lo cual hizo con absoluta confianza y certeza de estar actuando en la forma correcta al utilizar para el caso la Ley especial que consideró aplicable.

Sin embargo, debe anotarse que la NPB4-21 —a la cual la autoridad demandada otorgó carácter de “ley especial” preferente sobre la Ley de Protección al Consumidor, fue aprobada por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero, en las sesiones del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y nueve y cinco de enero de dos mil, en uso de la potestad que le otorga el artículo 66 inciso final de la Ley de Bancos: “la Superintendencia deberá emitir las disposiciones que permitan la aplicación de este Capítulo (Relaciones entre las operaciones activas y pasivas)”. Teniendo en cuenta ello, dicha norma prudencial —emitida en ejercicio de la potestad normativa de la Administración— tiene el carácter de fuente secundaria y, por ello, subordinada a la fuente constitucional y a las fuentes primarias. Por su parte, la Ley de Protección al Consumidor, fue emitida por la Asamblea Legislativa, en ejercicio de lo prescrito en el artículo 131 ordinal 5° de la Constitución de la República, mediante el Decreto Legislativo número setecientos setenta y seis del dieciocho agosto de dos mil cinco, publicado en el Diario Oficial ciento sesenta y seis, tomo trescientos sesenta y ocho, del ocho de septiembre de dos mil cinco.

La Sala de lo Constitucional en la Sentencia del cuatro de abril de dos mil ocho, Inc. 40-2006, ha sostenido que las leyes, atendiendo a la preferencia de una sobre otra en la aplicación, pueden ser generales o especiales. La ley general regula un ámbito amplio de sujetos, situaciones o cosas, mientras que la ley especial regula un sector más reducido y se sustrae del ámbito general —en atención a valoraciones específicas que, según el legislador, justifican un tratamiento diferente-.

Si bien la parte actora sostiene que el artículo 5 de la NPB4-21 estaba en “aparente” contradicción con los artículos 19 letra a) y 20 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, los cuales, respectivamente, establecen obligaciones y prohibiciones especiales para los proveedores de servicios financieros, esta Sala considera que, no obstante la Ley de Protección al Consumidor en principio es una Ley general —regula un ámbito amplio de sujetos, situaciones o cosas—, ello no impide que en la misma existan disposiciones especiales dirigidas a resolver situaciones particulares. En ese sentido, los artículos 19 letra a) y 20 letra e) de la referida Ley, son también normas especiales, ya que fueron emitidas para establecer obligaciones y prohibiciones específicas de los proveedores de

servicios financieros —a diferencia de otras disposiciones de dicha Ley que tienen carácter general, en cuanto van dirigidas a cualquiera que establezca relaciones con los consumidores—.

Ahora bien, la parte actora señala una contradicción aparente entre los artículos citados de la Ley de Protección al Consumidor y la NPB4-21, ya que al ser esta última una norma vigente especial de obligatorio cumplimiento para el Banco Salvadoreño S.A. —ahora Banco Davivienda S.A.—, era de aplicación preferente sobre la Ley de Protección al Consumidor. Sin embargo, como ha quedado establecido, tal argumento no es tan válido ya que la Ley de Protección al Consumidor también es una fuente normativa vigente, de obligatorio cumplimiento, y los artículos 19 letra a) y 20 letra e) de la misma, constituían también normas especiales. Ello implica que sí existía una antinomia, pues dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal y material) imputaban efectos jurídicos incompatibles en las mismas condiciones fácticas. Así, el conflicto generado por la incompatibilidad se entablaba entre una disposición que prohibía hacer algo —la Ley de Protección al Consumidor— y otra que permitía hacerlo —la NPB4-21—. Sin embargo es clave señalar que el artículo 5 de la NPB4-21 solo establece qué se entiende por “recargo” aplicado por los bancos; no obliga a las entidades bancarias a realizar ese cobro a los ahorrantes.

Con el fin de dirimir el conflicto planteado debe tenerse en cuenta que en el presente caso, el conflicto normativo se produce entre una ley formal y una norma infralegal, por lo que, al ser normas de distinto grado jerárquico, aquella de menor fuerza normativa resulta inválida. Si bien es cierto que la NPB4-21 entró en vigencia antes que la Ley de Protección al Consumidor —por lo que, a partir de su emisión, las actuaciones basadas en ella eran válidas—, con la aprobación de la Ley de Protección al Consumidor se generó una invalidez sobrevenida. En otras palabras, la norma prudencial fue válida hasta la creación de la norma superior.

Así, en razón de que tanto las disposiciones de la NPB4-21 como las de la Ley de Protección al Consumidor constituyen normas especiales en el caso concreto, el criterio de especialidad no es idóneo para resolver el conflicto. En ese sentido, dado que, por un lado, la Ley de Protección al Consumidor establece una prohibición dirigida especialmente a los proveedores de servicios financieros y, por otro lado, la NPB4-21 establece un permiso positivo para los mismos proveedores, no existe una disposición general que pueda ser interpretada restrictivamente, por lo que es imposible aplicar una de las normas sin que entre en conflicto con la otra —hacerlo supondría anular la fuerza de las normas—. Consecuentemente, el conflicto debe resolverse por aplicación de la norma superior”.

FALTA DE DOLO O CULPA AL PRODUCIRSE UN ERROR DE HECHO O DERECHO EN LA APLICACIÓN DE LEY, EXCLUYE DE RESPONSABILIDAD EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIÓN A LA INSTITUCIÓN QUE LO COMETE

“No obstante lo expuesto, el Banco demandante alega que, en su caso se produjo un error de prohibición inducido por la Administración, ya que a su juicio

el artículo 5 de la Norma Prudencial NPB4-21, a pesar de estar en aparente contradicción con la Ley de Protección al Consumidor, era norma vigente dictada por la Superintendencia del Sistema Financiero y en ese sentido, de obligatorio cumplimiento para los operadores bancarios de conformidad con el artículo 2 de la citada norma prudencial que señala que “Los sujetos obligados al cumplimiento de estas Normas son los bancos constituidos en El Salvador, las sucursales de bancos extranjeros establecidas en el país, las oficinas de bancos extranjeros establecidos en el país, y el Banco Central de Reserva”, por lo cual decidió aplicar la norma prudencial en referencia, en el entendido que su actuación se encontraba apegada a derecho.

Con base en lo expuesto, esta Sala considera que el Banco demandante efectivamente actuó carente de dolo y culpa al aplicar la norma específica NPB4-21 dictada por el ente que no solo le regula, sino que además vigila sus actuaciones, y aunque erró al analizar la jerarquía normativa que se ha expuesto en este considerando, actuó en ausencia de culpabilidad creyendo que era lícito aplicar el artículo 5 de la Norma Prudencial NPB4-21, obrando pues de buena fe y con fundamento jurídico.

Así pues, la ausencia de dolo y culpa en la conducta del Banco demandante, únicamente permite que se le exonere de la multa impuesta, más no es argumento suficiente para dotar de legalidad su actuación con relación a los cobros por inactividad y manejo de cuentas que realizó a un buen número de ahorrantes, ya que como se dijo, el artículo 5 de la NPB4-21 no habilita a las entidades bancarias a realizar esos cobros a los ahorrantes.

La parte actora alegó en su demanda, la falta de proporcionalidad de la multa impuesta, sin embargo, debido a la exoneración de la multa por fatal de dolo y culpa que se ha advertido en el caso de autos, lo cual afecta la legalidad de la multa impuesta, no es necesario entrar al análisis de dicho argumento de ilegalidad.

Finalmente la parte actora alega que la autoridad demandada realizó una errónea interpretación del artículo 73 de la Ley de Bancos, ya que confunde dos figuras distintas, que son la inactividad y la prescripción y agregó que el origen de la inactividad es eminentemente contractual, fundamentado en la norma prudencial NPB4-21 autorizada por el Banco Central de Reserva, cuyo fundamento es la pasividad del movimiento de la cuenta.

La autoridad demandada señaló que el llamado recargo por inactividad es contrario a lo regulado en el artículo 19 letra a) de la Ley de Protección al Consumidor y que el artículo 73 de la Ley de Bancos, fue un elemento que abonó a fundamentar que el legislador no había dispuesto ante la inactividad de las cuentas los pretendidos efectos que le otorgó el Banco demandante, siendo en consecuencia inválido efectuar el recargo por inactividad por falta de asidero legal.

Como ha quedado establecido en el considerando que antecede, si bien la NPB4-21 entró en vigencia antes que la Ley de Protección al Consumidor —por lo que, a partir de su emisión, las actuaciones basadas en ella eran válidas—, con la aprobación de la Ley se generó una invalidez sobrevenida de la referida norma prudencial, es decir que la norma prudencial fue válida hasta la creación de la norma superior.

Por ello, y sobre este punto, es básico revisar lo que al respecto regula la Ley de Protección al Consumidor, que en su artículo 18 literal c) señala: “Queda prohibido a todo proveedor: (...)c) Efectuar cobros indebidos, tales como cargos directos a cuenta de bienes o servicios que no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el consumidor. En ningún caso el silencio podrá ser interpretado por el proveedor como señal de aceptación del cargo de parte del consumidor.” Asimismo, el artículo 19 del mismo cuerpo legal prescribe que “Los proveedores de servicios de crédito, bursátiles o servicios financieros en general, en sus relaciones contractuales con los consumidores de los referidos servicios, están obligados según el caso, a cumplir con lo siguiente: a) Cobrar sólo los intereses, comisiones y recargos que hubiesen sido convenidos con el consumidor, en los términos y formas establecidos en el contrato, y conforme a la ley”.

Por su parte, el artículo 73 de la Ley de Bancos señala que “Se tendrán por prescritos y pasarán a favor del Estado, los saldos a cargo de bancos y a favor del público ahorrante provenientes de depósitos, títulos de capitalización, giros recibidos o cualesquiera otras cuentas que hubieren cumplido diez o más años de permanecer inactivas”.

INICIO DE LA PRESCRIPCIÓN EN LAS CUENTAS QUE SE CONSIDERA INACTIVA

“Se entenderá que una cuenta ha permanecido inactiva cuando su titular no haya efectuado con el banco, acto alguno que muestre su conocimiento de la existencia del saldo a su favor o su propósito de continuar manteniéndolo como tal en el banco. En ambos casos, el plazo de la prescripción se empezará a contar a partir de la fecha en que se ejecutó el último acto.

Con el fin de evitar la prescripción, en los primeros sesenta días de cada año calendario, cada banco deberá publicar una vez en dos de los diarios de circulación nacional la lista total de cuentas que en el año inmediato anterior hayan cumplido ocho o más años de permanencia inactivas, indicando el número y clase de la cuenta y el nombre de los titulares por orden alfabético. Los bancos podrán, adicionalmente y a su juicio, utilizar otros medios para evitar la prescripción”.

Lo anterior implica que el legislador ya estableció claramente la consecuencia jurídica de la inactividad de las cuentas al disponer que, después de transcurridos diez años los saldos de esas cuentas pasarán al Estado y no a favor del Banco. Además, el recargo por inactividad, en la medida que extingue el saldo de las cuentas, contraría la consecuencia legal consignada en la norma, ya que no sólo se afecta al ahorrante, sino al Estado mismo al impedir que éste pueda disponer de los fondos en los términos que la Ley señala.

Del análisis de lo planteado por las partes y la normativa relacionada, es posible concluir que, la autoridad demandada no interpretó erróneamente el contenido del artículo 73 de la Ley de Bancos, ya que la Ley aplicable es clara y precisa en sus postulados, mismos que fueron correctamente aplicados por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor al emitir los actos administrativos impugnados.

Finalmente, queda claro que el cobro de recargos por inactividad no encuentra asidero legal en la NPB4-21 como asegura la parte actora, y por el contrario, constituye un incumplimiento del Banco a su obligación de cobrar comisiones y recargos de conformidad con los parámetros establecidos en los artículos 18 literal e) y 19 literal a) de la Ley de Protección al Consumidor, por lo cual dichos cobros por inactividad y manejo de cuentas, se encuentran al margen de la Ley y es así como deben declararse.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que en este aspecto, no se han configurado las violaciones alegadas.

6. CONSIDERACIONES SOBRE EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO VIOLADO.

Dado que esta Sala decretó oportunamente la suspensión provisional de la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados mediante auto de las quince horas y cuarenta y dos minutos del diecinueve de octubre de dos mil nueve, el Banco demandante no vio modificada de forma perjudicial su esfera jurídica patrimonial, ya que no se hicieron efectivas las ordenes de reintegro y el pago de la multa impuesta. En virtud de lo anterior y habiéndose determinado la ilegalidad de la multa impuesta, procede advertir que las autoridades demandadas únicamente podrán exigir del Banco demandante que realice los reintegros ordenados, sin poder realizar el cobro de la multa impuesta, por la supuesta infracción a la Ley de Protección al Consumidor”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 459-2007, fecha de la resolución: 26/06/2015.

DEBIDO PROCESO

PRINCIPIO DE LEGALIDAD, DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA, PETICIÓN Y RESPUESTA

“B. Fundamentos de derecho

1. Objeto y límites de la pretensión

La demandante pretende que se declare la ilegalidad del acta de audiencia de recepción a pruebas emitida el dieciséis de diciembre de dos mil cinco por el Tribunal de la Carrera Docente, mediante la cual se absuelve a los denunciados José Héctor S. e Israel D. E., miembros de la Junta de la Carrera Docente del departamento de San Miguel.

Hace recaer la ilegalidad del acto en la violación a las siguientes categorías:

- 1) El derecho al debido proceso, de conformidad con el artículo 14 de la Constitución de la República, ya que la autoridad demandada pronunció el fallo sin valorar las pruebas y sin seguir el procedimiento establecido en la ley.
- 2) El derecho de audiencia y defensa, establecidos en los artículos 86 inciso primero de la Ley de la Carrera Docente y 11 de la Constitución de la República, al haber hecho caso omiso el tribunal demandado de las pruebas documentales presentadas.
- 3) El incumplimiento a las formalidades que debe contener la sentencia, estipuladas en los artículos 84 de la Ley de la Carrera Docente y 427 del Código

de Procedimientos Civiles, debido a que el Tribunal de la Carrera Docente, en un acta de audiencia de recepción de pruebas, emitió el fallo.

- 4) El derecho de petición y respuesta, establecido en el artículo 18 de la Constitución de la República, al no entregarle el tribunal demandado el expediente solicitado para presentarlo a esta sede judicial.

En cuanto al último motivo de ilegalidad, deben realizarse las siguientes consideraciones.

La demandante asegura que la referida ilegalidad se concretó al no haberse proporcionado el expediente que requirió de la autoridad demandada. De lo argumentado se advierte que se trata de una petición cuya respuesta, según se afirma, fue desfavorable a los intereses de la solicitante, bien de manera expresa (al emitirse un acto motivado por esa petición) o en forma tácita, al omitirse respuesta alguna, lo que, en todo caso, origina un acto denegatorio presunto, también susceptible de impugnación.

Por tal razón, en uno u otro supuesto, estaríamos en presencia de un acto desfavorable —expreso o presunto— *distinto del impugnado expresamente en la demanda*. Es decir, la violación al derecho de petición y respuesta denunciada sería un motivo de ilegalidad predicable únicamente contra aquel acto desfavorable *que no es objeto de controversia en esta sede*. En consecuencia, el cuarto motivo de ilegalidad no será analizado por esta Sala. [...]

a) Sobre el Debido Proceso.

El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

Este principio implica un proceso en el que se respeten a las partes todos los derechos de naturaleza procesal constitucional que le asisten, entre los que destacan: el derecho de audiencia, igualdad procesal y presunción de inocencia.

Esta Sala ha manifestado en repetidas ocasiones que, en sede administrativa, el debido proceso encuentra su concreción cuando los administrados plantean sus alegatos y tienen una real oportunidad de probarlos y, consecuentemente, son tomados en cuenta por la Administración Pública al momento de resolver. Las pruebas son valoradas, aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que, convengan o no, permitan conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio lógico que fundamenta el mismo, dentro del acto administrativo.

b) Sobre la Garantía de Audiencia y el Derecho de Defensa.

Los derechos de audiencia y defensa se encuentran íntimamente vinculados. El primero de ellos, regulado en el artículo 11 de la Constitución de la República, es un concepto abstracto que exige, antes de proceder a limitar la esfera jurídica de una persona o privársele de un derecho, ser oído y vencido previamente con arreglo a las leyes.

Por su parte, el derecho de defensa es de contenido procesal, e implica que, para solucionar cualquier controversia, los individuos contra quienes se instruye un determinado proceso tengan pleno conocimiento del hecho o actuación que se les reprocha, brindándoseles además una oportunidad procedimental de ex-

poner sus razonamientos y de defender posiciones jurídicas a efecto de desvirtuarlos —principio del contradictorio— y sólo podrá privárseles de algún derecho después de haber sido vencidos con arreglo a las leyes, las cuales deben estar diseñadas de forma que posibiliten la intervención efectiva de los gobernados.

Para que exista un debido proceso, es necesario que éste sea sustanciado conforme a la Constitución y que se respete íntegramente el derecho de audiencia, ya que éste es un elemento esencial y configurativo para la protección de los derechos constitucionales de los impetrantes.

En consecuencia, la finalidad de la garantía de audiencia que se concede a los gobernados mediante un determinado procedimiento, con todas las garantías como condición a la imposición de una pena, es doble. De una parte, supone dar al acusado la plena posibilidad de defenderse, al hacérsele saber el ilícito que se le reprocha, y al facilitarle el ejercicio de los medios de defensa que estime oportunos. La segunda finalidad es que la autoridad decisora disponga de todos los elementos de juicio necesarios para emitir su resolución; y es que el conjunto de actuaciones en que se plasma el proceso, constituye el fundamento de la convicción de la autoridad que decide la situación que se haya conocido.

4. APLICACIÓN AL CASO EN DEBATE

La demandante alegó que con el acto impugnado se le violentó el derecho al debido proceso, ya que la autoridad demandada pronunció el fallo sin la valoración de las pruebas y sin el procedimiento establecido en la ley. Asimismo, alegó que se vulneraban las formalidades que debe contener la sentencia, estipuladas en los artículos 84 de la Ley de la Carrera Docente y 427 del Código de Procedimientos Civiles, al haber emitido dicho fallo en un acta de audiencia de recepción de pruebas.

Al respecto, la autoridad demandada expresó que no pudo valorar prueba al momento de emitir sentencia debido a que, como consta en la misma resolución impugnada, la demandante no se presentó a la práctica de la diligencia a la que fue legalmente citada, misma que la Ley de la Carrera Docente contempla como el momento procesal destinado para incorporar los elementos probatorios. Adicionalmente, advirtió que corresponde al actor la carga de la prueba, en virtud de lo establecido en el artículo 237 del Código de Procedimientos Civiles; de manera que, conforme con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley de la Carrera Docente —que ordena resolver concluida la audiencia de pruebas—, se absolvió a los denunciados.

Dicho lo anterior, debe señalarse que el artículo 84 de la Ley de la Carrera Docente regula los requisitos que una sentencia definitiva, emitida por la Junta de la Carrera Docente, debe contener, que para el caso son aplicables al Tribunal de la Carrera Docente, en virtud de las facultades que le establece el artículo 75 inciso tercero de dicha ley, para el procedimiento de remoción de los miembros de las Juntas de la Carrera Docente.

En tal sentido, los requisitos a que se refiere el artículo 84 del citado cuerpo legal son: (1) la mención de la Junta, el lugar, día y hora en que se ha dictado, el nombre de los miembros, el del denunciante, el del defensor, las generales del denunciado y la enunciación de los hechos que han sido objeto del procedimiento; (2) la determinación precisa y circunstanciada del hecho denunciado; (3) la

parte dispositiva con mención de las normas aplicables, con exposición precisa de los motivos de hecho y de derecho en que los fundamentan; y, (4) la firma de los miembros de la Junta. Además, el inciso final de dicho artículo estipula que *en la fundamentación de la sentencia se valorará la prueba producida en base a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta las formalidades establecidas en el procedimiento civil.*

Asimismo, es procedente citar el artículo 105 de la Ley de la Carrera Docente, el cual regula que en todo lo no previsto en la presente ley se aplicará las normas del Derecho común.

En concordancia con lo anterior, el artículo 427 del Código de Procedimientos Civiles, en la fracción tercera, establecía que en la redacción de las sentencias definitivas de la primera o única instancia se observarán las reglas siguientes: «3a.) En los “Considerandos” estimará el valor de las pruebas, fijando los principios en que descansa para admitir o desechar aquellas cuya calificación deja la ley a su juicio». Además, el artículo 428 del mismo cuerpo legal prescribía que las sentencias definitivas de los tribunales superiores serán por “Vistos”, y se observarán en ellas las reglas la., 3a. y 4a. del artículo anterior; relacionarán brevemente y a fondo las pruebas presentadas y conducentes en la instancia; darán las razones y fundamentos legales que estimen procedentes, citando las leyes y doctrinas que consideren aplicables.

Esta Sala, antes de analizar la supuesta violación al debido proceso y el derecho de defensa y la garantía de audiencia alegados, considera oportuno valorar si los defectos de forma de la sentencia que ha señalado la demandante condicionan indefectiblemente la legalidad del acto, con base en las disposiciones citadas.

El fallo emitido por el Tribunal de la Carrera Docente, procedimiento iniciado con la denuncia de la demandante con base en las causas del artículo 75 de la Ley de la Carrera Docente y que fue impulsado conforme al procedimiento común, según el inciso tercero del citado artículo, no cumple en estricto sentido el artículo 84 inciso final de la Ley de la Carrera Docente en relación con el artículo 427 fracción tercera del Código de Procedimientos Civiles, antes enunciados, al no fundamentar y valorar la prueba producida en el proceso.

Sin embargo, esta Sala ha establecido en reiteradas ocasiones que el Derecho no ha de pugnar por la protección de las formas en tanto meras formas, sino atender a la finalidad que las sustenta. El principio de instrumentalidad de las formas enuncia que éstas no constituyen un fin en sí mismas «sino que trascienden la pura forma y tienen por télesis última garantizar la defensa en el juicio. No hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio». (Luis A. Rodríguez: Nulidades Procesales, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994).

En tal sentido, los defectos de forma o procedimentales no condicionan indefectiblemente la ilegalidad del acto final. Un vicio de forma acarrea nulidad del acto cuando por dicho vicio éste carece de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, o cuando da lugar a la indefensión de los interesados en el procedimiento.

Como es sabido, el procedimiento administrativo no es una mera exigencia formalista para la configuración del acto, sino que desempeña una función de garantía, en tanto le proporciona al administrado la oportunidad de intervenir en la emisión del acto que puede afectarle. Es así que los vicios de tramitación se traducen en ilegalidad del acto final, cuando el acto: ha sido dictado prescindiendo totalmente de procedimiento; en aplicación de un procedimiento distinto al previsto en la ley para el caso concreto; o ante la omisión de trámites o reglas esenciales que pongan en situación de indefensión al administrado.

En otros términos, los vicios de forma o procedimentales sólo producen ilegalidad del acto cuando éste se haya dictado colocando al administrado en una situación de indefensión, es decir, con una disminución efectiva, real y trascendente de sus garantías”.

NO EXISTE ILEGALIDAD POR LA MERA OMISIÓN DE FORMAS CUANDO EL ADMINISTRADO HA TENIDO PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, CON OPORTUNIDADES SUCESIVAS Y REALES DE DEFENSA

“En virtud de lo anterior, no existe ilegalidad por la mera omisión de formas cuando el administrado ha tenido participación en el procedimiento administrativo, con oportunidades sucesivas y reales de defensa, y ha expuesto razones de descargo ante la Administración.

En el presente caso, tal como consta en el acta de audiencia de recepción de pruebas de las siete horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de diciembre de dos mil cinco —acto impugnado, folios 7 y 8—, el tribunal demandado no tenía ningún género de prueba para valorar, por lo que, según el inciso segundo del artículo 83 de la Ley de la Carrera Docente, *«Concluida la audiencia, la Junta pronunciará la sentencia que corresponda»*.

En consecuencia, el Tribunal de la Carrera Docente no incumplió las formalidades que establece el artículo 84 de la Ley de la Carrera Docente, en relación con la fracción tercera del artículo 427 del Código de Procedimientos Civiles, dado que no podía efectuar ninguna valoración por no haberse presentado prueba alguna que fundamentara y/o motivara la decisión a tomar a efecto de desvanecer o sustentar, según el caso.

Por otra parte, en relación con la violación al debido proceso y, consecuentemente, al derecho de defensa y garantía de audiencia alegados por la impetrante, es procedente analizar si la autoridad demandada cumplió el marco regulatorio establecido para el proceso de remoción de miembros de la Junta de la Carrera Docente de San Miguel, iniciado por denuncia de la demandante con base en la causal primera del artículo 75 de la Ley de la Carrera Docente.

En el auto de las nueve horas cinco minutos del uno de diciembre de dos mil cinco, emitido por el Tribunal de la Carrera Docente, de conformidad con el artículo 83 de la Ley de la Carrera Docente, se señaló la celebración de la audiencia de recepción de pruebas a las siete horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de diciembre de dos mil cinco. Auto que fue notificado por medio del acta de las catorce horas veintidós minutos del nueve de diciembre de dos mil cinco, a la señora Mirna Elizabeth Z.

En vista que la práctica de la Audiencia de Recepción de Pruebas fue programada y legalmente notificada, esta Sala considera que la autoridad administrativa ofreció las garantías mínimas para que la demandante pudiera ejercer sus derechos, incluido el de presentar la prueba conducente a los hechos denunciados, durante la etapa prevista para tal fin. Todo con base en los artículos 83 antes citado y 237 del Código de Procedimientos Civiles, que impone al que alegue un derecho a su favor el deber de probarlo. Es decir, en el ejercicio del derecho de acción el «*onus probandi incumbit actor*», siempre la carga de la prueba incumbe a quien lo alega.

En tal sentido, la demandante fue legalmente notificada de cada una de las etapas procesales llevadas a cabo en la sede administrativa, teniendo la oportunidad real y verdadera de ejercer su derecho de defensa y la garantía de audiencia, por lo que no existe violación al derecho al debido proceso tal como ha sido alegado. La carga de la prueba corrió por cuenta de la actora y contó con los medios que para tal propósito le franqueaba la ley. De ahí que el acto controvertido del tribunal demandado no está viciado de las ilegalidades señaladas por la parte actora”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 89-2006, fecha de la resolución: 16/02/2015.

Relaciones:

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 333-2009, fecha de la resolución: 26/02/2015.

DEDUCCIONES TRIBUTARIAS

EN CONCEPTO DE GASTOS POR DIVERSOS SERVICIOS DE INTERCONEXIÓN INTERNACIONAL

“La Sociedad COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, por medio de su apoderada general judicial, licenciada Marcela Magali Ramos Cuéllar, ha demandado tanto a la Dirección General de Impuestos Internos (en lo sucesivo la Dirección) como al Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas (en lo sucesivo el Tribunal) por la supuesta ilegalidad de dos actos administrativos que determinaron y confirmaron, respectivamente, cuota de impuesto sobre la renta por la cantidad de dos millones setenta y siete mil cuatrocientos veintiún dólares de los Estados Unidos de América con dieciocho centavos de dólar (\$2,077,421.18); y multa por evasión no intencional por la cantidad de quinientos diecinueve mil trescientos cincuenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América con treinta centavos de dólar (\$519,355.30), respecto del ejercicio fiscal de dos mil seis.

La pretensión recae, primero y respecto del cálculo de la cuota del referido tributo, sobre la validez de la deducción de gastos de venta contabilizados en la cuenta 5207200, subcuenta Gastos por Interconexión Internacional por el monto de ocho millones trescientos cuarenta y tres mil setecientos sesenta y un dólares de los Estados Unidos de América con cincuenta y un centavos de dólar; y, se-

gundo y respecto de la multa, por el incumplimiento de ciertas garantías penales que, con base a la categorización del *iuspuniendi*, debió aplicar la Administración Tributaria en el procedimiento sancionador.

La objeción, hecha por la Administración Tributaria, no responde a la procedencia legal de la deducibilidad sino al incumplimiento de un requisito formal de validez: la retención exigida en el artículo 158 del Código Tributario y sancionada, para efectos de deducibilidad, en el artículo 29-A número 12) de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

A su vez, la Administración Tributaria sostiene la obligación de retención de la sociedad demandante y, por el contrario, ésta argumenta que no existe la obligación de retención para efectos del impuesto sobre la renta.

Para la resolución de la pretensión de deducibilidad de costos es necesario entender en qué consiste la operación económica que se pretende descalificar tributariamente de la obligación formal de retención para, así, estimar la deducibilidad de la renta obtenida por la sociedad demandante en el ejercicio tributario de dos mil siete.

No obstante que la relación jurídica, a la que se le exige la retención, ha sido denominada, tanto por la sociedad demandante como por la Administración Tributaria, como de interconexión internacional, esta Sala considera, para la mejor inteligibilidad, retomar los conceptos de telecomunicaciones, servicio público de telecomunicación, interconexión y desagregación para que, de ahí, se establezca inductivamente la obligación de retención conforme el artículo 158 del Código Tributario y, en consecuencia, la procedencia de la deducibilidad de los costos de la renta obtenida.

La Ley de Telecomunicaciones (artículo 6) define al servicio público de telecomunicaciones como "(...) cualquier servicio de telecomunicaciones que el Estado exige en virtud de ley, que se ofrezca al público en general. Estos servicios pueden incluir, entre otros, telefonía y transmisión de datos típicamente relacionados con información proporcionada por el cliente entre dos o más puntos, sin ningún cambio de extremo a extremo en la forma o contenido de la información del cliente, sin incluir los servicios de información".

De igual forma el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones (artículo 4), define a las telecomunicaciones como: "Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonido o información de cualquier naturaleza, a través de hilos, radioelectricidad, medios ópticos o cualquier otro sistema físico o inalámbrico".

La concepción de las telecomunicaciones, en ambas disposiciones, es unitaria pues preceptúan al servicio público como servicio indivisible que sólo se realiza si existe un intercambio de información entre dos usuarios de, para el caso sub júdice, telefonía, transmisión televisiva, etc. El Reglamento añade la particularidad, ajena a la definición de telecomunicaciones pero necesaria para el particular, del medio (transporte, conducto, canal, cauce) de transmisión de las telecomunicaciones: hilos, radioelectricidad, medios ópticos o cualquier otro sistema físico o inalámbrico. Esta disposición señala que el servicio público de las telecomunicaciones necesita un medio de transporte o difusión de las mismas. Es decir, separa a las telecomunicaciones del medio, o transporte, de transmisión.

Esa diferenciación entre el servicio de telecomunicaciones y el medio de transmisión y sujetos intervinientes lo regula, de forma genérica, el artículo 1 de la ,9 Ley de Telecomunicaciones al establecer el objeto de la ley: “La presente Ley tiene por objeto normar las actividades del sector telecomunicaciones, especialmente la regulación del servicio público de telefonía, la explotación del espectro radioeléctrico, el acceso a los recursos esenciales y el plan de numeración, incluyendo la asignación de claves de acceso al sistema multiportador.

Asimismo, se establece que la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, será la entidad responsable de aplicar y velar por el cumplimiento de las normas y regulaciones establecidas en esta Ley y su reglamento.

Las actividades de telecomunicaciones realizadas por los operadores de servicios de: a) radiodifusión sonora de libre recepción; b) televisión de libre recepción, c) distribución sonora por suscripción, a través de cable o medios radioeléctricos; y, d) distribución de televisión por suscripción a través de cable o medios radioeléctricos; estarán sujetas al régimen especial que establece el Título VIII de esta Ley”.

La Ley de Telecomunicaciones —artículo 19 letra a)— considera como recurso esencial de las telecomunicaciones a la interconexión y, la referida Ley, la define así:

Artículo 6 de la Ley de Telecomunicaciones:

“INTERCONEXIÓN: Es el servicio que permite a operadores y usuarios de distintas redes cursar tráfico de telecomunicaciones de una a otra red para que todos los usuarios finales estén en condiciones de comunicarse entre sí, o para que los usuarios finales conectados a una red de servicios de acceso, estén en condiciones de obtener servicios provistos por un operador de servicios intermedios”.

La citada definición distingue a la interconexión (recurso esencial de las telecomunicaciones) de la telecomunicación (abstracta e indivisible) y le denota a la interconexión— la naturaleza de servicio de transporte (objeto) que permite cursar (finalidad) a las telecomunicaciones a través de las redes (instrumento o herramienta).

También define a la red como la “(...) infraestructura o instalación utilizada por un operador para prestar servicios comerciales de telecomunicaciones”.

Por otra parte el mismo artículo 6 define a la DESAGREGACIÓN como: “La división en elementos arrendables de los distintos servicios que forman el servicio de interconexión”.

Hasta aquí se afirma que el servicio público de telecomunicaciones (incluido el de telefonía, *transmisión de signos, datos, imágenes, etc.*) es un servicio abstracto e indivisible que sólo existe en tanto haya una comunicación entre, por lo menos, dos usuarios (emisor y receptor) y, de ahí, la titularidad de ese servicio, derecho subjetivo que le corresponde a los usuarios de telecomunicaciones; no obstante, en el servicio— confluyen otros elementos, con objetos y finalidades propias, que lo efectivizan: la explotación del espectro radioeléctrico, el acceso a los recursos esenciales (que incluye a la interconexión propiamente dicha o de forma desagregada) y el plan de numeración, incluyendo la asignación de claves de acceso al sistema multiportador.

Esa idea de independencia [distinción] del servicio de las telecomunicaciones (fenómeno abstracto e indivisible) del recurso esencial de la interconexión propiamente dicha o de forma desagregada, se explica que, como ya se expuso, la telecomunicación existe en tanto haya una comunicación o transmisión entre, por lo menos, dos usuarios ya sea de telefonía o de envío de imágenes o datos, etc. pero aunque no exista una recepción de la comunicación o transmisión, y por ende no se consolide la comunicación o transmisión—, sí existe la interconexión internacional del enlace de la llamada originada en El Salvador en tanto que la intención de llamada internacional ha cursado por las redes tanto nacionales como internacionales de, por lo menos, dos operadores, o en el caso de transmisión de televisión, que dichas imágenes no sean re-transmitidas en el país de destino, si el corresponsal del exterior ha efectuado el transporte de la señal en su territorio a través de su infraestructura de telecomunicaciones.

Otra inferencia separatista [independentista] entre las telecomunicaciones y, en particular, los recursos esenciales es, además de las anteriores conclusiones motivadas, sustentada por el régimen sancionador de la Ley de Telecomunicaciones que, también, divide a las telecomunicaciones, como fenómeno abstracto e indivisible, de los recursos esenciales al establecer que, en el artículo 32 letra e), constituye infracción menos grave la desconexión arbitraria al servicio público de telefonía prestado al usuario y, por separado, categoriza como infracción muy grave, en el artículo 34 letras b), c) y e), la negación injustificada del acceso, la utilización sin autorización o la desconexión arbitraria de la interconexión en perjuicio de un operador.

El régimen sancionador, indirecta y subsidiariamente, reconoce la vulneración de los derechos subjetivos del usuario final por la desconexión ilegal al servicio público de telefonía y, por otra parte, la vulneración a los derechos subjetivos de los operadores por alguna alteración arbitraria en la interconexión de las telecomunicaciones”.

EL CONTRATO DE INTERCONEXIÓN ES UN CONTRATO EN EL QUE SE PACTA EL TRANSPORTE, TRANSITAR LA TELECOMUNICACIÓN DE FORMA INDEPENDIENTE

“Por otra parte, el contrato de interconexión no es más que el instrumento en el que se pacta el transporte del servicio de telecomunicación; el servicio de telecomunicación que se preste a futuro, no constituye el objeto del contrato de interconexión sino que lo constituye el transporte que permite, a través de instrumentos o medios, transitar la telecomunicación independientemente exista una respuesta o recepción del usuario final. Los únicos sujetos intervinientes en la prestación de servicios de interconexión internacional son los dos, como mínimo, operadores (nacional e internacional), dueños, o arrendantes, de las redes ubicadas en el territorio nacional y extranjero.

De ahí, que el análisis de la procedencia de la obligación de retención, regulada en el artículo 158 del Código Tributario, debe recaer sobre el *servicio de interconexión internacional* considerado independientemente del tipo de *telecomunicación que se transporte*.

El objeto de la retención del impuesto sobre la renta, como categoría específica de las formas o mecanismos anticipados del pago de los tributos, se configura como un mecanismo previsto por el ordenamiento con la finalidad de facilitar la exacción del impuesto y consistente en la detracción de una determinada cantidad procedente de una suma de dinero abonada a un tercero en el mismo momento del pago con el objetivo de llevar a cabo el ingreso de la referida suma en concepto de retención. No obstante —al margen que el legislador le haya otorgado, para el particular, el carácter de definitiva— no constituye, regularmente, el importe definitivo del tributo”.

SITUACIÓN JURÍDICO TRIBUTARIA DE RETENCIÓN, EL OBLIGADO DE ENTERAR AL FISCO ES QUIEN RETIENE

“En la situación jurídico-tributaria de retención participan dos sujetos: por una parte el sujeto que, la ley o la Administración Tributaria (artículo 47 del Código Tributario), califica como agente de retención y, por otra parte, el sujeto que percibe, para el impuesto en estudio, una renta por la prestación de servicios de interconexión.

En el caso sub júdice, existen dos sujetos de la situación-jurídico tributaria: la sociedad demandante que, a priori, debe retener el pago anticipado del impuesto sobre la renta del sujeto no domiciliado por el importe de un servicio (base imponible de la retención) de interconexión internacional.

En la aludida situación tributaria, el único obligado a enterar al Fisco el importe de la retención es la sociedad demandante y, por ende, este último se constituye en un sujeto de iure y, por tanto, la sociedad prestataria del servicio en el sujeto que sólo es obligada a la traslación económica del importe de la retención — sujeto de facto—. De ahí que el legislador (artículo 48 del Código Tributario) califica al agente de retención como responsable solidario del importe no retenido.

El artículo 158 del Código Tributario establece la obligación de retención a un sujeto no domiciliado en El Salvador (sujeto de facto o económicamente obligado al pago) por cualquier renta obtenida en el territorio nacional (inciso primero) o por los servicios *procedentes* del exterior pero que sean *utilizados* en el territorio nacional (segundo inciso).

El artículo 16 de la Ley de Impuesto sobre la Renta regula, en el inciso segundo, que “La renta proveniente de servicios que se utilicen en el país, constituirán renta obtenida en El Salvador para el prestador del servicio, independientemente que la actividad que lo origina se realice en el exterior”.

Ambos artículos se complementan en el sentido que la retención, que regularmente tiene como fin el pago anticipado del impuesto sobre la renta, se corresponde con la territorialidad de la renta de servicios procedentes (Código Tributario) o provenientes (Ley de Impuesto sobre la Renta) del exterior pero que se entienden causados dentro del territorio nacional siempre que se utilicen en él.

Nótese que el legislador regula, en los artículos 158 del Código Tributario y 16 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, el elemento espacial del hecho gene-

rador del impuesto sobre la renta con la finalidad de entender dónde se causa el impuesto y si existe la obligación de retención.

No se debe confundir que la consideración de la realización espacial del impuesto o de la retención responde a consideraciones objetivas de utilización del servicio (objeto real) lo que no debe confundirse con el carácter subjetivo y personal del tributo de la renta.

De ahí, que la consideración de la realización espacial del hecho generador del impuesto sobre la renta debe recaer sobre un objeto (servicio), y no sobre sujetos (agente de retención o sujeto no domiciliado); y, por ende, la ponderación de la utilización del servicio debe ser, también, objetiva y no subjetiva como el provecho o beneficio de alguno de los sujetos.

Tanto la Dirección como el Tribunal demandado concluyen que el servicio de interconexión es utilizado en El Salvador y, por ende, CTE debió retener del sujeto no domiciliado el veinte por ciento de la renta obtenida en el país, de conformidad a lo establecido en el artículo 158 del Código Tributario.

La argumentación hecha por ambas autoridades es similar y, por consiguiente, se transcribirá la vertida por la Dirección General de Impuestos Internos en el informe justificativo (folio 176 vuelto del expediente judicial): «(...) *el término utilización debe ser entendido como el provecho material, beneficio de cualquier índole atendiendo la esencia misma; es decir, que para que un servicio sea considerado como prestado en el exterior, se requiere que el mismo se consuma o se agote en territorio nacional. (...).*

(...) se constató la ejecución de los servicios por parte de la sociedad actora, ya que es la persona que reside en El Salvador la que contrata los servicios de la impetrante social para efectuar una llamada a un receptor ubicado en el extranjero, dicha sociedad a su vez contrata los servicios de la empresa no domiciliada para interconectar la llamada hacia el exterior y que la misma llegue a su receptor, haciendo uso de la red que se encuentra ubicada en el exterior; sin embargo, se aclara que el servicio no se agota en dicho momento, puesto que en cuestión de segundos la llamada es interconectada con el receptor en el extranjero y es reenviada al punto de inicio, es decir, a la persona situada en El Salvador, donde se establece la comunicación, punto desde el cual se originó la llamada y donde igualmente culmina, por lo que el usuario de los servicios contratados con la empresa no domiciliada es la sociedad demandante, la cual para prestar sus servicios a sus clientes en el territorio nacional, se vale de los servicios que a su vez le prestan las no domiciliadas(...)»

La anterior argumentación parte de dos afirmaciones falsas: la primera, considera el servicio de la interconexión en función, y por ende dependiente, de las llamadas internacionales; y, la segunda, tergiversa el requisito de la utilización a los conceptos de aprovechamiento y beneficio de la sociedad demandante.

Como ya, en demasía, se ha explicado, los servicios de la telefonía internacional y el de interconexión son conceptos que, aunque se correlacionan en el fenómeno de las telecomunicaciones (la telefonía como especie y la interconexión como recurso esencial), son independientes al grado que aunque no se realice la llamada internacional (considerada en su abstracción e indivisibilidad)

el servicio de interconexión se realiza con independencia (no hay que confundir la realización de la interconexión con la base imponible para su cuantificación).

También se ha explicado que el servicio de interconexión tiene como objeto transportar otro servicio: cualquier tipo de telecomunicación.

De ahí que la utilización del servicio de interconexión propiamente dicha, o sus elementos arrendables (desagregación), debe considerarse con independencia de *cualquier tipo de servicio de telecomunicación* originada entre usuarios finales de la telefonía o de la transmisión televisiva entre otras, que no guardan ninguna correlación con la relación contractual de *interconexión* (manifestación de riqueza en el impuesto sobre la renta).

En consecuencia, el servicio de interconexión o el arrendamiento de sus elementos no es más que una operación de transporte de telecomunicaciones que viajan a través de la infraestructura de los operadores nacional e internacional (redes o similares) y la valoración de la utilización debe ser considerada desde la perspectiva del servicio de transporte (con independencia del objeto que transporta).

Por supuesto que la operadora nacional (CTE) sólo tiene autorización para la explotación de alguna banda del espacio radioeléctrico dentro del territorio nacional (y aunque tenga filiales en otros territorios se consideraran independientes para efectos del domicilio tributario) y, necesariamente, debe contratar con *sujetos no domiciliados para transportar*. Estos sujetos no domiciliados se presume que, con base en la buena fe, tienen autorización para transportar en su propias, o arrendadas, redes extranjeras.

Como se observa el *servicio de transporte* se bifurca en dos territorios diferentes: El Salvador y otro extranjero. En lo que respecta al nacional, se deberá tributar por todos las rentas obtenidas en ocasión del transporte nacional pues es en El Salvador donde se presta el servicio y, por el contrario, será en el territorio extranjero donde se deberá tributar por las rentas obtenidas del transporte pues, es en el exterior donde se realiza y utiliza el transporte.

Los conceptos de *aprovechamiento* y *beneficio*, esgrimidos por la Administración Tributaria, denotan apreciaciones económicas subjetivas en relación con *la telefonía internacional* y, por supuesto, son ciertas y lógicas sus conclusiones pero inválidas para el presente caso pues no es la *telefonía internacional u otro tipo de telecomunicación* (llamada internacional originada en El Salvador, transmisión televisiva, etc.) el objeto de consideración de la *utilización* en algún territorio. Es decir, las autoridades demandadas consideraron como eje u objeto de calificación de la *utilización* al servicio de las llamadas *internacionales* y es por eso que, hasta relacionan a sujetos que intervienen en el fenómeno abstracto e indivisible de las telecomunicaciones.

Por otra parte, cometen el error argumentativo de considerar las condiciones subjetivas del agente de retención (CTE, S.A. de C.V.) para discutir la territorialidad de los servicios y ésta —consideración subjetiva— no está regulada ni en el Código Tributario (artículo 158) ni en la Ley de Impuesto sobre la Renta (artículo 16) y, de esa forma, tergiversan el concepto objetivo de la *utilización* a los conceptos subjetivos de *aprovechamiento* y *beneficio*.

Al margen que el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios (artículo 19), es un impuesto diferente al presente, la consideración de utilización es de valoración interpretativa en el presente caso pues, al ser el impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios un impuesto real y objetivo, la consideración de los servicios en el impuesto sobre la renta, también, son objetivos y reales.

Al respecto establece: “Si los servicios se prestan parcialmente en el país, sólo se causará el impuesto que corresponda a la parte de los servicios prestados en él. Pero se causará el total del impuesto cuando los servicios son prestados en el país, aunque no sean exclusivamente utilizados en él, como por ejemplo cuando ellos se relacionan con bienes, transportes o cargas en tránsito”.

El legislador del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios considera, como regla general, que los servicios prestados parcialmente en el territorio nacional sólo se causará el impuesto que corresponda a la parte de los servicios prestados en El Salvador pero reconoce que, con base a la autonomía del Derecho Tributario, que el servicio de transporte internacional (convencional), aunque naturalmente se preste parcialmente en, por lo menos dos territorios, se causará en El Salvador la totalidad del impuesto.

Obsérvese que el legislador reconoce, originalmente, que el servicio de transporte internacional se presta parcialmente en el territorio nacional pero, por la autonomía del Derecho Tributario que independiza los efectos tributarios, considera su gravamen total en el territorio nacional. No obstante, en el impuesto sobre la renta, el legislador tributario no ha regulado, con base en esa autonomía, el gravamen total en El Salvador de los servicios de *transporte* de llamadas internacionales originadas en el territorio nacional y, en consecuencia, debe entenderse que, para efectos de la territorialidad del transporte de llamadas internacionales en el impuesto sobre la renta, se causa parcialmente en el territorio de El Salvador y en los extranjeros que intervinieren, por supuesto, conforme a la legislación de cada país.

En definitiva, el servicio de *interconexión* prestado por *sujetos no domiciliados* a las sociedad demandante (CTE) son *utilizados*, en la porción del territorio extranjero, y no en el territorio nacional y, en consecuencia, no es aplicable la obligación de retención contenida en el artículo 158 del Código Tributario. Por tanto, no es aplicable la sanción contenida en el artículo 29-A número 12) de la Ley de Impuesto sobre la Renta y debe ser admitida la deducibilidad de los gastos respecto al fenómeno de *interconexión internacional* descrito.

Como ya se expuso, si la pretensión de deducibilidad fuese estimatoria, de suyo deviene la multa por evasión no intencional que se ha calculado sobre la base imponible del impuesto dejado de pagar cuya objeción ha sido la deducibilidad de los costos antes detallados. En consecuencia, también y por accesoriamente, es ilegal la determinación de la sanción por evasión no intencional.

CONCLUSIÓN.

Este Tribunal advierte, que las infracciones legales de naturaleza formal alegadas por la parte actora, como ya se estableció párrafos atrás, deben desestimarse pues el auto de designación de auditores y el procedimiento administrativo

en general se realizó dando cumplimiento a lo establecido en la ley y respetando los derechos de audiencia y defensa de la sociedad actora.

Por otra parte, en relación a las infracciones de naturaleza material, esta Sala considera que la Dirección General de Impuestos Internos y el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas cometieron las irregularidades invalidantes apuntadas anteriormente, por lo que se concluye que dichas actuaciones de la Administración Tributaria, son ilegales y así serán declaradas.

Finalmente es necesario destacar que, este Tribunal ha sido del mismo criterio respecto del análisis de los servicios de interconexión internacional y de la obligación de retención contenida en el artículo 158 del Código Tributario por parte de la Sociedad COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que puede abreviarse CTE, S.A. DE C.V., en la sentencia definitiva pronunciada las once horas doce minutos del ocho de junio de dos mil quince, con referencia 300-2012, caso en el cual han intervenido las mismas partes del presente proceso.

MEDIDA PARA RESTABLECER EL DERECHO VIOLADO.

Determinada la ilegalidad del acto administrativo impugnado, corresponde efectuar un pronunciamiento sobre la medida para el restablecimiento del daño causado. El artículo 32 inciso final de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece: *“Cuando en la sentencia se declare la ilegalidad total o u parcial del acto impugnado, se dictarán, en su caso, las providencias pertinentes para el pleno restablecimiento del derecho violado”*.

En vista que este Tribunal decretó oportunamente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos impugnados, la sociedad demandante no vio modificada perjudicialmente su esfera jurídica patrimonial. En ese sentido, las autoridades demandadas no podrán efectuar el cobro de la cantidad determinada en concepto de Impuesto sobre la Renta a que se refieren los actos que mediante esta sentencia son declarados ilegales, ni tampoco el de la cantidad impuesta en concepto de multa por evasión no intencional del Impuesto, correspondiente al período comprendido de enero a diciembre de dos mil seis.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 372-2011, fecha de la resolución: 11/09/2015.

REQUISITO DE PROCEDENCIA

“La sociedad demandante, para el período tributario de enero a diciembre del año dos mil seis, registró y se dedujo compras por el valor de cuatro millones seiscientos noventa y un mil ciento dieciséis dólares de los Estados Unidos de América con sesenta centavos (\$4,691,116.60), y su correspondiente crédito fiscal por la cantidad de seiscientos nueve mil ochocientos cuarenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América con diecisiete centavos (\$609,845.17); en concepto de servicios recibidos del exterior, amparados en comprobantes de retención y mandamientos de ingresos.

Argumentan las autoridades demandadas, que la sociedad demandante no tenía derecho a tal deducción, pues no dio cumplimiento a los requisitos que

menciona el artículo 65 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios; ya que en primer lugar debía cumplir la regla general de deducibilidad; entendida como la indispensabilidad; o sea, establecer con certeza la existencia de los bienes y servicios, lo cual, durante el proceso de fiscalización no fue posible verificar si tales servicios fueron indispensables para el objeto, giro o actividad propia de la sociedad, y para la generación de operaciones gravadas con el referido impuesto.

En el precedente citado de referencia 192/2009 esta Sala manifestó que el artículo 65 de la Ley del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, establece los requisitos para deducir el crédito fiscal, señalando en su inciso 2° que las operaciones realizadas deben ser indispensables para el objeto, giro o actividad del contribuyente y para la generación de operaciones gravadas con el impuesto, y que por lo tanto generen débito fiscal. Además, señaló que el artículo 206 del Código Tributario determina que: “Para los efectos tributarios los sujetos pasivos deberán respaldar las deducciones con documentos idóneos y que cumplan con todas las formalidades exigidas por este Código y las leyes tributarias respectivas, caso contrario no tendrán validez para ser deducibles fiscalmente.

Para que procedan las deducciones de las erogaciones que se respalden con contratos, éstas deberán asentarse contablemente con formalidad a las estipulaciones convenidas por las partes”.

En armonía con ambos artículos se colige que, para deducir ciertos gastos del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios, es imprescindible que se cumplan dos requisitos: a) que sean indispensables para el objeto, giro o actividad del contribuyente; y b) que estén documentados y registrados contablemente. La ausencia de uno de ellos, supone la imposibilidad de deducir los gastos.

Se consideran indispensables o necesarios aquellos gastos que es preciso desembolsar para mantener en marcha a la empresa. Estas erogaciones son deducibles del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios, por cuanto no forman parte del flujo neto de rédito de la persona.

Adicionalmente, el artículo 139 inciso tercero del Código Tributario indica que “La contabilidad formal deberá complementarse con los libros auxiliares necesarios y respaldarse con la documentación legal que sustente los registros, que permita establecer con suficiente orden y claridad los hechos generadores de los tributos establecidos en las respectivas leyes tributarias, las erogaciones, estimaciones y todas las operaciones que permitan establecer su real situación tributaria”.

De ahí que, nuestra legislación tributaria impone la obligación de documentar dos situaciones: a) el hecho que ocasiona el gasto; y, b) la materialización de los registros contables en los que se asienta.

En la etapa probatoria en sede judicial, se incorporó la siguiente documentación presentada por la sociedad demandante:

Fotocopias certificada notarialmente de diligencias de traducción al idioma castellano, debidamente apostillados de:

- a) Contrato de Administración de Servicios de Asesoría denominado “Management Advisory Services Agreement (MAS)” celebrados entre Shell International Petroleum Company Limited y Shell El Salvador, S.A., ahora Unopetrol El Salvador, cuyo compromiso principal fue la asesoría en el desarrollo y la implementación de planes estratégicos, folios 132;
- b) Contrato de Contribución de Costos para los Servicios de Soporte a Negocios o “Cost Contribution Agreement for Business Support Services (BSS)”, celebrados entre Shell International Petroleum Company Limited y Shell El Salvador, S.A., ahora Unopetrol El Salvador; en sus cláusulas se contempla como objetivo prestar servicios de soporte a negocios para asistir y apoyar a la sociedad demandante en la utilización de todas las actividades reguladas en el contrato en las áreas de desarrollo, prestación de asistencia y herramientas de negocios, prestación de asistencia en mercadeo, desarrollo comunicación y auditoría de los estándares de cumplimiento, promoción de la competencia profesional, información asesoría tecnológica y servicios, asesoría general financiera y servicios, asesoría sobre impuestos y servicios, servicios legales, relaciones de empleados y relaciones públicas, asesoría en publicidad y servicios, asesoría en recursos humanos y servicios, y cualquier otro servicio de soporte de negocios, a través de comunicación telefónica facsímiles y otras comunicaciones electrónicas para un entendimiento rápido y efectivo, y por copia cuando se solicite así, visitas y otros intercambios entre miembros de las oficinas staf permanentes, folios 167;
- c) Contrato de Contribución de Costos para Investigación y Desarrollo y Servicios de Soporte Técnico, agregado a folios 203, “Cost Contribution Agreement for Research & Development and Technical Support Services (TSS), con el objeto de asistir a la sociedad demandante en las áreas de asesoría para investigación y desarrollo y servicios, asesoría para marcas registradas y patentes y servicios, desarrollo y provisión de herramientas de mercadeo, desarrollo y provisión de herramientas de apoyo a la marca, asesoría técnica HSE y asistencia a los servicios, otras asesoría técnicas y de apoyo, servicios que serían prestados por comunicaciones telefónicas, facsímiles y otras comunicaciones electrónicas para un entendimiento rápido y efectivo, así también incluía visitas y otros intercambios entre miembros de las oficinas del staff permanente;
- d) Carta Acuerdo celebrado entre Shell Information Technology International BV (SITI) y Distribuidora Shell El Salvador, S.A., debidamente apostillado; y,
- e) Contrato de Prestación de Servicios de Atención al Cliente, celebrado entre Shell Guatemala, S.A., y SAACCA, S.A., debidamente apostillado agregado a folios 446;

Asimismo se agregaron fotocopias certificadas notarialmente de las Escrituras de Contrato de Franquicia de Estación de Servicio llamado “Shell Carretera de Oro” celebrado entre la sociedad demandante y Javier Danilo Ruíz Morales y Salvador Antonio Durán Escobar.

Cabe señalar, que los analistas tributarios nombrados por el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas, también verificaron y analizaron la documentación relacionada, según consta en el informe rendido y que se encuentra agregado de folios 84 al 119 de las diligencias de apelación.

Esta Sala observa que en ambos informes de auditoría rendidos en sede administrativa, el primero ante la Dirección General de Impuestos Internos, y en el segundo de valoración de prueba rendido ante el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas, se demuestran que la sociedad demandante preparó, ofreció y entregó la información y documentación de su quehacer diario, con lo cual pretendió comprobar la materialización de los diferentes servicios recibidos de sociedades no domiciliadas; sin embargo, las autoridades demandadas, no quedaron satisfechas con tales documentos como respuesta, pues refieren que, no se encasilló de forma ordenada y cronológica cada uno de los servicios, sino que con la documentación aportada se reflejó que todas las actividades realizadas con las sociedades no domiciliadas, constituían su quehacer diario, y por ello, las registraba en la contabilidad que para tal efecto tenía autorizada.

Al analizar el giro de la sociedad demandante, presenta como actividad principal la distribución tanto en el mercado salvadoreño y en el internacional de productos derivados de la refinación, manufactura, transformación, adquisición, importación y venta de petróleo, de asfalto, gas natural, aceites, grasas y cualquier otro derivado, así como toda forma de elaboración y refinación de petróleo en la República o en cualquier otro país latinoamericano en donde la compañía instale sucursales o agencias, y, de manera general, ejerce todos los actos de comercio lícitos previstos en el capítulo tercero del Código de Comercio; forma parte de una estructura mundial como lo es Grupo Shell, el cual brinda soporte y asesoría técnica a los miembros del grupo (como en el presente caso). Por lo expuesto, puede afirmarse que la prestación de los servicios pactados en los contratos precitados constituyen gastos necesarios e indispensables para el desarrollo de sus actividades.

Se determina además la existencia de relaciones privadas patrimoniales de origen mercantil entre las sociedades Shell El Salvador, S.A. ahora Unopetrol el Salvador, y las sociedades extranjeras Shell International Petroleum Company Limited (SIPC), Shell Caribbean & Central América Limited (SCCA), Shell Information Technology International (SITI), Shell Treasury Dollar Company, Shell Brands, Test América, Stus y Mercaplan. De ahí que para el análisis del caso que nos ocupa, no puede obviarse el hecho que el Derecho Mercantil es una de las ramas del derecho que con mayor rapidez se transforma, dado que por su naturaleza ha sido siempre cambiante debido a la movilidad del comercio y más aún del comercio y el desarrollo económico contemporáneo así como la transformación conceptual del mundo de hoy día, cuya tendencia es la facilitación de las formas. Así las cosas, que los contratos celebrados no detallen exhaustivamente la forma del suministro de la asesoría objeto de los mismos, no puede ser motivo de objeción por parte de la Administración Tributaria”.

LA VERDAD MATERIAL TRIBUTARIA DICE QUE CUANDO SE PRODUZCAN LOS HECHOS GENERADORES, DEBEN SER APRECIADOS EN SU CONCORDANCIA CON LA HIPÓTESIS CONTENIDA EN LA NORMA

“No obstante lo expuesto, debe suponerse la existencia de documentos de respaldo de la transferencia de información y asesoría brindada al departamento de mercadeo y de comercialización, los cuales si existen, pero no en la manera

excesiva en que la Administración Tributaria le ha solicitado a la sociedad demandante; por lo que sobre este punto, debe tenerse en cuenta la aplicación del principio de verdad material, en virtud del cual las autoridades demandadas deben verificar plenamente los hechos que se utilizaron como razón de sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas legales pertinentes, aun cuando no hayan sido planteadas por los administrados o se haya acordado no hacer uso de las mismas.

Así, se tiene que el artículo 3 del Código Tributario señala que: “Las actuaciones de la Administración Tributaria se ajustarán a los siguientes principios generales: (...) 11) Verdad Material (...) Las actuaciones de la Administración Tributaria se ampararán a la verdad material que resulte de los hechos investigados y conocidos”.

Y es que, los principios regulados por el Código Tributario constituyen parámetros generales, a partir de los cuales se deben fundamentar las actuaciones de la Administración Pública Tributaria. Ésta, en aplicación de dichas normas, se entiende facultada para realizar vastas labores de investigación y fiscalización, entre las cuales encontramos que puede pedir informes al contribuyente, informes a terceros (personas naturales, jurídicas o Instituciones Públicas) e incluso cruzar información, etc.

Este Tribunal ha señalado –v. gr., en la Sentencia del veintisiete de enero de dos mil catorce, pronunciada en el proceso 137/2011– que el principio de verdad material pretende –inter alia– que cuando se produzcan los hechos generadores (por ser usualmente hechos económicos que han adquirido sustantividad o trascendencia tributaria al ser seleccionados por el legislador) deben ser apreciados en su concordancia con la hipótesis contenida en la norma como hechos generadores del tributo, lo que es valorado y constatado por la Administración Tributaria al ejercer sus facultades.

En suma, la Administración debe verificar los hechos y contratos efectuados por el contribuyente, lo anterior implica que debe valorar e investigar la naturaleza propia de la actuación sujeta a verificación y de esa forma podrá determinar si procede o no la deducción solicitada.

Por lo que en el caso en concreto la sociedad Shell El Salvador, S.A. –ahora Unopetrol El Salvador, S.A.–, proporcionó toda la información contable solicitada por la Administración Tributaria, y además también proporcionó en la medida de sus posibilidades la información requerida por la autoridad demandada para comprobar la prestación de los servicios realizados por las sociedades extranjeras Shell International Petroleum Company Limited (SIPC), Shell Caribbean & Central America Limited (SCCA) y Shell Information Technology International (SITI), sin embargo la Administración Tributaria nunca quedó satisfecha con la documentación presentada. De ahí que, esta Sala discrepa del criterio adoptado por la Administración Tributaria, en tanto que sí consta que los servicios fueron efectivamente prestados y fue presentada la documentación idónea para comprobar estas circunstancias.

En este punto es relevante destacar, que esta Sala está consciente que existe información o documentación que no puede materializarse en papel o en cualquier otro medio que pueda ser visto u oído, como videos o grabaciones, que por la naturaleza propia de los servicios que se prestan, pero eso no es motivo para

considerar que los servicios no fueron prestados cuando existe toda una documentación que sí respalda dichas circunstancias. En este sentido, se advierte que la Administración Tributaria debió de aplicar el Principio de Verdad Material y no buscar ni exigir documentación que difícilmente y en general las sociedades no poseen o no materializan por las razones expuestas, volviendo de esta manera nugatorio el derecho de deducción que tiene la contribuyente.

Tanto en sede administrativa como en el curso del presente proceso, la sociedad actora presentó prueba contundente de la prestación efectiva de los servicios contratados con las sociedades extranjeras, siendo verificable que la mayor parte del costo de los servicios recibidos del exterior, se relacionaban con los contratos suscritos, a través de; servicios denominados de asesoría gerencial, contribución de costos por investigación y desarrollo y asesoría técnica, contribución de costos por soporte de negocios. Dichos contratos por sus siglas en inglés son conocidos como MAS, R&D and TSS y BSS, y se encuentran respaldados por medio de convenios, manuales de procedimiento, y contratos.

Ahora bien, el empleo de transferencia electrónica de datos para gestionar, transferir, brindar y ejecutar servicios, produce una desmaterialización de documentos, es decir, la sustitución del papel por el soporte electrónico.

Dependiendo entonces de los servicios pactados por los contratantes, la transferencia tecnológica no siempre estará amparada totalmente de forma documental.

Ello ha implicado que la demandante ampare la deducción en los contratos y las partidas contables respectivas, cumpliendo con su obligación de respaldar documentalmente los registros contables, observando así el mandato establecido en el artículo 139 del Código Tributario.

Así, con los documentos que han sido suministrados por las sociedades extranjeras Shell International Petroleum Company Limited (SIPC), Shell Caribbean & Central America Limited (SCCA) y Shell Information Technology Technology International (SITI), se infiere en virtud de la ausencia de normas de injerencia que establezcan la forma de comprobación de este tipo de contratos, que los servicios fueron prestados, pues se demuestra la asesoría brindada y el traslado de la información y su recepción, por parte de la actora.

Por tales razones, este Tribunal estima que la prueba presentada por la sociedad actora, relativa tanto a los contratos de prestación de servicios como la otra documentación relacionada en párrafos que preceden es suficiente para justificar la deducción del gasto. En suma, la parte demandada valoró inadecuadamente la prueba vertida en sede administrativa”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 227-2010, fecha de la resolución: 06/07/2015.

DEFENSORÍA DEL CONSUMIDOR

COMPETENCIA DE SU PRESIDENTE

“La parte actora sostiene que la Presidenta de la Defensoría del Consumidor, carecía de competencia para interponer denuncia en nombre de un número

perfectamente determinado de consumidores, ya que al tratarse de intereses colectivos y no difusos, dichos consumidores debían autorizar a la Presidenta de la referida Institución para tales efectos. La autoridad demandada sostiene que la competencia de la Presidenta de la Defensoría del Consumidor, tenía su asidero legal en lo establecido en el artículo 143 de la Ley de Protección al Consumidor, que prescribe: El procedimiento se inicia: (...) b) Si se tratare de intereses colectivos o difusos (...)” no siendo necesario para iniciar el procedimiento, una autorización previa de los consumidores.

5.1.2 Sobre la competencia.

La doctrina administrativista coincide en señalar que la competencia es un elemento intrínseco a la naturaleza de los órganos, entes, e instituciones del poder público. Ramón Parada (Derecho Administrativo, tomo II, decimocuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2000) señala al respecto: “En términos muy elementales, la competencia puede definirse como la medida de la capacidad de cada órgano y también como el conjunto de funciones y potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a cada órgano y que unos y otros están autorizados y obligados a ejercitar”. Por su parte, Roberto Dromi (Derecho Administrativo, séptima edición actualizada, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998) en similares términos explica que la competencia “es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente”.

Al respecto puede agregarse lo que la Sala de lo Constitucional de esta Corte ha señalado al respecto: “desde el punto de vista técnico- jurídico y con carácter orgánico, el concepto de atribución o competencia puede entenderse como la capacidad concreta que tiene un determinado ente estatal, de suerte que al margen de la materia específica asignada no puede desenvolver su actividad; mientras que desde un carácter sistemático, la atribución o competencia consiste en la enumeración de una serie de posibilidades de actuación dadas a un órgano por razón de los asuntos que están atribuidos de un modo específico. En ese orden de ideas, una atribución puede identificarse como la acción o actividad inherente que por mandato constitucional o legal desarrolla un órgano estatal o ente público; es decir, los poderes, atribuciones y facultades conferidas para el normal funcionamiento y cumplimiento de una labor” (Sentencia de inconstitucionalidad referencia 33-37-2000Ac de las ocho horas y veinte minutos del treinta y uno de agosto de dos mil uno).

En ese mismo sentido, 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. Así mismo, se ha repetido que la competencia es en todo caso una determinación normativa, es decir, debe siempre encontrar su fundamento en una norma jurídica.

De lo expuesto se colige que 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 referencia 69-S-96, de las nueve horas y cuarenta y siete minutos del día quince de diciembre de mil novecientos noventa y siete).

En consonancia con lo expuesto, la autoridad demandada sostiene que el artículo 143 de la Ley de Protección al Consumidor en su inciso tercero, señala claramente que el procedimiento sancionatorio iniciará, si se trata de intereses colectivos o bien intereses difusos, mediante denuncia escrita de la Presidenta o del Presidente de la Defensoría del Consumidor o por las asociaciones de consumidores acreditadas, disposición que no solo faculta a la referida autoridad para denunciar en representación de los intereses colectivos —el literal b) de la citada disposición no hace diferencia entre éstos y los intereses difusos— sino que le otorga competencia y legitimación procesal al Presidente de la referida Institución dentro del procedimiento sancionatorio que se inicie, lo cual a su juicio, desvirtúa el planteamiento de ilegalidad hecho por la actora”.

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CASO DE INTERESES COLECTIVOS

“No obstante lo expuesto en el numeral que antecede, más allá de la falta de competencia alegada, la parte actora señala concretamente la falta de legitimación de la Presidencia de la Defensoría del Consumidor para representar intereses colectivos de los consumidores en el procedimiento sancionatorio iniciado. En ese sentido debe anotarse que la posibilidad de aceptar una legitimación activa amplia sobre intereses difusos y colectivos que sea capaz de trascender a los efectos inter partes, depende de la naturaleza del bien jurídico que se pretende tutelar, ya que permitir solamente una pretensión procesal basada en un interés directo y una afectación personal a los derechos subjetivos, podría constituir una limitación demasiado estricta a la protección jurisdiccional —y no jurisdiccional—; en tanto existen vínculos entre los sujetos y el objeto de decisión que son igualmente merecedores de protección, aunque no formen parte de la esfera particular de los individuos a título de derecho —por ejemplo intereses colectivos o difusos—.

Así, en el caso de los intereses colectivos, éstos se identifican con los miembros de un grupo determinado, unidos por un vínculo jurídico, es decir, atañen al individuo en tanto que forma parte del grupo. En cambio, respecto de los intereses difusos no es posible predicar una titularidad exclusiva y excluyente, como adjudicación de derechos ajenos. Obviamente, los intereses difusos no tienen titular, sino que se participa en ellos. Lo importante es la relación o vínculo flexible con el bien o valor objeto de interés, relación que viene determinada por la pertenencia a la colectividad o comunidad en general.

La distinción entre intereses difusos y colectivos se ubica normalmente en el grado de individualización o concreción de los sujetos a los que el interés resulta referible. Cuando el interés apunta a un conjunto de sujetos identificable, abarcable y de contornos relativamente nítidos, es decir, más o menos organizado, estaremos en presencia de un interés colectivo. Los intereses difusos, por el

contrario, no se refieren a colectividades delimitables, sino a grupos o colectividades que se encuentran en un estado fluido de contornos poco nítidos.

Trasladando dichas nociones al presente proceso, cabe aclarar que, tanto la Presidenta de la Defensoría del Consumidor, como el Tribunal Sancionador de la citada institución han actuado con base en la competencia que le corresponde a "... la potestad sancionatoria de la Defensoría del Consumidor, cuya finalidad en los casos colectivos [es evitar] (...) a través de la sanción, posibles conductas que puedan seguir violando la normativa jurídica de protección a los derechos del consumidor...".

A lo expuesto, conviene agregar lo que sobre la legitimación de la representación de intereses colectivos, señala David Blanquer en su obra "Derecho Administrativo" 1°. El Fin, los medios y el control, editorial Tirant Lo Blanch, pag. 989) "El sujeto titular del interés legítimo puede ser no sólo un particular, sino también una Administración Pública (como ocurre cuando un Colegio Profesional impugna un reglamento que afecta a los intereses de los profesionales a los que representa). En ese caso el Colegio tiene legitimación procesal por representar un "interés colectivo o difuso". La Legitimación en representación de intereses colectivos también puede corresponder a los sindicatos (...) a las asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios, o las asociaciones ecologistas y de defensa de la naturaleza (...) nuestro Derecho positivo confiere expresamente legitimación a ese tipo de entidades representativas siempre y cuando el objeto del litigio afecte a su ámbito de actuación en defensa de los trabajadores o de los consumidores".

La doctrina citada aclara la posibilidad de que la Administración Pública, en concreto aquella que defiende los intereses de los consumidores, ostente la titularidad de los intereses colectivos de estos últimos, razón por la cual este Tribunal considera que la legitimación procesal para iniciar y promover el procedimiento sancionatorio en contra de Banco demandante, encuentra su asidero no solo en el ordenamiento jurídico, sino además en la protección de los intereses colectivos de los consumidores, los cuales como ha quedado establecido, pueden ser representados por el Presidente de la Defensoría del Consumidor.

En razón de lo anotado, sobre este punto este Tribunal considera que no existe la ilegalidad invocada por la parte actora".

EL DEBIDO PROCESO Y LOS DERECHOS DE AUDIENCIA Y DEFENSA

"En relación al Debido Proceso, el artículo 11 de la Constitución de la República establece que "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes (...)".

Por su parte el derecho de audiencia se caracteriza, en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como un pilar fundamental para la protección efectiva de los demás derechos de los gobernados, estén o no reconocidos en la Constitución.

El contenido de los derechos de audiencia y defensa ha sido delimitado por la jurisprudencia constitucional, así, se ha señalado que el derecho de audiencia

posibilita que toda persona, de forma previa a la privación de cualquier derecho material, tenga oportunidad real y eficaz de ser oída, lo anterior implica que en todo proceso o procedimiento se tiene que posibilitar al menos, una oportunidad razonable para oír la posición del sujeto pasivo. Este derecho constitucional procesal posibilita, entre otras cosas, que el demandado pueda desvirtuar, con los medios probatorios conducentes o argumentos pertinentes, la pretensión incoada en su contra por el demandante; de tal suerte que si no se potencia adecuadamente, aunque pueda ser oído, existiría violación constitucional.

En ese orden de ideas, es dable afirmar que -a efectos de cumplir con la verdadera naturaleza y esencia de los derechos constitucionales de audiencia y defensa- en un proceso o procedimiento determinado no basta con hacer del conocimiento del afectado los cargos o faltas que se le imputan y darle una oportunidad meramente “formalista” para que se manifieste, sino que esta oportunidad debe ser real, razonable y eficaz de manera que potencie la posibilidad de que aquél controvierta la pretensión incoada en su contra y que pueda desvirtuar la misma con los medios probatorios y las alegaciones pertinentes.

A partir de lo anterior se colige que para que exista una oportunidad razonable y eficaz para las partes de ejercer sus derechos de audiencia y defensa en cualquier proceso o procedimiento, éstas deben actuar en igualdad de condiciones, teniendo acceso igualitario a las pruebas presentadas y disponiendo de plazos equitativos para preparar sus alegaciones, puesto que si a una de las partes se le dan posibilidades menores de defensa en virtud de los plazos otorgados o de las herramientas puestas a su disposición para preparar sus argumentos, entonces se colocaría a la misma en una situación de indefensión que violentaría, por tanto, el derecho de audiencia y defensa de ésta, pese a que a ambas partes se les dé la posibilidad de ser escuchados”.

EL DERECHO DE DEFENSA SE CONCENTRA EN EL DERECHO A SER OÍDO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

“La actora asegura que con los actos impugnados se violó el debido proceso legal en la fase de preparación del procedimiento administrativo sancionador, ya que la Ley de Protección al Consumidor reconoce tres etapas diferenciadas en el procedimiento sancionador, la primera y segunda se desarrollan en las oficinas del Presidente del Consumidor y la tercera en la sede del Tribunal cuando se haya admitido la denuncia; no obstante, en este caso la mayoría de la prueba fue recolectada en la fase que correspondió a la Presidenta del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, sin la intervención del Banco demandante, violentándose el derecho de defensa. Por su parte, la autoridad demandada señaló que no hubo violación al debido proceso en la fase de preparación de la denuncia, ya que es hasta la realización del procedimiento sancionador, donde se debe de facilitar la oportunidad de contestar y rebatir esa prueba inicial.

Como se explica en el considerando que antecede, el Derecho de Defensa se concentra en el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo; se concretiza en que los interesados planteen sus alegaciones, puedan probarlas y que éstas sean tomadas en cuenta por la administración a la hora de resolver,

esto es, que sean valoradas y aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que convengan o no, permiten conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio que la fundamenta. La concesión de garantías jurídicas debidas no debe exclusivamente operar en el ámbito jurisdiccional; este Tribunal concuerda con los criterios sentados por la Sala de lo Constitucional de esta Corte, en el sentido que el vocablo “juicio” consignado en el artículo 11 de la Constitución de la República, no está referido única y exclusivamente al concepto de proceso jurisdiccional sino que se amplía a la idea de trámite, de actividad dinámica destinada al pronunciamiento de una decisión evidentemente conflictiva, con el interés o derecho de unas personas.

La Ley de Protección al Consumidor contempla en el Capítulo III, el inicio formal del denominado “PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO”, por medio de denuncia escrita del Presidente de la Defensoría del Consumidor, cuando se tratare de una posible afectación a intereses colectivos o difusos. Es en ese momento -el inicio del procedimiento administrativo sancionador-, que efectivamente surge para la Administración Pública la obligación legal de permitir al presunto infractor una participación activa en el mismo, ello como se ha sostenido en los párrafos anteriores, para permitir que los interesados planteen sus alegaciones, puedan probarlas y que éstas sean tomadas en cuenta por la administración a la hora de resolver, esto es, que sean valoradas y aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que convengan o no, permiten conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio que la fundamenta. Iniciado el “procedimiento sancionador” que prescribe la Ley, al supuesto infractor debe permitírsele atacar la prueba que acompaña la denuncia, la cual como bien señala la actora, es recabada en una fase de investigación, que sólo busca establecer si existen indicios para denunciar, pero que no requiere de la presencia o participación del investigado, no siendo obligatorio para la Administración citarlo o hacerlo partícipe de las diligencias que ahí se desarrollen, como sostiene actora, ya que de todo lo investigado y producido en esa etapa, tendrá conocimiento pleno durante el trámite del procedimiento sancionatorio respectivo. Distinto es lo que ocurre en el procedimiento sancionador, en el cual negar al administrado una participación activa y conocer de qué se le acusa y las pruebas de tal infracción, si se constituiría en una violación de los derechos constitucionales analizados en este apartado.

En el caso de autos, consta en el procedimiento sancionatorio plasmado en el expediente administrativo, que la autoridad demandada notificó al Banco demandante la admisión de la denuncia en su contra (folio 36 y 37 del expediente administrativo), así como la rectificación de dicha admisión, en la que se consignó que no existió una “ampliación de la denuncia” como aseveró la actora (folio 54 del expediente administrativo), adjuntándole en ambos casos el texto íntegro de la resolución y del escrito de denuncia con los anexos presentados con el mismo, dentro de los cuales se encontraban las cartas e información remitida por el Intendente de Supervisión de la Superintendencia del Sistema Financiero (folios 2 y siguientes del expediente administrativo). Asimismo, la autoridad demandada permitió a la demandante participar activamente en el procedimiento, plantear sus alegaciones y comprobarlas, se le permitió participar en una etapa

probatoria (folio 65 y siguientes del expediente administrativo), etapa de la cual hizo uso según consta de folios 68 al 72 del referido expediente administrativo, conocer de que se le imputaba y de acuerdo a la Ley, tuvo al menos, una oportunidad razonable para oír su posición —principio contradictorio- garantizándole su derecho de audiencia y defensa, en el sentido de darle la posibilidad de conocer de sus imputaciones y de desvirtuar las acusaciones en su contra.

De lo anterior, se infiere que no se irrespetó el Debido Proceso como alega el apoderado de la demandante ya que como se ha relacionado se le respetaron todas las garantías procesales en favor de su defensa”.

LEGALIDAD DE LA PRUEBA Y CÓMO SE RECABA

“El artículo 146 de la Ley de Protección al Consumidor prescribe que: “Durante el término de prueba, las partes podrán presentar y solicitar las pruebas que estimen pertinentes.

El tribunal deberá disponer de oficio en cualquier momento del procedimiento, la práctica de la prueba que estime procedente, dando intervención a los interesados.

Serán admitidos los medios de prueba reconocidos en el derecho común, en lo que fuere aplicable y los medios científicos idóneos.

Las pruebas aportadas en el proceso serán apreciadas según las reglas de la sana crítica.

La parte actora asegura que la autoridad demandada ordenó prueba para mejor proveer a la Superintendencia del Sistema Financiero, exigiendo que tal entidad rindiera un informe detallando algunos aspectos que dejaban en evidencia las deficiencias de la denuncia, modificando el objeto del procedimiento administrativo sancionador, transformándolo en uno (distinto respecto del cual no se había ejercido el derecho de defensa del Banco demandante. Agrega que al solicitar tal información confidencial a la Superintendencia del Sistema Financiero, transgredió el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero que establece que “La información recabada por la Superintendencia será confidencial y no podrá ser dada a conocer a las oficinas tributarias ni a ninguna otra que no sea el Banco Central de Reserva, la Corte de Cuentas de la República, la Fiscalía General de la República y los Tribunales Judiciales, salvo a autorizaciones expresas que ésta u otras leyes le concedan”.

Al respecto, esta Sala considera que de conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Financiero, la Superintendencia del Sistema Financiero, es una Institución integrada al Banco Central de Reserva de El Salvador, que contará con autonomía en lo administrativo, presupuestario y en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley. Por su parte, el artículo 2 de dicha Ley establece que la referida Superintendencia tendrá como finalidad principal vigilar el cumplimiento de las disposiciones a las Instituciones sujetas a su control, y le corresponderá la fiscalización del Banco Central, de los Bancos Comerciales, entre otros. De ahí que, según lo dispuesto en el artículo 3 letra ch) de la Ley Orgánica del Sistema Financiero, entre las atribuciones de la Superintendencia

está “Vigilar y fiscalizar las operaciones de las Instituciones mencionadas en el artículo que antecede”

El citado artículo 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero establece que la información recabada por tal Superintendencia es confidencial y no podrá ser dada a conocer a entidades que no estén expresamente indicadas en dicho artículo. Por su parte, la autoridad demandada afirma que el artículo 155 de la Ley de Protección al Consumidor, le permite el requerimiento de la información utilizada.

Las normas que componen el Derecho de los Consumidores por su lado, procuran la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos y, con ello, que se alcance un nivel de justicia social coherente con los valores de la Constitución. Mediante este tipo de normas el poder público puede y debe intervenir en la solución de las controversias generadas por las desigualdades que produce el inevitable libre juego de fuerzas del mercado —en las cuales generalmente son los consumidores los principales afectados—. Así, se establecen las condiciones necesarias para que los agentes económicos (públicos y privados) involucrados en una relación comercial puedan desarrollarse de forma armónica. Por ello la normativa correspondiente debe estar orientada a corregir las eventuales fallas de la dinámica comercial, ya que las relaciones económicas del mercado involucran fenómenos contrarios al espíritu de la Constitución Económica, como la competencia desleal, la publicidad engañosa y los monopolios. Si bien en un principio se consideró indispensable proteger al consumidor en sentido estricto —el adquirente de bienes de consumo—, la expresión “protección al consumidor” abarca otros supuestos en los que dicha protección es igualmente necesaria, como es el caso de los usuarios de servicios (prestados directamente por la Administración Pública o brindados por particulares concesionarios). Así, la distorsión de las leyes del mercado, por especulación, monopolio o publicidad engañosa, entre otros, afectan el interés económico de los consumidores y dan lugar a la tutela judicial, a través de las instituciones creadas para ello, en caso de arbitrariedad o discriminación.

En el presente caso, el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor justifica su actuación en lo regulado por el artículo 155 de la Ley de Protección al Consumidor que expresa: “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.” Tal normativa por sí sola no constituye una “autorización expresa” que obligue directamente a la Superintendencia del Sistema Financiero a remitir información a la referida Defensoría, sin embargo, no puede obviarse lo que prescribe el artículo 151 de la Ley de Protección al Consumidor que señala “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 compe-

tencia les corresponden velar sectorialmente por los derechos de los consumidores o vigilar a las empresas que operan con el público”.

Como bien sostiene la autoridad demandada, la Superintendencia del Sistema Financiero, en cuanto es una dependencia del Órgano Ejecutivo, forma parte del llamado Sistema Nacional de Protección al Consumidor, y en ese marco, a fin de operativizar la efectiva defensa de los intereses de los consumidores y la coordinación que exige la Ley, remitió la información requerida, lo cual no transgrede lo señalado en el artículo 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, ya que la Ley de Protección al Consumidor, en virtud del Sistema Nacional de Protección al Consumidor, legaliza el préstamo de colaboración a esa Dirección y se perfila como excepción a la confidencialidad que contiene el mismo artículo 36. Y es que si bien es cierto, el relacionado artículo 36 contiene un deber de confidencialidad, el artículo 151 de la Ley de Protección al Consumidor establece un deber de cooperación entre instituciones, por lo que será en última instancia, la Superintendencia del Sistema Financiero como “Institución con autonomía en lo administrativo, presupuestario y en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley”, quien evalúe si puede o no compartir la información que se le solicite.

En aplicación de lo expuesto se concluye, que la Superintendencia del Sistema Financiero no tuvo objeción para proporcionar la información requerida por la Defensoría del Consumidor, precisamente porque lo hizo en cumplimiento al deber de cooperación entre instituciones y por ser información que podía proporcionar. A ello hay que agregar, que el Banco demandante tuvo acceso a la información remitida, ya como él mismo señala, ésta sirvió para motivar la admisión de la demanda, es decir formó parte de la documentación que se puso a su disposición a fin de que se manifestara al respecto, teniendo plena oportunidad de rebatir dicha información, garantizándose así su derecho de defensa.

Por lo expuesto, esta Sala considera que sobre este punto no se ha configurado la violación alegada”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 459-2007, fecha de la resolución: 26/06/2015.

DENEGACIÓN PRESUNTA

CONFIGURACIÓN POR LA FALTA DE RESPUESTA, DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, A UNA PETICIÓN

“VI. El ordenamiento procesal administrativo otorga a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se suscitan en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública, de ahí que es importante identificar los actos administrativos como presupuesto necesario para entablar la acción judicial. Excepcionalmente, con el propósito de resguardar la protección jurídica de los administrados ante una eventual pasividad de la Administración, se instituye la figura del silencio administrativo a manera de garantía para los particulares frente a la tardanza de la Administración. Es una presunción legal de consecuencias procesales que habilita la revisión judicial

del acto administrativo presumiblemente desestimatorio, por inactividad de la Administración; es decir, una ficción cuyo efecto es suplir la omisión o la falta de resolución previa para habilitar la vía judicial, en cuya virtud debe entenderse que la pretensión del administrado ha sido denegada como si en realidad hubiere mediado resolución administrativa expresa”.

HABILITA AL ADMINISTRADO LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

“La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al referirse a la figura del silencio administrativo, estipula en el art. 3 letra b) y en el inciso primero del art. 12 los siguientes presupuestos:

Art. 3.- “También procede la acción contencioso administrativa en los casos siguientes:

b) contra la denegación presunta de una petición. Hay denegación presunta cuando la autoridad o funcionario no haga saber su decisión al interesado en el plazo de sesenta días, contados desde la fecha de la presentación de la solicitud”.

Art. 12.- “El plazo para interponer la demanda en el caso de denegación presunta, será de sesenta días, contados desde el siguiente a aquél en que se entienda desestimada la petición, de acuerdo con lo dispuesto en la letra b) del artículo 3”.

Así, nuestro ordenamiento no solo lo reconoce sino que faculta el ejercicio de la acción contencioso administrativa fundada en la denegación presunta de una petición”.

REQUISITOS PARA SU CONFIGURACIÓN

“Para que esta Sala conozca del supuesto analizado, deben concurrir las siguientes circunstancias: 1) que el administrado haya formulado una petición a un funcionario, autoridad o entidad; 2) que el funcionario, autoridad o entidad a quien se haya dirigido la petición, no haya hecho saber su decisión al interesado en el plazo de sesenta días hábiles contados desde la presentación de la solicitud; y, 3) que se impugne el acto administrativo desestimatorio presunto, originado en virtud de la actitud silente de la Administración”.

AUSENCIA DE ILEGALIDAD PLANTEADA, PUES LA DISMINUCIÓN EN EL COSTO DEL FLETE PARA EL GAS PROPANO Y BUTANO IMPORTADO POR VÍA TERRESTRE, NO PRODUJO EFECTOS NEGATIVOS A LA SOCIEDAD DEMANDANTE

“Aplicando las circunstancias descritas en el caso subjúdice, de los argumentos expuestos en la demanda y del expediente administrativo remitido, se verifica el cumplimiento de los requisitos siguientes:

— La Dirección de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía, el día dieciséis de marzo del año dos mil cinco, recibió un escrito de TERMINALES DE GAS DEL PACÍFICO, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE en el cual

solicita una retribución de la cantidad de cuarenta y tres mil dólares con cinco centavos de dólar de los Estados Unidos de América, en concepto de subsidio por importación que no le fue aplicado durante los periodos de liquidación del cinco al once y del doce al dieciocho, ambos del mes de febrero de dos mil cinco [escrito agregado a folio 23 del proceso].

— La Dirección de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía se mantuvo silente por sesenta días hábiles, conclusión que se arriba al no constar en el expediente administrativo respuesta alguna durante el período que inició el diecisiete de marzo y finalizó el diecisiete de junio, ambos del año dos mil cinco, configurándose, a partir de ello, el silencio desestimatorio presunto.

Según el calendario del año dos mil cinco, los días dieciocho y diecinueve del mes de junio, fueron sábado y domingo respectivamente, por lo que a partir del día lunes veinte, se habilitó el plazo para que la impetrante presentara a esta jurisdicción la impugnación del acto administrativo presunto; plazo que finalizó el día diecinueve de septiembre del referido dos mil cinco.

— El día treinta de agosto de dos mil cinco, la sociedad demandante presentó la demanda contenciosa y se encontraba dentro del plazo de los sesenta días señalado en el artículo 12 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La autoridad demandada no hizo saber decisión alguna ante la petición planteada por la demandante.

Y es que la Administración está obligada a pronunciar la resolución pertinente sobre las solicitudes que formulen por los interesados, caso contrario —si la Administración no dicta resolución expresa en el plazo de cada caso aplicable— se produce un acto presunto, cuyos efectos jurídicos serán los de entender estimada la solicitud en unos supuestos —silencio positivo— o desestimadas en otros —silencio negativo—. En ambos casos, pues, el mero transcurso del plazo para resolver produce un auténtico acto administrativo.

Para el caso en estudio, ha concurrido un acto presunto negativo o desestimatorio para la sociedad demandante debido a que la petición de devolución no le fue resuelta, considerándose que media una resolución con el mismo valor que correspondería a una resolución negativa.

Ahora corresponde pronunciarse sobre los argumentos de la sociedad demandante referidos a que tiene derecho a la devolución de la cantidad de cuarenta y tres mil veinte dólares con cinco centavos de dólar de los Estados Unidos de América, en razón de que la autoridad demandada modificó el valor del flete para el gas propano y/o butano por vía terrestre de \$0.2650 centavos a \$0.06 centavos por galón, durante el período del cinco al once y del doce al dieciocho de febrero del año dos mil cinco.

Consta en el expediente administrativo a folio 78, el Acuerdo Ejecutivo N° 113 de fecha veinte de enero de dos mil cuatro, mediante el cual se modificó el numeral 8° del Acuerdo Ejecutivo N° 616 del quince de julio de dos mil tres; en el sentido siguiente:

“(…) El flete para las importaciones por vía terrestre será de U.S. \$0.2650 por galón”.

Pero, a diferencia del Acuerdo 616, se aclaró que:

“El valor del escalador para el flete marítimo y terrestre, podrá ser el resultado de: a) Un licitación pública internacional promovida por Gobierno y las empresas involucradas, b) Por la negociación directa entre suministrantes e importadores privados y c) Por la prórroga de los valores de flete del año anterior; en cualquier caso la Dirección lo notificará al inicio de año”.

En el folio 56 del expediente administrativo, esta agregada una nota dirigida a la sociedad demandante, de fecha veintisiete de enero de dos mil cinco, suscrita por la Directora de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía, que en lo medular dice: “Por este medio y de conformidad con el Acuerdo N° 616 del 15 de julio del 2003 (...) le comunico que el año 2005, el Flete para el gas propano y butano importado (...) vía terrestre será de U.S. \$0.06 por galón”. Constituye un acto de comunicación de una decisión administrativa.

A folio 47 del expediente administrativo, hay otra nota de la Directora d Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía, del dieciséis de febrero de dos mil cinco, dirigida a Terminales de Gas del Pacífico, S.A., de C.V., y le comunica que, con vigencia a partir del 18 de los corrientes, el flete para el gas propano y butano importado por vía terrestre será de U.S. \$0.265 por galón.

Tal como expuso TERMINALES DE GAS DEL PACÍFICO SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE en la demanda, la Dirección General de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía realizó cambios en el costo del flete para el gas propano y butano importado únicamente por vía terrestre.

Según las notas relacionadas en los párrafos precedentes la variación fue de la siguiente manera: i) del veintiuno de enero de dos mil cuatro hasta el treinta de enero de dos mil cinco, era la cantidad de \$0.2650 centavos por galón; ii) del treinta y uno de enero al diecisiete de febrero, ambos de dos mil cinco, el costo fue “modificado a \$0.06 centavos por galón; e, iii) del dieciocho de febrero de dos mil cinco en adelante, cambió nuevamente a \$0.265 centavos por galón.

Como primer punto, entre el período del treinta y uno de enero al diecisiete de febrero del dos mil cinco hubo una disminución del valor del flete, y según consta en la carta de folio 47 del mismo expediente administrativo, la Directora de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía, el dieciséis de febrero de dos mil cinco, le comunicó a la demandante que, con vigencia a partir del 18 de los corrientes, el flete para el gas propano y butano importado por vía terrestre sería nuevamente el precio anterior o sea de U.S. \$0.2650 centavos por galón; sin embargo, en dicha comunicación no se hizo referencia que en el período en que el costo fue disminuido se compensaría por la cantidad que fue reducida.

En otras palabras, la interpretación de la sociedad demandante de que retroactivamente recibiría el valor disminuido por haberse dejado sin efecto el valor cuestionado, no es posible deducirlo del contenido de la carta o nota de folio 47 del expediente administrativo; por consiguiente, el precio determinado para el período comprendido del treinta y uno de enero al diecisiete de febrero de dos mil cinco, se mantuvo mientras tuvo vigencia la decisión administrativa.

Como segundo punto, en cuanto a que TERMINALES DE GAS DEL PACÍFICO SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, se vió afectada por la disminución del costo del flete, se encuentran agregadas al expediente judicial a folios 116 y 117 las certificaciones del formulario DHM 06, correspondiente a las importaciones marítimas y terrestres efectuadas por la demandante durante

los meses de enero y febrero de dos mil cinco, en los cuales aparece que ella únicamente reportó importación de gas licuado de petróleo por la vía marítima, no así importación de dicho producto por la vía terrestre.

A partir de lo analizado, la disminución en el costo del flete para el gas propano y butano importado por vía terrestre entre el treinta y uno de enero y el diecisiete de febrero de dos mil cinco anunciado por la autoridad demandada, no produjo efectos negativos a la sociedad demandante debido a que en ese período no reportó importación de gas propano y butano por la vía terrestre.

Por lo señalado en los párrafos precedentes, no concurren elementos de ilegalidad en la denegación presunta de la solicitud presentada ante la Dirección General de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía, por TERMINALES DE GAS DEL PACÍFICO SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, el día dieciséis de marzo de dos mil cinco, que contenía la petición de devolución de cuarenta y tres mil veinte dólares con cinco centavos de dólar de los Estados Unidos de América, en concepto de pago por el valor del flete para el gas propano y/o butano importado por vía terrestre, en los períodos comprendidos del cinco al once y del doce al dieciocho de febrero de dos mil cinco”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 158-2005, fecha de la resolución: 24/11/2015.

DERECHO A LA SALUD

RECIBIR TRATAMIENTO NO VULNERA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONJUNTAMENTE CON EL DERECHO A LA SALUD

“i) La parte actora, en su demanda ha expresado la forma en que considera que se ha vulnerado el principio de legalidad, en el sentido que, en un estado de derecho, la Administración Pública, al actuar, debe de hacerlo dentro de los parámetros que dispone el bloque de legalidad y no puede ir contra lo dispuesto en ellas.

La autoridad demandada expresa con respecto a la violación del principio de legalidad, que en base al artículo 7 de la Ley del ISBM, el instituto puede brindar servicios directamente o contratar con instituciones públicas o privadas, por lo que se suscriben contratos con proveedores de servicios a nivel nacional y desde esa perspectiva no se limitan a una zona geográfica, generando posibilidades de alternativas a sus afiliados y sus grupos familiares para la asistencia de consultas, hospitalizaciones, exámenes médicos y demás servicios a prestar.

Además expresaron que con respecto a los afiliados del ISBM, los servidores públicos y sus grupos familiares, es necesario establecer el modo de proceder para brindar la cobertura médica en cumplimiento a las disposiciones de la Ley del ISBM, por lo que se dispone de la normativa institucional, para el caso, el “Instructivo para Trámites de Reintegro al Instituto y de los Reembolsos por parte de éste por Gastos Médicos”, para operativizar los procedimientos institucionales con apego a dicha ley.

ii) La parte actora expresó respecto a la violación al derecho de la salud, que la resolución que deniega el pago de reembolso por gastos médicos en concepto de honorarios médicos, ingreso hospitalario y procedimiento médico, ha provoca-

do una alteración en la salud de su esposo, debido al estrés y ansiedad, tanto por la excesiva tardanza, como por la denegatoria de la solicitud realizada al ISBM.

Respecto a ello, la autoridad demandada manifestó que, se ha constatado que el mismo nunca fue limitado a la demandante, debido a la singularidad de las opciones que el ISBM brinda por medio de sus proveedores para las atenciones médico hospitalarias, como tampoco fue restringido en ningún caso, debido a que la parte demandante prefirió optar de forma privada y no como usuaria del ISBM. Así tampoco, consta que la servidora pública haya solicitado asesoramiento a las dependencias de la referida institución para considerar las alternativas de las que disponía para la atención de su cónyuge.

iii) Sobre los puntos anteriormente desarrollados, este Tribunal considera que, del examen de la documentación anexa a la demanda, se constata la existencia de la siguiente documentación: (1) a folio 150 un resumen del historial clínico tomado al señor Héctor Salvador A. C., con número de afiliación [...], el día veintiuno de septiembre de dos mil diez, elaborado por el doctor Alfredo C. G., en formato proveído por el Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial y (2) Constancia de Atención Médica emitida por el Hospital de Diagnóstico, de la Colonia Médica, a favor del señor Héctor Salvador A. C., de fecha veinte de septiembre de dos mil diez, en donde se consigna que su atención y exámenes médicos se efectuaron como derechohabiente del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial, mismos que corren agregados de folios 151 al 159.

Así mismo a folio 224 consta la certificación del carné de identificación del señor Héctor Salvador A. C., como derechohabiente del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial, el cual venció en el mes de marzo del año dos mil doce.

El artículo 5 de la Ley del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial en su literal b) establece: “Tendrán derecho a recibir la cobertura del servicio médico hospitalario que brinde el instituto: “(...) b) Cónyuge o Sobreviviente”.

Con la Constancia de Atención Médica emitida por el Hospital de Diagnóstico, de la Colonia Médica, a favor del señor H.S.A. C., en el numeral 2) del líbello iii), se determina que el Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial, por medio del Hospital de Diagnóstico, de la Colonia Médica, si atendió al referido señor A. C., cuando se presentó a recibir atención médica el día veinte de septiembre de dos mil diez, habiéndosele realizado todos los exámenes médicos correspondientes, así como su respectivo diagnóstico.

Por ello, este Tribunal considera que no existe una vulneración al principio de legalidad ya que se tomó en cuenta su calidad de derechohabiente, lo que figura en la Constancia Médica relacionada a folio 151, y se le brindo en tal calidad su atención y tratamiento médico; así también no ha sido violentado su derecho a la salud, ya que en base a los exámenes médicos practicados al mismo, se le emitió un diagnóstico y un tratamiento a seguir. Por lo que la autoridad demandada ha dado cumplimiento a la obligación de brindar la atención debida al beneficiario que se acerque a las diferentes filiales de salud que el Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial tiene a disposición de los mismos, lo que, tal como se ha establecido, ha quedado comprobado con las constancias extendidas a favor del cónyuge de la demandante, no siendo posible considerar tampoco una vulneración al derecho de la salud del esposo de la demandante, ya que el mismo

recibió plena atención en relación a sus necesidades médicas en ese momento, al identificarse como beneficiario”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 205-2011, fecha de la resolución: 08/06/2015.

DERECHOS DE AUDIENCIA Y DE DEFENSA

FINALIDAD

“b) Derechos de Audiencia y Defensa.

Los derechos de audiencia y legítima defensa se encuentran íntimamente vinculados. El primero de ellos plasmado en el artículo 11 de la Constitución de la República, es un concepto abstracto que exige, que antes de proceder a limitar la esfera jurídica de una persona o privársele de un derecho, debe ser oída y vencida previamente con arreglo a las leyes.

Mientras que el derecho de defensa es un derecho de contenido procesal que implica, que para solucionar cualquier controversia, es indispensable que los individuos contra quienes se instruye un determinado proceso, tengan pleno conocimiento del hecho o actuación que se les reprocha, brindándoseles además una oportunidad procedimental de exponer sus razonamientos y de defender posiciones jurídicas a efecto de desvirtuarlos -principio contradictorio-; y sólo podrá privárseles de algún derecho después de haber sido vencidos con arreglo a las leyes, las cuales deben estar diseñadas de forma que posibiliten la intervención efectiva de los gobernados.

Entonces, la finalidad de la garantía de audiencia que se le concede a los gobernados mediante un determinado procedimiento, con todas las garantías como condición a la imposición de una pena, es doble. De una parte, supone dar al acusado la plena posibilidad de defenderse, al hacérsele saber el ilícito que se le reprocha, y al facilitarle el ejercicio de los medios de defensa que estime oportunos. La segunda finalidad es que la autoridad decisoria disponga de todos los elementos de juicio necesarios para emitir su resolución; y es que el conjunto de actuaciones en que se plasma el proceso, constituye el fundamento de la convicción de la autoridad que decide la situación que se haya conocido”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 333-2009, fecha de la resolución: 26/02/2015.

Relaciones:

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 372-2011, fecha de la resolución: 11/09/2015.

DERECHO DE PETICIÓN

ALCANCE

“El artículo 18 de la Constitución consagra el denominado derecho de petición y respuesta, que en sus alcances, establecidos por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, establece: «respecto al derecho de petición contenido en el artículo 18 de la Constitución, que éste se refiere a la facultad que asiste a

las personas — naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras— para dirigirse a las autoridades públicas formulando una solicitud por escrito y de manera decorosa (...) Debe destacarse que, como correlativo al ejercicio de esta categoría, se exige a los funcionarios estatales responder las solicitudes que se les planteen, y que dicha contestación no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición, sino que la autoridad correspondiente debe resolverla conforme a las facultades que legalmente le han sido conferidas en forma congruente y oportuna, y hacerlas saber (...) En ese sentido, las autoridades legalmente instituidas, quienes en algún momento sean requeridas por determinado asunto, tienen la obligación de resolver lo solicitado de manera motivada y fundada, siendo necesario que, además, comuniquen lo resuelto al interesado». (Sentencia de amparo 668-2006, pronunciada a las nueve horas cincuenta y ocho minutos del cinco de enero de dos mil nueve. El subrayado es nuestro).

De tal suerte que el ejercicio del derecho de petición implica la correlativa obligación de todos los funcionarios estatales de responder o contestar las solicitudes que se les presenten. Ahora bien, la contestación a que se hace referencia no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición, sino que la autoridad correspondiente tiene la obligación de analizar el contenido de la solicitud y resolver conforme a las potestades jurídicamente conferidas”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 341-2009, fecha de la resolución: 27/04/2015.

DERECHO DE PROPIEDAD

PODER DIRECTO E INMEDIATO SOBRE UN OBJETO O BIEN, POR LA QUE SE ATRIBUYE LA CAPACIDAD DE DISPONER DEL MISMO

“El Derecho a la propiedad es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien.

El objeto del derecho de propiedad está constituido por todos los bienes susceptibles de apropiación. Para que se cumpla tal condición, en general, se requieren tres condiciones: que el bien sea útil, ya que si no lo fuera, carecería de fin la apropiación; que el bien exista en cantidad limitada, y que sea susceptible de ocupación, porque de otro modo no podrá actuarse”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 372-2011, fecha de la resolución: 11/09/2015.

DERECHOS FUNDAMENTALES

LÍMITE DE LA ACTUACIÓN DEL ESTADO, VINCULACIÓN NEGATIVA Y POSITIVA

“Las normas jurídicas tienen la función instrumental de obtener ciertos fines o perseguir ciertos objetivos a través de la regulación del comportamiento

humano. Se tratan de fines y objetivos que determinan la voluntad del Estado, que desarrollarán o limitarán, en muchas ocasiones, la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos; o respecto de conflicto interadministrativo, en el que se restringen las atribuciones de la misma Administración Pública, que con ciertas formalidades legales o exigencias lógicas, se determina la validez de un acto o actos.

La restricción de la esfera jurídica de derechos y libertades o de las atribuciones de la Administración se justifica materialmente, como en todas las disciplinas del Derecho Público, por la tutela del interés público y su prevalencia sobre los intereses privados —artículo 246 inciso segundo de la Constitución—. No obstante, esa restricción se legitima por medio de la concepción de un Estado Constitucional de Derecho que concibe a los valores, principios, directrices, o reglas rectores como determinantes de la voluntad del Estado. Así que, la aparición de un ordenamiento jurídico cualificado por la profusión de normas de injerencia va a imponer la reivindicación de los derechos y libertades del ciudadano frente a la normativa interventora dictada al amparo de fines de interés social.

La intervención legislativa, para la reivindicación de derechos y libertades, se debe cualificar desde dos perspectivas, a saber: desde la intervención que permita el desarrollo de los derechos fundamentales y, segundo, desde la perspectiva que intervenga para que, racional o proporcionalmente, restrinja o limite el ejercicio de los referidos derechos.

En ambos casos (promoción y restricción) se denota que el parámetro de control son los derechos fundamentales. De tal forma que —conforme a la sentencia de la Sala de lo Constitucional, en el proceso de inconstitucionalidad de referencia 17-2006, pronunciada a las nueve horas del trece de octubre de dos mil diez y que, en lo sucesivo, se denominará **la Sentencia**— *«(...) son a la vez límite frente a la ley y objeto de regulación de la misma. Claro ejemplo de ello es la idea que el legislador no es una amenaza para los derechos fundamentales, sino más bien, una garantía de los mismos a través de la reserva de ley y la determinación normativa (...)»*.

De ahí que el legislador debe considerar a los derechos fundamentales, conforme a su determinación o indeterminación constitucional, como límite de su actuación (vinculación negativa) o como promoción de los mismos (vinculación positiva).

En todo caso, el legislador debería de regular ostensiblemente la promoción de los derechos fundamentales pero también, por medio de ley formal, se ve obligado a establecer la restricción proporcional de los mismos.

La Sentencia instauro que: *«La atribución del carácter de intervención en un derecho fundamental a la ley que constituye el objeto de control constitucional es, en efecto, un presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad. Toda ley que afecte de manera negativa a una norma o una posición que pueda adscribirse al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental, debe ser considerada como una limitación a ese derecho»*.

Las interpretaciones legales, y sus consecuentes aplicaciones, comportan, en ocasión de normas habilitantes de injerencia, la afectación negativa en un derecho al grado de suprimir, eliminar o dificultar el ejercicio del mismo pero,

para que se produzca esa desventaja, entre la norma legal y la afectación, debe mediar un nexo de causalidad o de idoneidad negativa de naturaleza jurídica o fáctica. Es decir que es pertinente que la norma sea idónea para suprimir o eliminar jurídicamente la posición o elemento esencial en el derecho afectado —afectación normativa— o que sea idónea para impedir o dificultar el ejercicio de las acciones que habilita el derecho o menoscabar el estatus de las propiedades o situaciones pertenecientes al derecho afectado —afectación fáctica—.

Una disposición, o su aplicación, guardan una relación de causalidad negativa con el derecho fundamental si se ve disminuido con relación a la preexistencia de la norma o a su aplicación. No obstante, la disminución del derecho, como producto de la norma o su aplicación, no deviene automáticamente en inconstitucional o, en su caso, ilegal, sino que presupone la activación de los mecanismos o las garantías de protección material de los derechos fundamentales. Por ello es importante categorizar, como lo hizo **la Sentencia**, la regulación normativa y la limitación de derechos, o para el caso, atribuciones —conflicto interadministrativo—.

La regulación normativa es la dotación de contenido material a los derechos fundamentales —a partir de la insuficiencia del que la Constitución o las normas infraconstitucional les otorga— que conlleva a adoptar disposiciones o, para el caso de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, hasta hacer interpretaciones y aplicaciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones de su ejercicio, así como la organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos, y sus garantías. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que un derecho constitucional puede ser regulado por las disposiciones infraconstitucionales o, en su ausencia, por interpretaciones constitucionales provenientes de aquellos órganos estatales o entes públicos que se encuentran constitucionalmente y legalmente facultados para ello.

El establecimiento de condiciones para el ejercicio de un derecho forma parte de la libertad tanto de configuración del legislador como interpretativa del juzgador, y no crea derechos, así como tampoco es el cumplimiento de tales condiciones en un caso concreto lo que hace surgir el derecho en la práctica. El derecho existe independientemente de tales condiciones ya que éstas lo único que hacen es regular o interpretar las formas para su ejercicio.

La limitación de un derecho fundamental o de una atribución es un caso específico de regulación directa, instituye una disciplina general del derecho o, aún siendo parcial, afecta alguno de sus elementos sustanciales o de sus aspectos esenciales. La limitación o restricción implica la modificación de su objeto o sujeto —elementos esenciales del derecho fundamental o atribución— de forma que se realiza una obstaculización o impedimento para su ejercicio, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional y, por regularidad jurídica, legal.

A diferencia de la regulación, la limitación de los derechos solo debe ser realizada por la Constitución o por la Ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa.

La Sentencia instituyó que el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fun-

damentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes; el principio de proporcionalidad estructura el procedimiento para la determinación del contenido de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para la Administración Pública y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de legalidad de los actos administrativos.

De ahí que **la Sentencia** argumenta que el principio de proporcionalidad es una herramienta argumental que determina si un contenido constitucional o, para esta Sala, infraconstitucional han sido alterados. Efectivamente, este principio se define esencialmente como un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales —de poca densidad normativa— y las concreciones sobre las mismas, y para el particular, modula las ‘tensiones entre las disposiciones infraconstitucionales y las concreciones interpretativas. Dicho principio irradia una vinculación de tipo normativo que se proyecta sobre los poderes públicos —el Legislativo, principalmente— y para el presente caso, la Administración Pública que exige que la limitación de derechos o atribuciones —conflicto interadministrativo— no sea desproporcionada, de lo contrario se debe declarar su inconstitucionalidad o, para el caso sub júdice, la ilegalidad.

La Sentencia jurisprudencialmente establece, del principio de proporcionalidad, tres subprincipios, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 458-2013, fecha de la resolución: 31/08/2015.

DEVOLUCIONES TRIBUTARIAS

LAS DEVOLUCIONES DERIVADAS DE LA NORMAL APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS, TIENEN COMO COMÚN DENOMINADOR LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA QUE SE CONSTITUYE ENTRE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y LOS SUJETOS PASIVOS

“En cuanto a las devoluciones tributarias, se considera que su génesis es la percepción de un ingreso que, a título de público, fue enterado a la Administración de una forma regular o irregular.

Bajo ese contexto, procede indicar que ya se ha dicho con anterioridad que, tanto la percepción de los ingresos públicos irregulares —v. gr.: los ingresos indebidos o en exceso— como los ingresados de una forma regular —v. gr.: las devoluciones en el impuesto sobre la renta, como en el caso que los pagos a cuenta o retenciones sean mayores al impuesto computado, o las devoluciones de IVA exportadores, etc.— se constituyen desde el mismo momento de su ingreso los irregulares o en un segundo momento los regulares en créditos a favor del sujeto pasivo y, en consecuencia, nace por el mismo traslado patrimonial, a título de ingreso público injustificado, una pretensión de reintegro (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, referencia 132-2010 del día veintinueve de agosto de dos mil catorce).

Las devoluciones derivadas de la normal aplicación de los tributos, tienen como común denominador la obligación tributaria que se constituye entre la ad-

ministración tributaria y los sujetos pasivos con la particularidad que, la primera es deudora y la otra acreedora (sujeto pasivo)”.

CONTRIBUYENTE SE CONFIGURA COMO TITULAR DEL DERECHO SUBJETIVO DE NATURALEZA PATRIMONIAL, PARA RECLAMAR EL RESPECTIVO REINTEGRO

“De ahí que, el contribuyente se configura como titular del derecho subjetivo de naturaleza patrimonial, para reclamar el respectivo reintegro y, surge la obligación de la Administración Tributaria de reintegrar para, así, restablecerle el detrimento patrimonial y restablecer la legalidad en los montos de la recaudación fiscal.

Con respecto al restablecimiento de la legalidad, se debe recordar que la vinculación positiva del principio de legalidad (artículos 86 de la Carta Magna y 3 inciso cuarto del Código Tributario) también se aplica al Derecho Tributario, pues vincula a la Administración a recaudar los respectivos tributos en los montos que la ley establece.

Las cantidades recaudadas en montos diferentes —al igual que los percibidos en menor cuantía a los establecidos en la ley y aquellos montos que deben ser devueltos por la normal aplicación del tributo o para no alterar el principio de neutralidad del Impuesto al Valor Agregado (IVA), son ingresos ilegales y su restablecimiento se logra no tan sólo por el ejercicio de un derecho subjetivo, es decir por medio de un procedimiento iniciado de forma dispositiva —artículo 212 del Código Tributario—, sino también por la tutela de la capacidad contributiva y el principio de legalidad, por medio de un procedimiento oficioso —artículo 175 inciso segundo del mismo cuerpo legal . Es así que, la petición por parte del sujeto pasivo, con la que da origen al procedimiento de devolución, no es la única forma para la repetición del pago, sino también, la fiscalización donde se le debe poner a disposición el saldo liquidado oficiosamente a favor del sujeto pasivo”.

ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DEBE EFECTUAR LA LIQUIDACIÓN PROVISIONAL DE LA DEVOLUCIÓN, ASÍ NO QUEDA AL ARBITRIO DE LA AUTORIDAD LA NEGATIVA A LA DEVOLUCIÓN

“En el presente caso la sociedad impetrante relató en su demanda que “(...) de acuerdo a lo establecido en los artículos 74, 75, 76 y 77 de la Ley IVA, declaró como exportaciones gravadas con tasa del cero por ciento, las ventas realizadas en el Aeropuerto Internacional de El Salvador, porque todos los bienes son consumidos fuera de territorio nacional”.

Por su parte la autoridad demandada, manifestó que las ventas realizadas a pasajeros salientes serían gravadas con la tasa del cero por ciento (0%) y las ventas efectuadas a pasajeros entrantes debían soportar la tasa del trece por ciento (13%). Asimismo, adujo que, se comprobó tanto la incorporación como exportaciones de ventas de bienes realizadas a viajeros que salieron del país, para el uso y consumo en el exterior; como las ventas realizadas a viajeros entrantes al país, que debieron ser gravadas con el trece por ciento.

En ese sentido, se advierte que al efectuarse el procedimiento de devolución, la Administración Tributaria está facultada a realizar “(...) las comprobaciones que considere necesarias a efecto de determinar la existencia y cuantía del saldo cuya devolución se solicita y los demás hechos y circunstancias que determinen la procedencia de la misma (...)” —artículo 214 del Código Tributario—.

Partiendo de lo expuesto, esta Sala tiene a bien aclarar, que con base a esta facultad la DGII puede verificar, por una parte, la exactitud del monto del reintegro solicitado; o si las transferencias realizadas a la contribuyente eran gravadas con el impuesto —compras internas—; o bien si las ventas realizadas por la contribuyente constituían, o no, hechos generadores del impuesto —débitos fiscales— o si estas transferencias gozaban de alguna exención.

De ahí que, este Tribunal advierte que la DGII en esa labor de verificación, estableció que la sociedad contribuyente había efectuado ventas internas —ya que la transferencia de bienes muebles se realizó a viajeros que ingresaron al país, la mercadería permaneció en el territorio nacional y, por consiguiente, no puede considerarse que se efectuó una exportación del bien—; pero también estableció la exportación de mercadería destinada al uso o consumo en el extranjero, por ventas realizadas a viajeros que salieron del país. Como consecuencia, la DGII estableció que la devolución no era procedente por la cantidad pedida y declaró sin lugar lo solicitado por la actora (folios 23 vuelto y 25 vuelto).

En ese orden, con relación a los actos administrativos impugnados, el artículo 64 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios (Ley IVA) determina que: “Por regla general, el impuesto que ha de ser pagado por el contribuyente será la diferencia que resulte de deducir del débito fiscal causado en el período tributario, el crédito fiscal trasladado al contribuyente al adquirir bienes o al utilizar los servicios y, en su caso, el impuesto pagado en la importación o internación definitiva de los bienes, en el mismo período tributario”.

Por su parte, en concordancia con el artículo antes citado, el artículo 30 inciso tercero del Reglamento de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, cita, que los Créditos Fiscales que no sean plenamente identificables con ninguna de las actividades ya sea exportaciones o ventas locales—, se distribuirán porcentualmente entre ambas actividades en relación a las ventas que cada una haya generado; conforme a la normativa antes descrita, y teniendo los insumos respectivos por cada uno de los actos administrativos impugnados, la DGII debía deducir los créditos fiscales a los débitos y aplicar el porcentaje, en relación a los créditos originados por la exportación, para liquidar provisionalmente, la devolución artículo 214 del Código Tributario

Lo anterior, sin perjuicio de la liquidación definitiva e integral que, en el procedimiento de fiscalización puede (deber-poder) realizar la DGII en referencia, para establecer la verdadera situación jurídica tributaria del sujeto pasivo.

La Administración Tributaria debió efectuar la liquidación de carácter provisional de la devolución ya que, dentro de los motivos para el rechazo de la solicitud —artículo 216 del Código Tributario—, no se encuentra la inconsistencia con la autoliquidación del impuesto (declaración), pues para ello, está facultada

a verificar la información presentada y establecer provisionalmente la cuantía a devolver, y así, no queda al arbitrio de la autoridad la negativa a la devolución”. *Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 26-2011, fecha de la resolución: 09/12/2015.*

DEVOLUCIÓN DEL EXCEDENTE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA

“La parte actora argumentó que ha existido violación al derecho de audiencia y defensa, en razón que no se siguió un procedimiento previo, de conformidad a lo estipulado en el artículo 11 de la Cn, antes de la emisión de la resolución de denegatoria de la devolución, en el que se le escuchara y se permitiera ejercer su derecho de audiencia y defensa.

Por su parte la autoridad demandada, manifestó que actuó conforme a lo que la normativa tributaria establece, pues se hicieron las verificaciones pertinentes para negar la devolución solicitada por la peticionaria, tal como consta en el informe de verificación de fecha doce de junio de dos mil doce —anexo de folios 26 al 33—. Expuso además, que “La verificación de los ingresos antes detallados se realizó por medio de consultas en el Sistema Integrado de Información Tributaria (SIIT) de esta Dirección General, a través de lo reportado en el Informe Anual de Retenciones presentado por el Agente de Retención a esta Dirección General, comparándose con los valores declarados por la hoy demandante; pero que, al verificarse la constancia de ingresos emitida por dicha sociedad se encontró que no declaró el valor de \$536.00, en concepto de Indemnizaciones por retiro voluntario, los cuales fueron declarados en dicha constancia como ingresos no gravados”.

Al respecto, esta Sala, estima conveniente señalar, que los mencionados derechos —audiencia y defensa— se encuentran íntimamente vinculados, los cuales se encuentra contenidos en el artículo 11 de la Constitución el cual establece en su inciso primero que: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes”.

Según jurisprudencia de este Tribunal, se expone que: “Esta disposición constitucional consagra lo que se conoce como derecho de audiencia, el cual, es un concepto abstracto en virtud de cual se exige que, antes de procederse a limitar la esfera jurídica de una persona o a privársele por completo de un derecho, debe ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes. (...) El mencionado derecho se caracteriza por ser un derecho de contenido procesal, que se encuentra indiscutiblemente relacionado con las restantes categorías jurídicas protegibles constitucionalmente, en el sentido que, para que una privación de derechos tenga validez jurídica, necesariamente debe ser precedida de un proceso seguido conforme a la ley, en el cual se posibilite la intervención efectiva del afectado a fin de que conozca los hechos que lo motivaron y tenga la posibilidad de desvirtuarlos.

Este Tribunal ha reiterado en diversas resoluciones que en sede administrativa, el derecho de defensa se concentra en el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo; se concretiza en que los interesados planteen sus alegaciones, puedan probarlas, y que éstas sean tomadas en cuenta por la administración a la hora de resolver, esto es, que sean valoradas y aceptadas o rechazadas en función de razones y argumentos que, convenzan o no, permiten conocer el sentido de la voluntad administrativa y el juicio que la fundamenta” (Sentencia referencia 219-2005 emitida el dieciocho de junio de dos mil ocho).

De ahí que para garantizar el debido proceso, es necesario que se respete el derecho de audiencia y defensa, llevando a cabo un conjunto secuencial de etapas procesales que deben contener un mínimo de garantías que aseguren, la posibilidad cierta de ejercer sus derechos”.

PROCESO PARA PEDIR LA DEVOLUCIÓN

“El Código Tributario, constituye el marco legal específico al que debemos remitirnos para dilucidar si el trámite seguido por la autoridad demandada se realizó conforme a derecho.

En ese sentido, el capítulo V del referido Código, denominado “LA REPETICIÓN O DEVOLUCIÓN DE LOS IMPUESTOS”, regula la forma de proceder en el caso de derecho a devolución, de tal forma que en el artículo 212 se prescribe que “Los contribuyentes que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias con derecho a devolución (...) podrán solicitar su devolución dentro del término de dos años, contado a partir del vencimiento del plazo para presentar la correspondiente declaración original o de la fecha del pago indebido o en exceso”.

El artículo 214 por su parte establece que “La Administración Tributaria podrá efectuar las comprobaciones que considere necesarias a efecto de determinar la existencia y cuantía del saldo cuya devolución se solicita y de los demás hechos y circunstancias que determinen la procedencia de la misma, sin perjuicio de las facultades de fiscalización que le competen a la misma. Dicha verificación deberá efectuarse dentro del plazo establecido para ordenar la respectiva devolución”.

En el artículo 213 se determina que “Transcurrido el término de que trata el artículo anterior sin que se hubiere efectuado la solicitud de devolución, ni ejercida la aplicación de saldos a favor de que trata el artículo 79 de este Código, cuando ella resulte procedente, caducará la acción para solicitar la misma y los valores correspondientes ingresarán en forma definitiva al Fondo General de la Nación”.

El artículo 215 instituye que “La Administración Tributaria deberá ordenar mediante resolución, dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud correspondiente y previas las compensaciones que resulten aplicables, la devolución o compensación, según sea el caso, salvo que se den las situaciones que establece el siguiente artículo. Para proceder a la devolución se requiere informe previo de la Dirección General de Tesorería de que las sumas cuya devolución se trata, han ingresado al Fondo General de la Nación. (...)”

Ordenada la devolución, la misma deberá efectuarse dentro de los cientos veinte días siguientes a la notificación correspondiente”.

Finalmente, el artículo 216 prescribe que “La denegatoria de las solicitudes de devolución o compensación deberán efectuarse mediante resolución sin más trámites, cuando la suma solicitada ya hubiere sido objeto de devolución, compensación, aplicación o imputación anterior o se determine que las retenciones o pagos en exceso que declara el solicitante son inexistentes, bien sea porque la retención no fue practicada o porque el agente retenedor no existe, o porque las sumas no fueron ingresadas al Fondo General de la Nación. Lo anterior sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que se haga acreedor el solicitante”.

De los artículos relacionados se advierte que se trata de un procedimiento especialísimo que tiene como finalidad determinar si procede o no el derecho a la devolución, de lo cual se extrae que:

(i) La peticionaria tenía el plazo de dos años para ejercer su derecho a devolución — art. 212 CT —, contados a partir del vencimiento del plazo para presentar la correspondiente declaración original.

(ii) Para el ejercicio del derecho debía presentar solicitud ante la Administración Tributaria, realizando según el artículo 214 la respectiva verificación, además de requerir en el caso de proceder la devolución informe previo de la Dirección General de Tesorería.

Sin embargo, en el artículo 216 citado, establece una excepción a la realización de los trámites para determinar la procedencia de la devolución en los casos que ahí se prescriben, por lo que en los demás casos no comprendidos en dicho artículo, siempre estarán sujetos a la verificación.

Del procedimiento citado se advierte, que en el mismo no se regula una etapa en la cual se garantice el derecho de audiencia y defensa de la peticionaria, sin embargo, en el caso que se niegue el derecho a la devolución, es obligación de la Administración Tributaria realizar la aplicación directa de la Cn, y de esa forma hacer del conocimiento del administrado el informe de verificación, dando un plazo para que este tenga la posibilidad de defenderse y presentar la documentación que considere pertinente, para que al final la Administración Tributaria, resuelva conforme a derecho corresponde. Lo anterior con la finalidad de garantizarle el debido proceso ante la negación de un derecho”.

FALTA DE NOTIFICACIÓN DE UNA RESOLUCIÓN ES UNA FORMA DE VIOLENTAR EL DEBIDO PROCESO Y ESPECIALMENTE EL DERECHO DE DEFENSA

“En ese orden de ideas, este Tribunal estima necesario citar el precedente dictado en sentencia referencia 251-2006 de fecha ocho de septiembre de dos mil diez, en donde se pronuncia que: “se ha sostenido que la notificación constituye piedra angular del sistema de garantías de los derechos del administrado, especialmente en materia tributaria, y se considera que la obligación de notificar deviene del principio de seguridad jurídica y de la necesidad de hacer posible el derecho de defensa. Precisamente por su trascendencia, el legislador reviste de solemnidades al acto procesal de la notificación, lo cual constituye una garantía

en favor de la parte notificada. (...) En consecuencia, el carácter estrictamente formal de las notificaciones comporta una consecuencia capital, y es el hecho que la notificación no realizada en debida forma no produce efectos, de lo cual se sigue que la propia resolución notificada; tampoco podrá producirlos contra la interesada, ya que la notificación demora el comienzo de la eficacia del acto, de la misma manera ante una notificación defectuosa, no comienzan a correr los plazos para interponer los recursos pertinentes. (...) Se concluye así que la invalidez de una notificación conlleva su ineficacia. Se agrega que las notificaciones defectuosas, sólo pueden surtir efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan que ha tenido conocimiento de la misma. (...) La finalidad que se persigue es el funcionamiento de la garantía general del debido proceso, garantizando un proceso regular y legal ante un juez natural que no altere la defensa de las partes o de los derechos, en última instancia la nulidad procesal solo se dicta cuando el vicio en que se incurre causa indefensión o no puede ser subsanado. (...) Por lo anterior se puede afirmar que se le causó indefensión al actor, por el desconocimiento del informe elaborado por la auditora. En este orden de ideas, la irregularidad observada por esta Sala causó indefensión, ya que la actora no tuvo la oportunidad de aclarar ciertas afirmaciones de la auditora, y la Dirección General de Impuestos Internos debió notificar el informe a fin de garantizarle su derecho de defensa. (...) Por lo antes expuesto ha existido una violación a la Garantía Constitucional del debido proceso, y en particular en lo referente al derecho de defensa, ya que el actor no tuvo conocimiento de los hechos que se le atribuyen en el informe, que fue empleado en su oportunidad, tal como lo indica el Código Tributario para emitir la correspondiente resolución administrativa. (...) Por lo que al establecerse en el presente juicio, que la resolución de la Dirección General de Impuestos Internos respecto de la solicitud del actor sobre la devolución del excedente del Impuesto sobre la Renta, correspondiente a los ejercicios impositivos de dos mil dos y dos mil tres (...), adolece de vicios esenciales consistentes en violación a la Garantía Constitucional del debido proceso y específicamente en el derecho de defensa que debe prevalecer en todo proceso o procedimiento administrativo, se concluye que el acto es ilegal". [...]

En razón de las consideraciones expuestas y de lo constatado en el expediente administrativo, este Tribunal advierte que, la DGII omitió notificar a la demandante el informe de verificación elaborado por el Jefe del Departamento de Peticiones de la DGII, el cual sirvió de base para declarar sin lugar el derecho a la devolución solicitado de conformidad al Código Tributario, por lo que es dable afirmar que, en la forma en que se desarrolló el procedimiento, se le causó indefensión a la peticionaria, por el desconocimiento del referido informe, sin haberle otorgado la oportunidad de alegar, contradecir, o aclarar las consideraciones realizadas en el mismo.

De ahí que, ha existido violación al debido proceso, específicamente a los derechos de audiencia y defensa, por lo que la resolución impugnada de fecha diez de julio de dos mil doce, emitida por la DGII, mediante la cual se declaró sin lugar la devolución en concepto de excedente de Impuesto sobre la Renta correspondiente al ejercicio impositivo del año dos mil diez es ilegal.

Establecido lo anterior, se analizarán las violaciones alegadas a los artículos 212 del Código Tributario y 4 numeral 3) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, en los cuales la argumentación de la actora está fundamentada en que la indemnización recibida en el año dos mil diez, constituye renta no gravada y por lo tanto se le vulneró el derecho a la devolución. De ahí que se analizará específicamente si la indemnización discutida constituye renta no gravable o si por el contrario debe ser tomada como renta gravable”.

EL DERECHO A LA DEVOLUCIÓN DERIVA DE RETENCIONES REALIZADAS, LAS CUALES FUERON SUPERIORES AL IMPUESTO QUE LE CORRESPONDÍA PAGAR, POR LO QUE RESULTA PROCEDENTE LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO PAGADO EN EXCESO

“La parte actora, señaló que el derecho a la devolución que le asiste deriva de las retenciones que se le realizaron durante el ejercicio fiscal correspondiente al año dos mil diez, las cuales fueron superiores al impuesto que le correspondía pagar, por lo que resulta procedente la devolución del impuesto pagado en exceso a través de las retenciones. Además, adujo que, el artículo 4 numeral 3) de la LISR, tipifica como indemnización, el monto que la DGII pretendía que incorporara como renta gravada en su declaración, ya que el dinero recibido atiende al tiempo de servicio prestado, y dando por terminada la relación laboral no se tiene la certeza de un nuevo vínculo laboral a futuro, pues las empresas suelen indemnizar a sus trabajadores anualmente, con el fin de prevenir una dificultad económica de la empresa para responder en el futuro con dichos montos, no estando el patrono en la obligación de volver a contratar al trabajador, implicando por lo tanto celebrar un nuevo contrato el inicio de una relación laboral. Por lo que asegura que con la indemnización se busca resarcir el daño ocasionado por la ruptura laboral.

La DGII por su parte, consideró que en el presente caso la indemnización recibida por la actora, no es indemnización por despido ni bonificación por retiro voluntario, por lo que considera que es renta gravada. Lo anterior, lo fundamenta en el sentido que la indemnización lo que busca es tener un efecto reparador del daño causado en forma injustificada que provoca el rompimiento de la relación laboral, por lo que no puede darse por mutuo acuerdo entre las partes sino únicamente por despido, y considera que es necesario prescindir del trabajador, para que se catalogue como indemnización, pues lo que busca es precisamente resarcir el daño ocasionado por el despido al trabajador, y en el presente caso considera que no ha habido una real ruptura en la que se produzca un daño por razones de despido. Asimismo, tampoco es bonificación por retiro voluntario, debido a que esta figura atiende a una renuncia, en la que debe existir una ruptura de la relación laboral.

Al respecto, esta Sala precisa citar lo señalado por la DGII, en circular número 02/2012 de fecha doce de diciembre de dos mil doce, mediante la cual comunica a los contribuyentes, el tratamiento tributario aplicable para efectos del Impuesto sobre la Renta, a los montos de amortización del pasivo laboral (anticipo de indemnización) que anualmente sean cancelados por los patronos a los trabajadores con dependencia laboral, en la que toma de fundamento opinión

jurídica emitida por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social; así comunicó lo siguiente: “(...) se reconoce que todas las cantidades que los patronos cancelan a sus empleados al final de cada año, les permite asegurar anticipadamente el pleno ejercicio de su derecho de indemnización, sin necesidad de ponerle fin a la relación laboral, y además se expone, que no se infringe la naturaleza jurídica de la indemnización, siempre y cuando el pago se efectúe y conste en los instrumentos señalados en el artículo 402 del Código de Trabajo”.

De tal forma que concluyó que “(...) los anticipos de indemnización que el patrono pague anualmente a sus trabajadores, constituirán renta no gravada con el Impuesto sobre la Renta, siempre que las mismas cumplan lo siguiente: (...) a. No excedan de un salario básico de treinta días por cada año de servicio. (...) b. Exista un acuerdo expreso entre el trabajador y el patrono para considerarlas como amortización del pasivo laboral (anticipo de indemnización). (...) c. Se documenten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 402 del Código de Trabajo”.

El artículo 4 numeral 3) de la LISR prescribe: “Son Rentas no gravables por este impuesto, y en consecuencia quedan excluidas del cómputo de la renta obtenida: (...) 3) Las indemnizaciones que en forma de capital o renta se perciben por causa de muerte, incapacidad, accidente o enfermedad, y que sean otorgados por vía judicial o por convenio privado. (...) Las indemnizaciones por despido y bonificaciones por retiro voluntario, siempre que no excedan de un salario básico de treinta días por cada año de servicio. Para estos efectos, ningún salario podrá ser superior al salario promedio de lo devengado en los últimos doce meses, siempre y cuando estos salarios hayan sido sujetos de retención”. *Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 386-2012, fecha de la resolución: 30/11/2015.*

EMPLEADOS DE CONFIANZA

SON EJERCIDOS POR FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PÚBLICOS QUE LLEVAN A CABO ACTIVIDADES VINCULADAS DIRECTAMENTE CON LOS OBJETIVOS Y FINES DE DIRECCIÓN O ALTA GERENCIA DE UNA DETERMINADA INSTITUCIÓN

“VI. Nuestra Carta Magna, en el artículo 219, crea la carrera administrativa. La Ley de Servicio Civil, desarrolla los aspectos esenciales del marco laboral de los servidores públicos, señalando que no se aplicará a los cargos que tengan puestos políticos o de confianza, lo cual se explica desde la tesis que el mérito académico y la capacidad no son los parámetros evaluadores esenciales en la investidura de tales funcionarios, sino que es la confianza que tiene en él la persona que lo nombró o la connotación de ser un empleo de naturaleza política, al cual se llega por elección popular (tal es el caso de los diputados y alcaldes).

Según jurisprudencia de esta misma Sala, se entenderá como cargo de confianza: “(...) aquellos ejercidos por funcionarios o empleados públicos que llevan a cabo actividades vinculadas directamente con los objetivos y fines de dirección o alta gerencia de una determinada institución (gozando lógicamente de un alto grado de libertad en la toma de decisiones) y/o que prestan un servicio personal

y directo al titular de la entidad". (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 194-2010, dictada el trece de abril de dos mil quince).

En razón de lo apuntado, para determinar si un puesto en particular es o no de confianza —sin tomar como parámetro único su denominación— se debe realizar un análisis integral y se deben considerar las circunstancias lógicas de cada supuesto concreto".

PARA DEMOSTRAR QUE ES EMPLEADO DE CONFIANZA SE DEBE PROBAR QUE PRESTA SERVICIOS DE MANERA DIRECTA AL TITULAR DE LA INSTITUCIÓN, QUE ESTÁ SUBORDINADO EN GRADO MÍNIMO A SUS SUPERIORES Y QUE TIENE UN AMPLIO MARGEN DE LIBERTAD DE ACTUACIÓN

"Así, el criterio que resulta determinante para catalogar a un puesto de trabajo como de confianza, son las funciones concretas que se realizan en el desempeño.

Esta Sala advierte que en el caso analizado y según el contrato de prestación de servicios personales celebrado entre las partes, las funciones o servicios que el contratista se comprometía a prestar eran aquellos inherentes y conexos al cargo de Técnico IV.

La parte actora señala que el señor P.M. se desempeñaba como Gerente Regional Oriental, por lo que tenía una jefatura, sin embargo, no incorporó documentación como el expediente laboral o, al menos una descripción del puesto en la que se detallaran las funciones del señor P. M.. Corre agregada a folio 53 del expediente judicial, fotocopia de certificación de la Evaluación del Desempeño del trabajo realizado por el señor N.S.P.M., pero de manera general, sin especificar las funciones que este realizaba. En cuanto a si existía una vinculación directa entre el señor Palomo

Medrano con el titular de la institución, cabe destacar que, no obstante que el actor ha expresado que funcionalmente el señor P.M. se desempeñaba como Gerente Regional Oriental, no se presentó prueba que permitiera establecer que el referido señor prestaba sus servicios de manera directa al titular de dicha Institución, y menos aún que estaba subordinado en grado mínimo a sus superiores, por lo que no se ha determinado que tenía un amplio margen de libertad de actuación.

En ese orden de ideas, se advierte que el señor P. M., según el contrato celebrado por las partes, ejercía las actividades de un Técnico IV, sin un alto grado de libertad en la toma de decisiones, ni la prestación de un servicio profesional y directo al titular de la entidad. Consecuentemente, la sola denominación del cargo como "Gerente Regional Oriental", que según el actor ostentaba el señor P.M. pero cuyas funciones no han sido detalladas en este proceso, ni en el que se siguió ante el Tribunal de Servicio Civil no permite establecer que el referido señor desempeñaba un cargo de confianza.

En base a los criterios establecidos para identificar un cargo de confianza, este Tribunal concluye que el demandante no ha demostrado que el señor N.S.P.M., tenía un puesto de esa naturaleza, por lo que de conformidad al con-

trato debe considerarse que sus tareas eran de carácter meramente de apoyo técnico dentro de la Institución.

Consecuentemente, al no tratarse de actividades vinculadas directamente con los objetivos y fines de dirección o alta gerencia de la institución, el señor Palomo-Medrano era un empleado incluido en la carrera administrativa, por lo que era necesario seguir el procedimiento ante la Comisión de Servicio Civil para decidir la destitución del mismo”.

PARA PROCEDER AL DESPIDO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA SE DEBE GARANTIZAR EL DERECHO DE AUDIENCIA, DEFENSA Y DEBIDO PROCESO

“VII. Con relación al procedimiento administrativo que debió seguirse para separar al referido servidor público de su empleo, se hacen las siguientes consideraciones:

Mediante el Decreto Legislativo número diez del veinte de mayo de dos mil nueve, publicado en el Diario Oficial número noventa y cuatro, de fecha veinticinco de mayo de dos mil nueve, se reformaron los incisos segundo y cuarto del la letra m) del artículo 4 de la Ley de Servicio Civil, los cuales, respectivamente establecen que: *“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”* y *“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”*.

De lo anterior, se tiene que dicha reforma habilita el ingreso a la carrera administrativa a empleados públicos contratados bajo el régimen de contrato, cuando los servicios que éstos presten sean de carácter permanente, obviamente, al incluir sin distinción a empleados contratados bajo cualquier régimen de contrato, no tiene razón de ser los plazos establecidos en los mismos.

Por tanto, se puede concluir, que para proceder al despido del señor N.S.P.M., se debieron observar las reglas descritas en el artículo 55 de la Ley de Servicio Civil, el cual establece: *“Para poder proceder al despido o destitución se observarán las reglas siguientes: a) La autoridad o Jefe del funcionario o empleado comunicará por escrito a la respectiva Comisión de Servicio Civil su decisión de despedirlo o destituirlo, expresando las razones legales que tuviere para ello, los hechos en que la funda y proponiendo la prueba de éstos; b) La Comisión hará saber al funcionario o empleado la decisión de la autoridad o jefe y le dará un plazo de tres días, contados desde la fecha de la notificación, a fin de que si quisiere exponga los motivos que tenga para oponerse a su destitución o despido y proponga las pruebas de descargo que existieren a su favor; c) Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior el funcionario o empleado no hubiere presentado oposición o manifestare expresamente su conformidad, quedará despedido o destituido definitivamente; a menos que dentro de tercero*

día de vencido el plazo, compruebe ante la Comisión haber estado impedido por justa causa para oponerse, en cuyo caso se le concederá un nuevo plazo de tres días; d) Si el funcionario o empleado se opusiere dentro de los términos expresados en los incisos precedentes, la Comisión instruirá la información respectiva con intervención de la autoridad o jefe solicitante o de un delegado de su nombramiento y del funcionario o empleado opositor. La Comisión recibirá las pruebas que se hayan propuesto y las demás que estime necesario producir, dentro del término improrrogable de ocho días, vencidos los cuales pronunciará resolución confirmando o revocando la destitución o despido”.

En el caso analizado se ha establecido que: 1°) La relación laboral entre el Ministro de Justicia y Seguridad Pública y el señor N.S.P.M., era de carácter público y por lo tanto tenía la calidad de servidor público; 2°) Que el señor N.S.P.M. no tenía un puesto de confianza dentro de la institución, pues las labores que desempeñaba el señor de referencia eran de carácter permanente; por lo que se trata de un cargo incluido en la carrera administrativa, y por tanto gozaba de estabilidad laboral; 3°) Que para despedirlo de su puesto de trabajo, debió seguirse el procedimiento establecido en el art. 55 de la Ley de Servicio Civil; y 4°) Al estar incluido el señor P.M. en la carrera administrativa, el ente competente para conocer del proceso de despido era(la Comisión del Servicio Civil.

De acuerdo a las consideraciones expuestas, esta Sala concluye que es procedente declarar la legalidad de las actuaciones del Tribunal de Servicio Civil en razón de estar facultado legalmente para emitir actos de esa naturaleza, y así debe declararse mediante el fallo de esta sentencia”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 304-2011, fecha de la resolución: 16/12/2015.

ERROR DE PROHIBICIÓN

APLICACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

“Si se acepta que al Derecho Administrativo Sancionador le son aplicables los Principios del Derecho Penal, habrá que aceptar también lógicamente la aplicación de lo expuesto en el Código Penal a propósito del error y de sus variedades: el error de tipo y el error de prohibición, así como de sus correspondientes sub-variedades: el error vencible e invencible.

El error de tipo supone que el autor tiene un conocimiento equivocado de alguno de los elementos, tanto descriptivos como normativos, que aparecen en el tipo. Mientras que el error de prohibición supone que el autor desconoce que su acción es ilícita, o sea que ignora que está prohibida. Este último comprende dos subvariedades: a) la ignorancia de la existencia o vigencia de la normativa prohibida y b) cuando conociendo la norma no se considera aplicable al caso. La situación se complica más cuando el tipo no aparece en una sola norma sino que es el resultado de la integración de varias, realizada a través de una o varias remisiones, con lo cual surge el problema de las consecuencias de su ignorancia incluso para aquel a quien se supone debe conocer la Ley remitente.

La jurisprudencia nos ofrece abundantes testimonios de exoneración de culpabilidad por causa de error de prohibición, que opera no sólo en supuestos de ignorancia absoluta (desconocimiento de la norma) sino también en el grado más atenuado de error excusable de interpretación. Si el error de interpretación es producido por la desidia del legislador o de la Administración al no haberse preocupado de redactar claramente sus disposiciones, es lógico relacionarle con la figura del error producido directamente por una conducta de la Administración. En esa misma línea se encuentran los supuestos en los que la Administración ha llegado a “aconsejar” a los infractores a que actúen de una determinada manera, caso en el que podría incluso llegarse a revocar una multa impuesta, por considerar que los sancionados obraron en legítima confianza de que actuaban de forma correcta y de que sería absurdo sancionar una conducta que la propia administración aconsejó.

Con base en las consideraciones expuestas en los párrafos que anteceden, es posible concluir que al igual que en el Derecho Penal, en el Derecho Administrativo sancionador se exige la culpabilidad a título de dolo o culpa, ya que según el Principio de Culpabilidad, para que una actuación sea sancionable, ésta debe realizarse con dolo o culpa y además debe existir un nexo de culpabilidad que implique un grado de responsabilidad del hecho que se imputa, es decir un ligamen entre el autor y el hecho, lo cual también tiene asidero legal en el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 459-2007, fecha de la resolución: 26/06/2015.

EXENCIONES TRIBUTARIAS

BENEFICIO DE LIBERACIÓN DEL PAGO DE DERECHOS ARANCELARIOS E IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS, DE LA MERCADERÍA ADQUIRIDA POR LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES BAJO EL RÉGIMEN ADUANERO DE TIENDAS LIBRES.

“En el caso bajo análisis, la sociedad demandante confunde el beneficio fiscal regulado en el artículo 3 inciso primero de la Ley del Régimen Aduanero de Tiendas Libres, con las transferencias de bienes muebles gravadas con la tasa del cero por ciento. La sociedad demandante expresa que las ventas realizadas en los establecimientos autorizados bajo el régimen aduanero de tiendas libres, están libres del pago del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, de conformidad al artículo 3 inciso primero de la Ley del Régimen Aduanero de Tiendas Libres –vigente al momento de los hechos en discusión-.

El referido artículo, en el inciso segundo, establece: «*Al amparo del precitado régimen podrán introducir mercancías con liberación del pago de Derechos Arancelarios a la Importación, Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y demás impuestos aplicables generados por la importación, para destinarlas exclusivamente a la venta de viajeros que salgan*

o entren al país por vía aérea conforme los requisitos que al efecto establece la Ley de Equipajes de Viajeros Procedentes del Exterior(...)».

De conformidad con esta disposición, según las sentencias pronunciadas por esta Sala el 3-II-2014 y 29-VIII-2014 en los procesos 109-2010 y 132-2010 respectivamente, para que la mercadería importada por los establecimientos autorizados bajo el régimen aduanero de tienda libre goce de la liberación de pagos, ésta debe ser destinada para la venta a viajeros ya sea que salgan o entren al país, vía aérea.

El beneficio que gozan las mercancías importadas, es cuando éstas son importadas y adquiridas por los titulares de las tiendas libres, que luego serán destinadas para la venta. Es decir, el beneficio tributario es para aquella etapa económica anterior a la discutida en el presente proceso: la venta que la tienda libre realiza a los viajeros.

El ámbito de aplicación de la Ley del Régimen Aduanero de Tiendas Libres, es al momento de la importación del inventario o mercadería. Una vez éstos se encuentran en el territorio nacional, se va a regir por la demás legislación vigente, en concreto, cuando se realicen las ventas de bienes muebles corporales, por la Ley del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios.

Es así, que las transferencias de los bienes muebles corporales se verificarán si se cumplen los presupuestos de los hechos generadores que contempla la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. En este caso, la sociedad actora efectuó ventas de bienes muebles corporales a viajeros que entran y salen del país y, como se ha explicado, no le es aplicable –en esta etapa económica de venta a viajeros– la exención pretendida, correspondiente a la etapa económica de la importación de los insumos, que posteriormente, servirán para la venta de bienes muebles corporales a los viajeros, conforme al artículo 3 de la Ley del Régimen Aduanero de Tiendas Libres.

De ahí que la venta a viajeros que salen del territorio nacional son bienes cuyo uso o consumo va a suceder en el exterior, pues éstos, abandonan el mismo y, de acuerdo con el artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, es una exportación del bien que se debe gravar con una alícuota del cero por ciento –artículo 75 de la referida Ley–.

Por el contrario, en la venta a viajeros que ingresan al país, la mercadería objeto de tal operación está en el territorio nacional y se destinará al uso y consumo en el mismo. Es entonces una venta local que se debe gravar con la alícuota del trece por ciento –artículo 54 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios–. En conclusión, hay dos etapas económicas necesarias y subsecuentes para que se realice la transferencia de la mercadería, una, cuando es importada por la tienda libre –que goza del beneficio fiscal descrito–, y otra, cuando la mercancía es vendida a los viajeros. De tal forma que la transferencia de las mercancías realizada a viajeros que salen del país se debe gravar con la tasa del cero por ciento y, por el contrario, cuando se transfiere a los que ingresan al país, la venta debe ser gravada con la tasa del trece por ciento.

Es necesario aclarar, que la confusión de la actora es inducida por la Dirección General de Impuestos Internos, en el acto administrativo impugnado, ya que en el mismo manifestó en el romano V, número 1: «*El artículo 3 de la Ley del Régimen Aduanero de Tiendas Libres señala que podrán introducir mercancías con liberación del pago de Derechos Arancelarios a la Importación, Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y demás impuestos aplicables generados por la importación, para destinarlas exclusivamente a la venta de viajeros que salgan del país vía aérea conforme los requisitos que al efecto establece la Ley de Equipajes de Viajeros Procedentes del Exterior* (folio 21 vuelto).

Posteriormente la Administración Tributaria procedió a explicar el porqué de los motivos por los cuales las ventas a viajeros entrantes son ventas locales y no exportaciones”.

DEVOLUCIONES TRIBUTARIAS CUANDO LOS PAGOS A CUENTA O RETENCIONES SEAN MAYORES AL IMPUESTO COMPUTADO, SE CONSTITUYEN CRÉDITOS A FAVOR DEL SUJETO PASIVO

“La génesis de las devoluciones es la percepción de un ingreso que, a título de público, fue enterado a la Administración de una forma regular o irregular. Bajo ese contexto, procede indicar que ya se ha dicho con anterioridad que, tanto la percepción de los ingresos públicos irregulares –v. gr.: los ingresos indebidos o en exceso– como los ingresados de una forma regular –v. gr.: las devoluciones en el impuesto sobre la renta, como en el caso que los pagos a cuenta o retenciones sean mayores al impuesto computado, ó las devoluciones de impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios a exportadores, etc.– se constituyen desde el mismo momento de su ingreso –los irregulares– o en un segundo momento –los regulares– en créditos a favor del sujeto pasivo y, en consecuencia, nace por el mismo traslado patrimonial, a título de ingreso público injustificado, una pretensión de reintegro. (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, referencia 361-2008, del 4-V-2011).

Las devoluciones derivadas de la normal aplicación de los tributos, se configuran como un conjunto heterogéneo de figuras que tienen como común denominador la obligación tributaria que se constituye entre la Administración Tributaria y los sujetos pasivos con la particularidad que, inversamente a la típica obligación tributaria, son dichos sujetos los que ocupan la posición acreedora.

De ahí que el contribuyente se configura como titular del derecho subjetivo de naturaleza patrimonial, para reclamar el respectivo reintegro y, por otra parte, la obligación de la Administración Tributaria de reintegrar para, así, restablecer el detrimento patrimonial del sujeto pasivo y restablecer la legalidad en los montos de la recaudación tributaria.

Con la tutela del derecho patrimonial se logra, primordialmente, el respeto a esa aptitud económica de los obligados tributarios para afrontar prestaciones patrimoniales, que tienen como fin satisfacer los gastos públicos de forma equitativa: la capacidad contributiva (artículo 131 ordinal sexto de la Constitución de la República)”.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA VINCULA A LA ADMINISTRACIÓN A RECAUDAR TRIBUTOS EN LOS MONTOS ESTABLECIDOS EN LA LEY

“Con respecto al restablecimiento de la legalidad, se debe recordar que la vinculación positiva del principio de legalidad (artículos 86 de la Carta Magna y 3 inciso cuarto del Código Tributario) también se manifiesta en el Derecho Tributario, pues vincula a la Administración a recaudar los respectivos tributos en los montos que la Ley establece.

De ahí que las cantidades recaudadas en montos diferentes –al igual que los percibidos en menor cuantía– a los establecidos en la Ley y aquellos montos que deben ser devueltos por la normal aplicación del tributo o para no alterar el principio de neutralidad del Impuesto al Valor Agregado (IVA), son ingresos ilegales y su restablecimiento se logra no tan sólo por el ejercicio de un derecho subjetivo, es decir por medio de un procedimiento iniciado de forma dispositiva –artículo 212 del Código Tributario–, sino también por la tutela de la capacidad contributiva y el principio de legalidad, por medio de un procedimiento oficioso –artículo 175 inciso segundo del mismo cuerpo legal–. Es así que, la petición por parte del sujeto pasivo, con la que da origen al procedimiento de devolución, no es la única forma para la repetición del pago, sino también, la fiscalización donde se le debe de poner a disposición el saldo liquidado oficiosamente a favor del sujeto pasivo”.

UN DERECHO PATRIMONIAL NO PUEDE QUEDAR SUPEDITADO A REQUISITOS FORMALES

“La sociedad impetrante relata que de acuerdo a lo establecido en los artículos 74, 75, 76 y 77 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, declaró como exportaciones gravadas con tasa del cero por ciento, las ventas realizadas en el Aeropuerto Internacional de El Salvador, porque todos los bienes son consumidos fuera de territorio nacional. Afirma, que al final de cada período fiscal efectúa un quiebre entre las ventas hechas a viajeros que compraron cuando salían de El Salvador y otros que compraron cuando ingresaban a El Salvador. Las ventas hechas a los viajeros de salida de El Salvador, se asimilan a exportación por que el producto vendido no se consume en el territorio nacional, pues cumplen con el concepto de exportación que determina el artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, por ello se solicitó el reintegro por la porción de las ventas fuera del territorio nacional.

En ese orden, procede aclarar que la Administración Tributaria dentro del procedimiento de devolución está facultada a realizar las *comprobaciones necesarias* para *determinar la existencia y cuantía del saldo* cuya devolución se solicita y los demás *hechos y circunstancias* que determinen la procedencia de la misma –artículo 214 del Código Tributario–.

Partiendo de lo expuesto esta Sala tiene a bien aclarar, que con base a esta facultad la Dirección General de Impuestos Internos, puede verificar, por una parte, la exactitud del monto del reintegro solicitado –ya sea numéricamente, si

no hay error matemático en la deducción de los créditos a los débitos fiscales y establecer que la cuantía es la correcta—; por otra parte, si las transferencias realizadas a la contribuyente eran gravadas con el impuesto —compras internas—; o bien si las ventas realizadas por la contribuyente constituían, o no, hechos generadores del impuesto —débitos fiscales— o si estas transferencias gozaban de alguna exención.

En el presente caso este Tribunal advierte que la Dirección General de Impuestos Internos, en esa labor de verificación, estableció que la sociedad contribuyente había efectuado ventas internas —ya que la transferencia de bienes muebles se realizó a viajeros que ingresaron al país, la mercadería permaneció en el territorio nacional y, por consiguiente, no puede considerarse que se efectuó una exportación del bien—, pero también estableció la exportación de mercadería destinada al uso o consumo en el extranjero, por ventas realizadas a viajeros que salieron del país. Como consecuencia, la Dirección General de Impuestos Internos, señaló que la devolución no era procedente por la cantidad pedida y declaró sin lugar lo solicitado por la actora (folio 22).

En ese orden, con relación a los actos administrativos impugnados, el artículo 64 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, determina que: *«Por regla general, el impuesto que ha de ser pagado por el contribuyente será la diferencia que resulte de deducir del débito fiscal causado en el período tributario, el crédito fiscal trasladado al contribuyente al adquirir bienes o al utilizar los servicios y, en su caso, el impuesto pagado en la importación o internación definitiva de los bienes, en el mismo período tributario».*

Por su parte, en concordancia con el artículo antes descrito, el artículo 30 inciso tercero del Reglamento de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, cita, que los Créditos Fiscales que no sean plenamente identificables con ninguna de las actividades —ya sea exportaciones o ventas locales—, se distribuirán porcentualmente entre ambas actividades en relación a las ventas que cada una haya generado.

De ahí que conforme a la normativa antes descrita, y teniendo los insumos para el acto administrativo impugnado, la Dirección General de Impuestos Internos, debió deducir los créditos fiscales a los débitos y aplicar el porcentaje, en relación a los créditos originados por la exportación, para liquidar provisionalmente, la devolución —artículo 214 del Código Tributario—. Sin perjuicio de la liquidación definitiva e integral que, en el procedimiento de fiscalización puede (deber-poder) realizar la Dirección General en referencia, para determinar la verdadera situación jurídica tributaria del sujeto pasivo.

Es necesario recordar que la liquidación —de carácter provisional— de la devolución sirve para establecer, al particular, la verdadera cuantía del monto a devolver y no, la determinación del tributo, la cual se efectúa por medio del ejercicio de la facultad de fiscalización y la liquidación oficiosa del mismo —de carácter subsidiario cuando, para el presente caso, la declaración presentada ofreciere dudas sobre su veracidad o exactitud conforme con el artículo 183 letra b) del Código Tributario—.

La Administración Tributaria debió efectuar la liquidación de carácter provisional de la devolución ya que, dentro de los motivos para el rechazo de la solicitud –artículo 216 del Código Tributario–, no se encuentra la inconsistencia con la autoliquidación del impuesto (declaración), pues para ello, está facultada a verificar la información presentada y establecer provisionalmente la cuantía a devolver, y así, no queda al arbitrio de la autoridad la negativa a la devolución.

Finalmente, se debe concluir que el derecho patrimonial no puede quedar supeditado a requisitos formales, –como en el caso de mérito, donde el derecho al reintegro no puede negarse debido a inconsistencias que el contribuyente no está obligado a modificar– para no alterar la neutralidad que caracteriza al tributo en referencia, ya que no hay disposición legal que lo constriña, ni que faculte a la Dirección General de Impuestos Internos, a exigir la adecuación de la autoliquidación del impuesto a lo verificado por la misma”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 177-2011, fecha de la resolución: 28/08/2015.

FISCALIZACIÓN Y VERIFICACIÓN

LA LEY NO DETERMINA LAS FACULTADES O REQUISITOS EN CUANTO A LA FORMA DEL AUTO DE DESIGNACIÓN DEL AUDITOR

“(i) Respecto de la argumentación de la *ilegalidad del auto de designación por no detallar las facultades del auditor*, la parte actora señaló, que de conformidad al artículo 174 del Código Tributario, se establece que en toda fiscalización haya designación mediante resolución de los auditores facultados para intervenir, significando que no es posible aludir a todas las facultades de que dispone la Administración Tributaria según lo determina el artículo 173 del referido Código.

Agregó, que en el auto de designación del caso de autos, no se señalaron cuales eran las facultades que la Administración Tributaria confería a dichos auditores, para el específico procedimiento de fiscalización que se les asignaba, lo que constituye una violación al artículo 174 inciso 5° del Código Tributario, y por lo tanto existe un vicio procedimental que hace que las resoluciones emitidas por las autoridades demandadas devengan en ilegales.

Las autoridades demandadas, al respecto señalaron que en el auto de designación con referencia 20001-NEX-0785-2009, se delimitó expresamente las facultades que podrían ejercer los miembros del cuerpo de auditores, limitadas a fiscalizar e investigar si CTE S.A. de C.V., dio cumplimiento a las obligaciones tributarias contenidas en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, en virtud de lo dispuesto en los artículos 173 y 174 del Código Tributario.

También manifestaron, que para poder dar cumplimiento a la tarea conferida, los auditores designados debían de realizar una serie de procedimientos, entre estos, requerir información al contribuyente fiscalizado, de sus proveedores y clientes, solicitar información al interior de la Administración Tributaria, o a otras instituciones públicas, etc.

En el caso de mérito, señala el TAIIA que, en el auto de designación del veintinueve de octubre de dos mil cuatro -que corre agregado a folios 28 del ex-

pediente administrativo instruido por la DGII-, al auditor designado se le facultó para *fiscalizar*; por consiguiente, no existe la ilegalidad cuestionada.

Estas facultades están teleológicamente subordinadas a las normas materiales, por esa razón, tienen un carácter instrumental para posibilitar el cumplimiento del Derecho Tributario sustantivo o material. Son esas facultades las que conforman la relación jurídico-tributaria formal, la cual está íntimamente relacionada con la obligación jurídico-tributaria.

La *relación* se entabla, por lo general, aunque no necesariamente con el sujeto pasivo de la obligación tributaria. Para entablar la *relación* se necesita hacerlo de una forma específica para lograr exteriorizar la voluntad, deseo, conocimiento o juicio de la Administración Tributaria. Esa forma —en sentido estricto—, para el análisis en concreto, es el modo en que la Administración Tributaria da a conocer sus actos administrativos. Es sobre este punto en particular que estriba la discusión, pues a juicio de la parte actora, el auto de designación con que se le inició el procedimiento de fiscalización al carecer de ciertos elementos, no tiene la forma idónea para entablar la *relación* de fiscalización.

Es importante recalcar, que la forma debe ser analizada en un sentido finalista, es decir, por el carácter instrumental del Derecho Tributario material. En razón de lo anterior, es procedente señalar que es por medio de la fiscalización que la Administración Tributaria determina la verdadera obligación tributaria del administrado. Sin embargo, para que inicie la fiscalización, es necesario que se haga por medio de un acto administrativo que entable la *relación*, en el caso en particular, con el sujeto pasivo y cuyo contenido garantice al administrado, entre otros, la certeza jurídica que la facultad que se ejercerá será la de fiscalización en determinados períodos tributarios y la designación de los auditores que la realizarán.

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

En el presente caso, de la simple lectura del auto de designación de auditores emitido a las nueve horas treinta y cinco minutos del día veinte de mayo de dos mil nueve, agregado a folio 1 del expediente administrativo de la Dirección General de Impuestos Internos, llevado ante esa autoridad, se establece que éste fue dictado en virtud de lo dispuesto en los artículos 173 y 174 del Código Tributario, para ejercer las facultades de **fiscalización y verificación** de la contribuyente social COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que puede abreviarse CTE, S.A. DE C.V., a efecto de determinar si ésta había dado cumplimiento a las Obligaciones Tributarias contenidas en la Ley de Impuesto Sobre la Renta, su Reglamento y demás disposiciones legales, así como las contenidas en el Código Tributario y su Reglamento de aplicación, relacionadas con el Impuesto referido, respecto del ejercicio impositivo comprendido del uno de enero al treinta y uno de diciembre de dos mil seis.

Al respecto de lo anterior, esta Sala en sentencia definitiva de fecha 12-XI-2012, pronunciada en el proceso 227-2005, sostuvo lo siguiente:

«Ahora bien, al analizar el inciso quinto del artículo 174 del Código Tributario, se tiene que este no determinaba de una forma expresa los elementos o requisitos que debía de llevar el auto de designación, tan es así que el legislador a manera de complementar la referida disposición, mediante Decreto Legislativo número 497 del veintiocho de octubre de dos mil cuatro, publicado en el Diario Oficial número 231, Tomo 365 del diez de diciembre de dos mil cuatro, vigente desde el diecinueve del mismo mes y año, adicionó al artículo 174, el inciso octavo del Código Tributario que se refiere a la fiscalización: «Dicho proceso inicia, con la notificación de la orden de fiscalización firmada por el funcionario competente, la cual se denomina auto de designación de auditor, en el que se indica entre otras cosas la identidad del sujeto pasivo, los períodos, ejercicios, impuestos, y obligaciones a fiscalizar, así como el nombre del auditor o auditores que realizarán ese cometido (...)»

De lo expuesto se colige, que si bien en el auto de designación mencionado no se detallaron de forma exhaustiva las competencias que tendrían dichos auditores, así como tampoco fue citado el Acuerdo de Delegación de los mismos, éste si cumplió con los requisitos mínimos para entablar la relación de fiscalización entre los sujetos activo y pasivo de la Obligación Tributaria, pues la Administración determinó la facultad, los períodos tributarios sobre los que ejerció esa facultad y los auditores designados, incluso antes de que el artículo en mención fuera reformado. »

De todo lo anterior, se puede concluir que para el caso de autos, el auto de designación cumplió con los requisitos mínimos para entablar la relación de fiscalización entre los sujetos activo y pasivo de la Obligación Tributaria, pues la Administración determinó la facultad, el período tributario sobre el que ejerció esa facultad y los auditores designados.

En consecuencia, deben desestimarse las irregularidades planteadas por la parte actora respecto de los puntos anteriores”.

EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN OFICIOSA DEL IMPUESTO SE REALIZA POR MEDIO DE LAS FASES DE FISCALIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE OFICIO DEL IMPUESTO

“La apoderada de la sociedad actora sostuvo, que la tramitación del procedimiento sancionador debe ser independiente o separado del procedimiento de fiscalización tributaria, ya que de esta manera se garantiza la operatividad real de los principios jurídicos penales aplicables al *iuspuniendi* y la consecuente protección de los derechos fundamentales de los particulares.

Señaló, que en virtud de las diferencias ontológicas de los procedimientos administrativos sancionador y de fiscalización tributaria, su tramitación debe ser por separado, de tal forma que exista un equilibrio constitucional entre las garantías en la aplicación de las sanciones y el deber de contribuir.

Concluyó, que la no tramitación de los procedimientos expuestos, constituyen una ilegalidad cometida por la Dirección General de Impuestos Internos y reiterada por el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y Aduanas. Y

Al respecto, las autoridades demandadas manifestaron, que la sanción que se impuso a la parte actora, se efectuó con fundamento en la Ley aplicable y a través de resolución razonada, respetando el debido proceso, ya que previamente se constató la real ocurrencia de la infracción que se imputaba y así se hizo del conocimiento de la sociedad demandante en la etapa procesal correspondiente, concediéndole la oportunidad material para el ejercicio de sus derechos de audiencia y defensa.

En relación a lo anterior, en sentencia definitiva de fecha 21-V-2010, pronunciada en el proceso 166-P-2003, esta Sala sostuvo:

« (...) En el ámbito tributario salvadoreño, y el presente proceso no es la excepción, se ocupan indistintamente los conceptos de fiscalización, liquidación y determinación oficiosa del impuesto.

El legislador también ocupa indistintamente esos términos que los convierte en un lenguaje complicado, embrollado; lenguaje oscuro por la impropiedad de la frase o por la confusión de las ideas para denotar situaciones diferentes. De ahí que su utilización los convierte en verdaderos galimatías en el Derecho Tributario salvadoreño.

Para dilucidar el galimatías se hará un análisis a partir de las dos formas de determinación de la obligación tributaria en El Salvador, con especial referencia a la determinación por parte de la Administración Tributaria. La actividad material de la determinación de la obligación tributaria implica establecer el hecho generador, su base imponible, la cantidad de dinero que en concepto debe pagar el sujeto pasivo de la relación jurídico tributaria y, en todo caso y aún si no existiere obligación de pago, proveer de certeza a la situación jurídico tributaria del sujeto pasivo.

En un sentido amplio se denomina a esa actividad, con independencia del sujeto de la relación jurídico tributaria que la realice, como liquidación del impuesto (se ocupa impuesto dada la relación particular del presente proceso pero de forma genérica se denominaría liquidación del tributo).

El Derecho Tributario salvadoreño bifurca, bajo el criterio de los sujetos que la realizan, la forma de liquidar los impuestos, a saber: la autoliquidación del impuesto realizada por el sujeto pasivo de la relación jurídico tributaria (artículos 93 y siguientes de la LITBMS [Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios] y hoy regulada, también, en el artículo 150 del Código Tributario) y la liquidación oficiosa que realiza el sujeto activo de esa relación (instituto que se reguló en el artículo 150 de la LITBMS [Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios] y hoy en el 183 del Código Tributario).

La liquidación oficiosa del impuesto se realiza por medio de las fases de fiscalización y liquidación de oficio del impuesto propiamente dicho. Pero para la inteligibilidad del presente análisis convendría sustituir la anterior afirmación por “la determinación oficiosa del impuesto se realiza por medio de las fases de fiscalización y liquidación de oficio del impuesto” (con ello se evita la repetición confusa de conceptos”).

LA FISCALIZACIÓN DE UN CONTRIBUYENTE DA LUGAR A QUE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA IMPONGA SANCIONES POR LAS INFRACCIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY

“El concepto de fiscalización es utilizado indistintamente para denotar un procedimiento y una potestad. En su acepción de potestad (antes regulado en el artículo 143 de la LITBMS [Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios] y hoy en el 173 del Código Tributario) se define como la atribución que tiene la Administración Tributaria para la determinación oficiosa del impuesto. De ahí que el galimatías “la fiscalización (en su acepción de potestad) es ejercida por medio de las fases de fiscalización y de liquidación oficiosa del impuesto” se sustituya, para su inteligibilidad, por “la potestad de determinación es ejercida por medio de las fases de fiscalización y de liquidación oficiosa del impuesto”.

El galimatías se comete también por la utilización del vocablo fiscalización en su acepción de procedimiento que, por una parte, es utilizado para enmarcar al procedimiento iniciado por medio del auto de designación hasta la resolución definitiva de liquidación del impuesto. Esta acepción confunde al procedimiento con la potestad y, como consecuencia, da pauta a la concepción monista del procedimiento. Por otra parte, se ocupa para enmarcar al procedimiento de fiscalización propiamente dicho y es delimitado por su iniciación con el auto de designación de auditores y concluido con la emisión del informe de auditoría (hoy regulado de forma expresa en el penúltimo inciso del artículo 174 del Código Tributario). Esta última posición da pauta a la concepción dualista del procedimiento de determinación oficiosa.

La doctrina y el derecho comparado resuelven el galimatías con una distinta denominación y delimitación de los alcances de cada etapa del procedimiento de determinación oficiosa: a la fiscalización (entendida bajo la delimitación que hoy hace el referido artículo 174 del Código Tributario) le denomina inspección de los tributos y, de igual forma que en nuestra legislación, a la fase contradictoria y de liquidación propiamente dicha le denomina liquidación del tributo (...).»

De todo lo anterior, se puede concluir, que para que la Administración Tributaria pueda imponer sanciones a un contribuyente por el cometimiento de una infracción contemplada en la respectiva ley, es preciso que se determine si efectivamente el contribuyente incumplió con alguna disposición de la norma, para que posteriormente se proceda a la imposición de la sanción o multa que corresponda según el caso particular.

Asimismo, en el caso de autos, se puede constatar por medio del expediente administrativo, que la Autoridad Tributaria, previo a imponer una sanción, dio cumplimiento a las fases del proceso de fiscalización en el que recabaron la información necesaria a fin de determinar si existía o no un incumplimiento a la Ley de Impuesto Sobre la Renta y al Código Tributario, de tal forma que al evidenciar la Dirección General de Impuestos Internos incumplimientos tributarios, procedió a la imposición de sanciones; todo en un mismo procedimiento administrativo, pero en el que se pueden distinguir las fases fiscalizadora, liquidatoria

y sancionatoria, de conformidad a lo establecido en el Código Tributario; aunado a lo anterior en el referido procedimiento se dio oportunidad a la sociedad actora de ejercer sus derechos de audiencia y defensa, por lo que no existe la violación alegada por la parte actora”.

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA, COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO A LA SEGURIDAD JURÍDICA, DEBE SER FUNDAMENTADA Y PREVISIBLE

“La parte actora sostuvo, que en fiscalizaciones anteriores al año dos mil seis, la Administración Tributaria no hizo ningún tipo de reparos ni objeciones a la no retención del veinte por ciento de impuesto sobre la renta a proveedores no domiciliados en el país, y que el principio de protección de la confianza legítima establece la garantía de la estabilidad de la situación jurídica derivada de una específica regulación determinada por los entes estatales.

Las autoridades demandadas expresaron, que el hecho que la Dirección General de Impuestos Internos, en anteriores fiscalizaciones no haya expresado reparos con relación al incumplimiento de la obligación de retención por parte de la sociedad actora, no es impedimento para que a través de una fiscalización se pueda realizar observaciones.

Agregó, que de conformidad a lo establecido en el artículo 13 literal d) de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, y al principio de independencia, cada ejercicio o período de imposición se liquidará independiente del que precede y del que le siga.

Al respecto, esta Sala advierte, que el principio de confianza legítima, no busca mantener un *status quo* o congelamiento en el actuar de la Administración Pública; el principio de confianza legítima será simplemente una herramienta en la transición de una situación jurídica a otra, la cual nunca debe ser imprevista y sin fundamentos.

Para el caso en concreto, las autoridades demandadas tienen la potestad de realizar procedimientos fiscalizadores y sancionadores, con el fin de dilucidar si existe o no un incumplimiento a las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes, que como ya se estableció en el acápite anterior, dicho procedimiento se encuentra regulado en la ley, y el cual fue desarrollado respetando los derechos de audiencia y defensa de la sociedad actora.

En consecuencia, al abrir un procedimiento de esta naturaleza no se está violentando el derecho a la seguridad jurídica ni la confianza legítima de la que goza el administrado, ya que la autoridad hizo del conocimiento del administrado las razones por las cuales se inició el referido procedimiento, las cuales encuentran su fundamento en las facultades y obligaciones que la misma ley le confiere a la autoridad tributaria.

Así, para el caso en comento, no existe la violación al Derecho a la Seguridad Jurídica, en su concreta expresión del principio de confianza legítima alegada por la parte actora y así debe declararse”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 372-2011, fecha de la resolución: 11/09/2015.

FISCALIZACIÓN

FACULTAD DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA PARA INVESTIGAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

“El ejercicio de la Potestad Tributaria, no reconoce más límites que los que se derivan de los preceptos constitucionales, pero, en razón de su trascendencia y afectación hacia el administrado, el principio de legalidad y seguridad jurídica constituyen un límite formal respecto al sistema de producción de las normas. En conocimiento del principio de legalidad la Administración Tributaria, debe actuar sometida al ordenamiento jurídico y solo podrá realizar aquéllas actividades que autorice o permita dicho ordenamiento.

Dentro de las facultades tributarias que ostenta la Administración para investigar el cumplimiento de obligaciones tributarias de los administrados, se encuentra la fiscalización y la verificación de conformidad al artículo 173 del Código Tributario.

La fiscalización constituye el proceso llevado dentro de la verificación y recaudación de los impuestos, por la Administración Tributaria, en otras palabras es una potestad de fiscalización, inspección y control del cumplimiento de las obligaciones tributarias, a través de auditores designados por medio de una resolución en la que expresamente se hace referencia al contribuyente objeto de la fiscalización y los ejercicios tributarios que comprende. Debe precederle como garantía constitucional el acto de la notificación. Luego, requiere de parte del investigado toda la documentación e información con trascendencia tributaria; de igual forma toma en consideración cualquier otro elemento que obtenga por otros medios previstos en la ley, con el propósito de obtener datos relacionados con la actividad económica del investigado. En este proceso pueden detectarse deducciones reclamadas indebidamente, o determinarse cantidades omitidas que debieron informarse; dichos hallazgos deberá hacerlos constar la oficina encargada, comunicándolo a su vez al investigado para que éste se pronuncie y presente pruebas de descargo al respecto, y, dependiendo del resultado de la valoración a los mismos proceda la autoridad competente, a tasar o no el impuesto que corresponda.

La fiscalización, y/o la verificación, concluye con la emisión del informe de los auditores, en el cuál se expresan los procedimientos llevados a cabo durante la fiscalización o comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias sustantivas de la contribuyente, esto con el objeto de determinar si el contribuyente investigado ha declarado y pagado o no correctamente el impuesto que conforme a la ley corresponde, con dicho informe la Administración Tributaria, emite la resolución definitiva”.

LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, CONTRADICCIÓN, DEFENSA Y DEBIDO PROCESO RIGEN LA ETAPA DE FISCALIZACIÓN

“Sin embargo, el procedimiento de fiscalización no puede constituirse como un cauce formal que refleje en exclusiva las potestades de la Dirección General

de Impuestos Internos, frente a una situación general de sujeción o sumisión a soportar por el contribuyente, sino que, debe articular en gran medida la etapa contradictoria dentro del mismo. De esta forma surgen para el contribuyente no sólo concretas obligaciones, sino también, garantías y derechos a favor de su posición jurídica.

El art. 3 del Código Tributario, dispone que la actuación de la Administración Tributaria debe estar sometida al ordenamiento jurídico, y solamente puede realizar los actos que el mismo le autorice. Determina que, la función básica de la Administración Tributaria es fiscalizar las declaraciones hechas por los contribuyentes, de conformidad con el art. 23 literal c) del mismo.

En ese sentido, los requerimientos de información que la Dirección General de Impuestos Internos realizó, se encuentran en total apego de los artículos 65 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, en relación con los artículos 203, 206, y 209 del Código Tributario; constituyendo un despliegue de la actividad reglada de fiscalización”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 227-2010, fecha de la resolución: 06/07/2015.

Relaciones:

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 247-2009, fecha de la resolución: 09/04/2015.

FRAUDE DE LEY

LA MEDIDA CAUTELAR OTORGADA POR EL INSTITUTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA NO ES UN FRAUDE DE LEY

“Fraude de ley es la aplicación de una norma jurídica existente, con un objetivo específico, que cumple, indirectamente con otro objetivo no detallado por la norma, y que además es contraria a otra ley existente del ordenamiento jurídico. Generalmente supone la nulidad de la norma aplicada, por ser contraria al ordenamiento jurídico.

La Sala lo de Constitucional sostiene que: *«En concreto, el fraude de ley opera como una deformación artificial de los que serían elementos relevantes del supuesto fáctico de la norma infringida, que al revestirlos de otras apariencias escapan de la asignación jurídica que les corresponde por esencia (por su condición real y verificable).*

En el ordenamiento jurídico salvadoreño el fundamento de la figura del fraude de ley es la defensa del ordenamiento jurídico, mediante la garantía del respeto, el cumplimiento o la eficacia de todas sus normas, junto a una idea de coherencia del sistema normativo, pues el fraude de ley se basa en una interpretación aislada de la norma de cobertura y, por el contrario, la consideración articulada de todas las normas involucradas es la que permite invalidar el resultado fraudulento o contrario al derecho en conjunto. Como consecuencia inmediata de esta doble fundamentación del fraude de ley se deriva la irrelevancia de la intencionalidad de quien realiza la conducta prevista en la norma de cobertura, porque lo que se pretende reprimir no es la finalidad maliciosa o conscientemente antijurídica del

agente (el engaño subjetivamente realizado), sino la situación objetiva de oposición o incompatibilidad de los efectos de su conducta con la norma defraudada (el daño objetivamente producido)».

2.2.4 Aplicación al caso.

La parte actora argumenta que la medida cautelar otorgada no respetó los parámetros exigibles para su otorgamiento, enfatizando en que la medida cautelar que originó la sanción no es procedente, y que existe fraude de ley, por ser un acto amparado del texto de una norma que persigue un resultado prohibido.

Ante tal argumento, esta Sala considera necesario verificar el otorgamiento de la medida cautelar, en cuanto a la aplicación de la norma aplicada por el Instituto de Acceso a la Información Pública.

El artículo 85 de la Ley de Acceso a la Información Pública establece: *«El Instituto podrá adoptar las medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales en cualquier momento del procedimiento, mediante resolución motivada. En particular, podrá:*

a. Notificarse al superior jerárquico del infractor de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del recurso ante el Instituto.

b. Solicitar al titular de la entidad la adopción de medidas especiales de resguardo y copia de seguridad de la información de que se trate.

c. Solicitar una copia de la información objeto de la apelación excepto si es de naturaleza reservada, la copia será resguardada de manera confidencial por el Instituto y devuelta al final del incidente de apelación.

Estas medidas se tomarán con resguardo de los derechos de los particulares a la protección de sus datos personales cuando éstos pudieran ser afectados.

Se respetará, en todo caso, el principio de proporcionalidad de la medida con los objetivos que se pretendan alcanzar en cada supuesto.

En ningún caso podrá ordenarse como medida cautelar el secuestro o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos en general, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo».

A folios 12 y 13 del expediente administrativo se encuentra la resolución de las quince horas del veintidós de agosto de dos mil trece. En el romano V, el Instituto de Acceso a la Información Pública fundamenta la medida cautelar otorgada en razón que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información pública —aparición de buen derecho—, y, en que: *«(...) pueden surgir circunstancias que no garanticen el resguardo fidedigno del contenido de la información solicitada, la cual puede ser inutilizada o alterada, parcial o totalmente por el ente obligado, dando lugar a una denegación tácita de la misma y frustrando así las results del procedimiento» —peligro en la demora—.*

La Ley de Acceso a la Información Pública tiene como objetos primordiales la transparencia, el derecho al acceso a la información pública, el derecho a la participación ciudadana y la obligación de las autoridades de la rendición de cuentas. Con el fin de erradicar los actos de corrupción.

Se puede afirmar, con fundamento en dichos objetos, que para decretar una medida cautelar, el presupuesto de aparición de buen derecho, generalmente

será la ausencia parcial o total de la información. Pues el fin del procedimiento regulado en la Ley de Acceso a la Información Pública es única y exclusivamente la publicidad —en sentido amplio de la información, vinculada con la Administración Pública. Es decir que, el Instituto no debió hacer mayor valoración que la efectuada (toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información pública), cumpliendo a cabalidad con el presupuesto.

Por otra parte, el peligro en la demora debe sustentarse en hechos o elementos concretos —teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso— que dejen al juzgador la certeza que de no aplicar una medida cautelar, los efectos del acto podrían ocasionar al interesado un daño irreparable o de difícil reparación. Tal daño debe ser concretizado por hechos que puedan hacer concluir la decisión cautelar.

En el presente caso, el Instituto de Acceso a la Información Pública enuncia de forma abstracta la posibilidad de circunstancias que puedan causar un daño irreparable, sin embargo, no concretó con hechos o situaciones específicas la existencia de tal posibilidad, y por ende, no demostró con exactitud cuál era el peligro en la demora. No se cumple con el parámetro exigido y, por ende, no se fundamentó a cabalidad el otorgamiento de la medida cautelar decretada.

Es necesario resaltar la exigencia establecida en el inciso tercero del artículo 85 de la Ley de Acceso a la Información Pública, es decir, el respeto al principio de proporcionalidad, el cual establece que toda medida cautelar decretada por el Instituto de Acceso a la Información Pública debe respetar dicho principio, con el fin que se decrete efectivamente la que corresponda. Se debe aclarar que debe existir un nexo congruente entre los parámetros exigidos para el otorgamiento de la medida y el tipo de medida otorgada.

Así, con el fin de respetar el principio de proporcionalidad se debe aplicar el test de legalidad, para el cual esta Sala aplicará **la Sentencia**, pues ella dota de contenido tal principio constitucional contenido en el artículo 246 de la Constitución que: «(...) establece como límite a la intervención legislativa en el desarrollo de las disposiciones constitucionales: no alterar los derechos y principios que en ellas se consagran. Prescripción normativa con la cual el Constituyente ha pretendido racionalizar las concreciones legislativas que sobre las disposiciones constitucionales se realicen».

Se transcribirá pasajes de **la Sentencia** y se hará una aplicación, subsumida al bloque de legalidad, de la jurisprudencia constitucional como parámetro interpretativo del principio de proporcionalidad exigido en el inciso tercero del artículo 85 de la Ley de Acceso a la Información Pública. Se debe aclarar que el referido test de legalidad se realizará con base a las medidas cautelares enunciadas por el mismo artículo 85.

Primero, el **subprincipio de idoneidad**, el Instituto de Acceso a la Información Pública decretó como medida cautelar que se entregara una fotocopia certificada de la información requerida.

Esta Sala considera que dicha medida cautelar decretada es la idónea para contribuir a la obtención de la entrega de la información, pues se realiza una entrega provisional al Instituto de Acceso a la Información Pública, la cual, junto con la reserva y naturaleza debida del Instituto, una vez decidiera su publicidad

o no, se entregaría la información al ciudadano que lo solicitó o se devolvería a la Asamblea Legislativa, respetando la confidencialidad en sentido amplio. Es decir, si se lograría alcanzar el fin perseguido por la normativa — posterior al procedimiento de ley—.

Segundo, el **subprincipio de necesidad, la Sentencia** establece que toda medida legislativa debe ser —entre las igualmente eficaces— la menos gravosa.

Las medidas cautelares enunciadas en el artículo 85 de la Ley de Acceso a la Información Pública son tres:

a) Notificarse al superior jerárquico del infractor de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del recurso ante el Instituto.

b) Solicitar al titular de la entidad la adopción de medidas especiales de resguardo y copia de seguridad de la información de que se trate.

c) Solicitar una copia de la información objeto de la apelación excepto si es de naturaleza reservada, la copia será resguardada de manera confidencial por el Instituto y devuelta al final del incidente de apelación.

Al examinar los medios alternativos se debe cumplir dos exigencias:

En primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa, o para el particular, la concreción interpretativa para la obtención del fin inmediato:

Así, la primera de las medidas —letra a)—, radica en realizar una notificación al superior jerárquico de una posible infracción. Para el presente caso, esta medida no es idónea, pues en sí concretiza una situación diferente a la de entregar información.

La medida regulada en la letra b), solicitar el resguardo de la información al presidente del ente obligado, genera una obligación legal que se asimila a la entrega de la información. Tal resguardo exige un cuidado y protección especial a la información, y por ende, con tal medida se puede garantizar que, una vez decidido por el Instituto la entrega o no de la información, esta se obtendrá tal cual se solicitó.

Esta Sala considera que tanto la entrega de la información al Instituto como la orden de resguardo de la información por parte del presidente de la Asamblea Legislativa son medidas idóneas para la protección de la información solicitada.

En segundo lugar, si afectan al derecho fundamental en un grado menor, o para el caso, si afectan en menor grado las atribuciones de la Asamblea Legislativa.

Descartada la medida regulada en la letra a) mencionada, se debe establecer cuál de las dos medidas idóneas —la entrega de la información al Instituto o el resguardo de la información por parte del presidente de la Asamblea Legislativa— es la que limita en menor grado las atribuciones de la Administración Pública.

Es evidente que la entrega de la información al Instituto genera un grado mayor de exigencia, en el sentido que la entrega de la información es en sí el objeto del procedimiento, y la entrega de la misma es el fin que se pretende. Por otra parte, el resguardo de la información por parte del presidente del ente obligado, genera una obligación con la cual se debe proteger de forma especial tal información, y evita la entrega de la misma, considerando, incluso su confidencialidad en sentido amplio—.

Así, esta Sala considera que el resguardo de la información por parte del presidente de la Asamblea Legislativa es la medida con menor grado de afectación para la Administración Pública. En el sentido que con tal medida, se genera un grado de protección especial a la información requerida y a su confidencialidad —en sentido amplio—, denotando la posible entrega de la información de manera exacta, posterior al procedimiento de ley —objeto del procedimiento—.

Tercero, el **subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto** determina si la importancia de la intervención en el derecho fundamental o en la atribución de la Administración está justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

La medida cautelar consistente en el resguardo por parte del presidente del ente obligado, resulta ser idónea y genera un grado menor de intervención en la atribuciones de la Administración Pública, denotando la protección y cuidado de la información e incluso de su confidencialidad. En tal sentido esta Sala considera que dicha medida es la que respeta el principio de proporcionalidad aludido en el inciso tercero del artículo 85 de la Ley de Acceso a la Información Pública.

En conclusión, esta Sala considera que la medida cautelar otorgada por el Instituto de Acceso a la Información Pública no es un fraude de ley como lo argumenta la Junta demandante. La aplicación de la norma utilizada no contraviene otra, y no se obtiene un objetivo diferente o no intencional regulado. No obstante, al analizar el otorgamiento de la medida, el Instituto de Acceso a la Información Pública no concretó el peligro en la demora y tampoco aplicó el principio de proporcionalidad exigido por la norma, es decir, no fue pronunciada conforme a los parámetros de la ley.

La orden de entregar la información al Instituto, como medida cautelar, es la causa de la atribución de la infracción a la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa establecida en el artículo 76 inciso segundo letra c de la Ley de Acceso a la Información Pública, y consecuentemente de la sanción impuesta. Así, el Instituto de Acceso a la Información Pública decretó, erróneamente, la medida cautelar, ya que lo que correspondía, en respeto al principio de proporcionalidad, era el resguardo de la información por parte del presidente del ente obligado —Asamblea Legislativa—. En tal sentido, la medida cautelar decretada no era proporcionalmente adecuada para el caso en concreto, es decir, que la infracción atribuida a la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa es un error inducido por el Instituto demandado, y por ende, la sanción impuesta no tiene causa legal.

2.3 Consideración final.

Asimismo, la parte actora expuso otros argumentos de ilegalidad respecto de la sanción impuesta, sin embargo, esta Sala considera que una vez identificado que la causa —medida cautelar— que originó el procedimiento sancionatorio, y por ende concluyó en la sanción impugnada, no fue decretada apegada a la ley, es innecesario resolver sobre los otros puntos de ilegalidad planteados.

3. MEDIDA PARA ESTABLECER EL DERECHO VIOLADO

Determinada la ilegalidad, y su alcance, del acto administrativo impugnado, corresponde efectuar un pronunciamiento sobre la medida para el restablecimiento del daño causado.

El artículo 32 inciso final de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece: *“Cuando en la sentencia se declare la ilegalidad total o parcial del acto impugnado, se dictarán, en su caso, las providencias pertinentes para el pleno restablecimiento del derecho violado”*.

En vista que este Tribunal decretó, oportunamente, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos impugnados, los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa no vieron modificada perjudicialmente su esfera jurídica patrimonial. En ese sentido, las autoridades demandadas no podrán efectuar el cobro de la cantidad determinada en concepto de sanción a que se refieren los actos que mediante esta sentencia son declarados ilegales”. *Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 458-2013, fecha de la resolución: 31/08/2015.*

IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES MUEBLES Y A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

GENERALIDADES DEL IMPUESTO

“Conforme al artículo 13 del Código Tributario, se define al impuesto, como el tributo exigido por el Estado sin contraprestación, cuyo hecho generador está constituido por negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica que ponen de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo.

En el artículo 1, de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios se señala que, se establece un impuesto que se aplica a la transferencia, importación, internación, exportación y al consumo de los bienes muebles corporales; y a la prestación, importación, internación, exportación y el autoconsumo de servicios, de acuerdo con las normas que se establecen en la misma.

El literal a) del artículo 20, designa como sujetos pasivos o deudores del impuesto, sea en calidad de contribuyentes o de responsables, a las personas naturales o jurídicas.

El artículo 16 expresa que, constituye hecho generador del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de servicios, las prestaciones de servicios provenientes de actos, convenciones o contratos en que una parte se obliga a prestarlos y la otra se obliga a pagar como contraprestación una renta, honorario, comisión, interés, prima, regalía, así como, cualquier otra forma de remuneración. También lo constituye la utilización de los servicios producidos por el contribuyente, destinados para el uso o consumo propio, de los socios, directivos, apoderados o personal de la empresa, al grupo familiar de cualquiera de ellos o a terceros.

El literal a) del artículo 17 refiere que, para los efectos del impuesto, son prestaciones de servicios todas aquellas operaciones onerosas, que no consistan en la transferencia de dominio de bienes muebles corporales, señalándose entre ellas, las prestaciones de toda clase de servicios, sean permanentes, regulares, continuos o periódicos.

El artículo 18 inciso 2°, en relación al inciso 6° del artículo 107 del Código Tributario, instituye que en la prestación de servicios permanentes, regulares, continuos o en los suministros de servicios periódicos, el impuesto se causa al momento de emitirse el respectivo comprobante de crédito fiscal, o al término de cada período establecido para el pago, según cual hecho acontezca primero, independientemente de la fecha de pago del servicio.

El artículo 19 de la ley en estudio señala que, las prestaciones de servicios constituyen hechos generadores del impuesto, cuando ellos se prestan directamente en el país, no obstante que los respectivos actos, convenciones o contratos se hayan perfeccionado fuera de él, y cualquiera que sea el lugar en que se pague o se perciba la remuneración. Se entiende que el servicio es prestado en el territorio nacional, cuando la actividad que genera el servicio es desarrollada en el país”.

REQUISITOS PARA LAS DEDUCCIONES DEL CRÉDITO FISCAL AL DÉBITO FISCAL

“La doctrina señala, que el crédito fiscal es el monto en dinero a favor del contribuyente en la determinación de la obligación tributaria, que éste puede deducir del débito fiscal para determinar el monto de dinero a pagar al fisco. Constituye un elemento técnico necesario para la determinación del impuesto, que solo es aplicable a los efectos de su deducción o sustracción de los débitos fiscales.

Se denomina débito fiscal a la obligación tributaria derivada de cada una de las operaciones gravadas, la cual se determina aplicando en cada caso la alícuota del impuesto sobre la correspondiente base imponible. El monto del débito fiscal deberá ser trasladado por los contribuyentes a quienes funjan como adquirentes de los bienes vendidos o receptores o beneficiarios de los servicios prestados, quienes están obligados a soportarlos.

El inciso 2° del artículo 57 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, define al crédito fiscal como la suma trasladada a los adquirentes de los bienes y a los propietarios de los servicios, de una cantidad equivalente al monto del débito fiscal generado en cada operación gravada.

El artículo 64 regula, que por regla general, el impuesto que ha de ser pagado por el contribuyente será la diferencia que resulte de deducir del débito fiscal causado en el período tributario, el crédito fiscal trasladado al contribuyente al adquirir bienes o al utilizar los servicios y, en su caso, el impuesto pagado en la importación o internación definitiva de los bienes, en el mismo período tributario.

El artículo 65, contiene los requisitos para deducir el crédito fiscal, señalando en su inciso 2° que las operaciones realizadas deben ser indispensables para el objeto, giro o actividad del contribuyente y para la generación de operaciones gravadas con el impuesto, y que por lo tanto, generen débito fiscal. El inciso 4°, expone, que para efectos de la deducibilidad se requerirá en todo caso, que la operación que origine el crédito fiscal esté documentada con el comprobante de crédito fiscal original y que figure la cantidad trasladada como crédito fiscal en forma separada del precio de los bienes o remuneración de los servicios, o se compruebe documentalmente el monto del impuesto pagado en la importación

o internación de los bienes o de los servicios. Además, todo ello debe estar debidamente registrado en el libro de compras que establece el artículo 141 del Código Tributario y en la contabilidad formal o en libros especiales, en este último caso, según se trate de contribuyentes obligados o no a llevar contabilidad formal.

El inciso 4° numeral 2) del artículo 65-A de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, establece que no constituye crédito fiscal y en consecuencia no serán deducibles los valores documentados en comprobantes de crédito fiscal cuando, aun estando inscrito como contribuyente el emisor del documento, el adquirente de los bienes o prestatario de los servicios no compruebe la existencia efectiva de la operación.

A manera de resumen de lo expuesto, los requisitos para las deducciones del crédito fiscal al débito fiscal que señala la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, son los siguientes:

- 1- Que las operaciones realizadas sean indispensables para el objeto, giro o actividad del contribuyente y para la generación de operaciones gravadas con el impuesto, y que por lo tanto, generen débito fiscal;
- 2- Que la operación que origina el crédito fiscal esté documentada con el comprobante de crédito fiscal original;
- 3- Que figure la cantidad trasladada como crédito fiscal en forma separada del precio de los bienes o remuneración de los servicios, o se compruebe documentalmente el monto del impuesto pagado en la importación o internación de los servicios;
- 4- Que todo esté debidamente registrado en el libro de compras que establece el artículo 141 del Código Tributario y en la contabilidad formal; y,
- 5- Que el adquirente de los bienes o prestatario de los servicios compruebe la existencia efectiva de la operación”.

OFERTA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA PARA LAS DEDUCCIONES EN PROCESO DE FISCALIZACIÓN

“El artículo 200 del Código Tributario expone que, podrán invocarse todos los medios de prueba admitidos en derecho, con excepción de la testimonial, pues dicha prueba únicamente será pertinente, para los casos de desviación de poder o por cuestiones de inmoralidad administrativa, que produzcan vicio en el acto administrativo y lo invaliden, sea que beneficie o perjudique al contribuyente, sin perjuicio de subsanarse en lo necesario, siempre que no hubiere transcurrido el término de caducidad.

El artículo 201 señala, que la idoneidad de los medios de prueba se establecerá de conformidad a la existencia de los actos que establezcan las leyes tributarias y a falta de éstas las del derecho común.

A su vez, el artículo 202 expresa que, las pruebas deben aportarse para su apreciación, en los momentos y bajo los alcances siguientes: a) En el desarrollo del proceso de fiscalización o en cumplimiento de las obligaciones de informar que establece el presente Código; y, b) Dentro de las oportunidades de audiencia y defensa concedidas en el procedimiento de liquidación oficiosa

o de imposición de sanciones que contempla el Código, al igual que dentro del trámite del recurso de apelación. En éste último caso, se podrá recibir pruebas ofrecidas que no fueron producidas ante la Administración Tributaria, cuando se justificaren ante ésta como no disponibles.

El artículo 203 señala que, corresponde al sujeto pasivo o responsable comprobar la existencia de los hechos declarados y en general de todos aquellos hechos que alegue en su favor, y que corresponde a la Administración Tributaria comprobar la existencia de hechos no declarados y que hayan sido imputados al contribuyente”.

LAS EROGACIONES QUE SE RESPALDAN CON CONTRATOS SON DEDUCIBLES SI SE HAN ASENTADO CONTABLEMENTE DE CONFORMIDAD AL ACUERDO ENTRE LOS CONTRATANTES

“Por último, el artículo 206 del Código Tributario señala que, para los efectos tributarios los sujetos pasivos deben respaldar las deducciones con documentos idóneos y que cumplan con todas las formalidades exigidas por el mencionado Código y las leyes tributarias respectivas, caso contrario no tendrán validez para ser deducibles fiscalmente. Para que procedan las deducciones de las erogaciones que se respalden con contratos, éstas deben asentarse contablemente de conformidad a las estipulaciones convenidas por las partes. En materia tributaria la validez probatoria de los instrumentos emanados de país extranjero estará sujeta al cumplimiento de los requisitos y formalidades prescritos en el artículo 261 del Código de Procedimientos Civiles.

Adicionalmente, el artículo 139 inciso tercero del Código Tributario indica que la contabilidad formal deberá complementarse con los libros auxiliares necesarios y respaldarse con la documentación legal que sustente los registros y permita establecer con suficiente orden y claridad los hechos generadores de los tributos establecidos en las respectivas leyes tributarias, las erogaciones, estimaciones y todas las operaciones que permitan establecer su real situación tributaria.

Necesariamente la legislación tributaria impone la obligación de documentar dos situaciones: a) el hecho que ocasiona el gasto, y, b) la materialización de los registros contables en los que se asienta.

En el presente caso, la sociedad actora expuso que, realizó deducciones para propósitos del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios de las compras y créditos fiscales generados en la adquisición de servicios de sociedades domiciliadas en el extranjero, durante los periodos tributarios comprendidos de enero a diciembre de dos mil seis, sin embargo, la Dirección General de Impuestos Internos, en base al dictamen de auditoría ordenado, y a lo establecido en los artículos 65 y 65-A inciso cuarto, numeral 2) de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y 203 inciso primero del Código Tributario, concluyó que se reclamaron en forma improcedente compras internas gravadas sin demostrar que hayan sido efectivamente recibidos, pues no se comprobó ni demostró la existencia efectiva de la operación; en consecuencia no fue posible verificar si tales servicios fueron

indispensables para el objeto, giro o actividad de la sociedad actora y para la generación de operaciones gravadas con el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 227-2010, fecha de la resolución: 06/07/2015.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA

HECHO GENERADOR

“El artículo 13 del Código Tributario establece que el Impuesto se define como el tributo exigido por el Estado sin contraprestación, cuyo hecho generador está constituido por negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica que ponen de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo.

De conformidad con el artículo 1 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, el hecho generador que da origen al pago del mismo es la “obtención de rentas por los sujetos pasivos en el ejercicio o período de imposición de que se trate”.

Según el artículo 2 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, se entiende por renta obtenida “todos los productos o utilidades percibidos o devengados por los sujetos pasivos, ya sea en efectivo o en especie y provenientes de cualquier clase de fuente”.

La doctrina expone que renta es el monto total de ingresos que, durante un período determinado, incrementan el patrimonio, al cual se deben restar las erogaciones necesarias para obtener ese incremento.

De conformidad con el artículo 28 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, en lo referente a las deducciones de los costos y gastos para efectos de computar la renta neta, se inspira en el principio universal de que los costos y gastos reclamados para ser deducibles de los ingresos, deben además de estar debidamente comprobados, ser necesarios para la producción y la conservación de la fuente de ingresos.

La doctrina sobre los costos y gastos señala el término gastos necesarios, y cita que desde el punto de vista gramatical, gastar proviene del latín *vastare*, destruir, y consiste en “emplear dinero en algo”; en tanto que las normas tributarias asignan a la palabra gasto el significado genérico de “detracción”, o sea, aquello que se sustrae, resta o aparta, y que no sólo incluye gastos propiamente dichos sino también costos y cargas e importes apartados para ciertas eventualidades siempre que sean inherentes al rendimiento.

En cuanto a los gastos propiamente dichos, menciona que para su consideración a los fines del balance fiscal es menester que reúnan los siguientes requisitos: Que sean necesarios, es decir, aquellos cuya finalidad económica les atribuye tal carácter; para obtener y mantener la fuente; que estén destinados a obtener y mantener la fuente. Este requisito incorpora aquellos: gastos efectuados en el mismo período de obtención del rédito y en cuanto hayan servido a la intención indicada; y que además, estén documentados. Significa que la erogación debe estar individualizada y documentada. (*Impuesto a la Renta*,

Según Carlos M. Giuliani Fonrouge Págs. 95 y siguientes, Editorial, Depalma, Edición 1973).

Sin embargo, el inciso segundo de la disposición aludida señala que “En todo caso, los costos y gastos y demás deducciones deberán cumplir con todos los requisitos que esta ley y el Código Tributario estipulan para su deducibilidad”.

El término deducciones alude al conjunto de gastos que se efectúan con el objeto de obtener la ganancia. Así, la renta neta equivale a la renta obtenida menos las deducciones”.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA PARA LAS DEDUCCIONES

“El artículo 200 del Código Tributario, respecto del régimen probatorio establece que podrán invocarse todos los medios de prueba admitidos en derecho, con excepción de la testimonial, pues dicha prueba únicamente será pertinente, para los casos de desviación de poder o por cuestiones de inmoralidad administrativa, que produzcan vicio en el acto administrativo y lo invaliden, sea que beneficie o perjudique al contribuyente, sin perjuicio de subsanarse en lo necesario, siempre que no hubiere transcurrido el término de caducidad.

El artículo 201 señala que la idoneidad de los medios de prueba se establecerá de conformidad a la existencia de los actos que establezcan las Leyes tributarias y a falta de éstas las del derecho común.

A su vez, el artículo 202 expresa que, las pruebas deben aportarse para su apreciación, en los momentos y bajo los alcances siguientes: a) En el desarrollo del proceso de fiscalización o en cumplimiento de las obligaciones de informar que establece el presente Código; y, b) Dentro de las oportunidades de audiencia y defensa concedidas en el procedimiento de liquidación oficiosa o de imposición de sanciones que contempla el Código, al igual que dentro del trámite del recurso de apelación. En este último caso, se podrá recibir pruebas ofrecidas que no fueron producidas ante la Administración Tributaria, cuando se justificaren ante ésta como no disponibles.

El artículo 203 señala que, corresponde al sujeto pasivo o responsable comprobar la existencia de los hechos declarados y en general de todos aquellos hechos que alegue en su favor, y que corresponde a la Administración Tributaria comprobar la existencia de hechos no declarados y que hayan sido imputados al contribuyente.

El artículo 206 establece que, para los efectos tributarios los sujetos pasivos deben respaldar las deducciones con documentos idóneos y que cumplan con todas las formalidades exigidas por el mencionado Código y las leyes tributarias respectivas, caso contrario no tendrán validez para ser deducibles fiscalmente. Para que procedan las deducciones de las erogaciones que se respalden con contratos, éstas deben asentarse contablemente de conformidad a las estipulaciones convenidas por las partes. En materia tributaria la validez probatoria de los instrumentos emanados de país extranjero estará sujeta al cumplimiento de los requisitos y formalidades prescritos en el artículo 261 del Código de Procedimientos Civiles –derogado–.

Adicionalmente, el artículo 139 inciso tercero del Código Tributario indica que la contabilidad formal deberá complementarse con los libros auxiliares necesarios y respaldarse con la documentación legal que sustente los registros, que permita establecer con suficiente orden y claridad los hechos generadores de los tributos establecidos en las respectivas leyes tributarias, las erogaciones, estimaciones y todas las operaciones que permitan establecer su real situación tributaria.

De ahí que nuestra legislación tributaria impone la obligación de documentar dos situaciones: a) el hecho que ocasiona el gasto; y, b) la materialización de los registros contables en los que se asienta”.

VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEDUCCIÓN POR LA PRUEBA CONTUNDENTE PRESENTADA POR EL ACTOR

“a) Sobre la violación al derecho a la deducción para propósitos del Impuesto sobre la Renta consagrado en los artículos 28 y 29 numeral 13 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, en relación con los artículos 3, 203, 206 y 209 del Código Tributario.

En el presente caso, la sociedad demandante pretendió realizar deducciones para propósitos del Impuesto sobre la Renta de los servicios proporcionados por sociedades domiciliadas en el extranjero, durante el ejercicio impositivo del año de dos mil cuatro, por los montos que ascienden a tres millones cuatrocientos sesenta mil setecientos veintisiete dólares de los Estados Unidos de América con noventa y seis centavos de dólar (\$3, 460,727.96).

La Dirección General de impuestos internos y el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas determinaron que Shell El Salvador, S.A. –ahora Unopetrol El Salvador, S.A.–, no logró comprobar y demostrar la materialización de la prestación de los servicios contratados desde el exterior de sociedades domiciliadas en el extranjero, ni la necesidad de los mismos en la producción de renta gravable con el impuesto sobre la renta y para la conservación de la fuente. En base a lo anterior, las mencionadas autoridades objetaron las deducciones reclamadas por la sociedad actora.

Sin embargo, en sede judicial, durante la etapa probatoria correspondiente, la sociedad actora adjuntó, entre otra, la siguiente prueba:

1) Copia certificada por Notario de las diligencias de traducción debidamente apostilladas de tres contratos de servicios celebrados entre Shell El Salvador, S.A. –ahora Unopetrol El Salvador, S.A.– y Shell International Petroleum Company Limited (SIPC):

a- En el primero contrato denominado “Management Advisory Services Agreement (Contrato de Administración de Servicios de Asesoría)” (folios 165 de la primera pieza del expediente judicial al 233 de la segunda pieza), la sociedad Shell International Petroleum Company .Limited (SIPC) se obligó a asistir a Shell El Salvador, S.A. –ahora Unopetrol El Salvador, S.A.–, en el desarrollo y la implementación de planes estratégicos y a prestar servicios de administración de asesoría.

- b- El segundo contrato denominado “Cost Contribution Agreement for Business Support Services (Contrato de Contribución de Costos para los Servicios de Soporte a Negocios)” (folios 234 al 302 de la segunda pieza del expediente judicial), tuvo como objeto prestar servicios de soporte a negocios para asistir y apoyar a Shell El Salvador, S.A. –ahora Unopetrol El Salvador, S.A.– en la utilización de todas las actividades cubiertas por el contrato en mención, en las siguientes áreas: Desarrollo y prestación de asistencia y herramientas de negocios; Prestación de asistencia en mercadeo; Desarrollo, comunicación y auditoría de los estándares de cumplimiento; Promoción de la competencia profesional; Información asesoría tecnológica y servicios; Asesoría general financiera y servicios; Asesoría sobre impuestos y servicios; Servicios legales; Relaciones de empleados y relaciones públicas / Asesoría en publicidad y servicios; Asesoría en recursos humanos y servicios; y, cualesquiera otros servicios de soporte a negocios.

La cláusula 4 del contrato en estudio, establece que los servicios serían prestados por comunicaciones telefónicas, facsímiles y otras comunicaciones electrónicas para un entendimiento rápido y efectivo, y por copia cuando se solicitare específicamente, así como a través de visitas y otros intercambios entre miembros de las oficinas del staff permanente.

- c- El tercer contrato denominado “Cost Contribution Agreement for Research & Development and Technical Support Services (Contrato de Contribución de Costos para Investigación & Desarrollo y Servicios de Soporte Técnico)” (folios 303 al 380 de la segunda pieza del expediente judicial) tuvo como objeto asistir y apoyar a Shell El Salvador, S.A. –ahora Unopetrol El Salvador, S.A.– en la realización de todas las actividades cubiertas por el referido contrato en las siguientes áreas: Asesoría para investigación y desarrollo y servicios; Asesoría para marcas registradas y patentes y servicios; Desarrollo y provisión de herramientas de mercadeo; Desarrollo y provisión de herramientas de apoyo a la marca; Asesoría técnica USE y asistencia a los servicios; Otras asesorías técnicas y de apoyo; y, cualesquiera otra asesoría técnica y de servicios.

La cláusula 7 del contrato en cuestión establece que los servicios serían prestados por comunicaciones telefónicas, facsímiles y otras comunicaciones electrónicas para un entendimiento rápido y efectivo, y por copia cuando se solicitare específicamente, así como a través de visitas y otros intercambios entre miembros de las oficinas del staff permanente.

2) Copia certificada por Notario de las diligencias de traducción del Contrato celebrado entre Shell El Salvador, S.A. –ahora Unopetrol El Salvador, S.A.– y Shell Caribbean & Central America Limited (SCCA), denominado “Service Agreement (Acuerdo de Servicio)” (folios 381 de la segunda pieza del expediente judicial al 416 de la tercera pieza). Dicho contrato tuvo como objeto asistir y apoyar a la sociedad actora en la realización de todas las actividades cubiertas por el referido contrato en las siguientes áreas: Asuntos de mercadeo y suministro; Asuntos de operaciones; Asuntos de finanzas/corporativos; Recursos humanos y asuntos de cambio en administración; y, Proyectos.

3) Copia certificada por Notario de las diligencias de traducción debidamente apostilladas del Contrato de Servicios celebrado entre Shell El Salvador, S.A. – ahora Unopetrol El Salvador, S.A.– y Shell Information Technology International (SITI), denominado “Leiter Agreement (Carta Acuerdo)” (folios 483 al 493 de la tercera pieza del expediente judicial). Dicho contrato tuvo como objeto formalizar las enmiendas acordadas al marco contractual entre ambas compañías y establecer el nuevo marco de trabajo contractual por medio del cual serían proporcionados los servicios de tecnología de la información (TI).

4) Copia certificada por Notario y debidamente legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador de dos Contratos de Servicios celebrados entre SASCCA, S.A. y Shell Guatemala, S.A.:

- a- El primer contrato denominado “Contrato de Servicios de Contabilidad”, que tuvo por objeto brindar servicios de contabilidad a las compañías operadoras de , Grupo Shell, como se especificó en el anexo 1 de dicho contrato, entre las que le incluye a Shell El Salvador, S.A. (folios 494 al 501 de la tercera pieza del expediente judicial);
- b- El segundo contrato denominado “Contrato de Servicios de Atención al Cliente”, que tuvo por objeto brindar servicios de atención al cliente a las compañías operadoras de Grupo Shell, como se especificó en el anexo 1 del referido contrato, entre las que se incluye a Shell El Salvador, S.A. (folios 502 al 506 de la tercera pieza del expediente judicial).

5) Muestras de impresiones de correos electrónicos intercambiados entre personal de la sociedad demandante y personal de los proveedores de los servicios del exterior, donde se logra apreciar la comunicación a través del intercambio de correos electrónicos (folios 1229 de la séptima pieza del expediente judicial al 1879 de la décima pieza).

Como quedó establecido tanto en sede administrativa y ante esta sede, las autoridades demandadas manifestaron que la sociedad actora no comprobó la materialización de la prestación de los servicios contratados de compañías del exterior y que hayan sido utilizados en el país; en consecuencia no se pudo comprobar que hayan sido necesarios para la producción de la renta y para la conservación de su fuente generadora.

Sin embargo, dado que el objeto de Shell El Salvador, S.A. o Shell, S.A. –ahora Unopetrol El Salvador, S.A.– incluye la distribución en el mercado salvadoreño y en el internacional de los productos derivados de la refinación, manufactura, transformación, adquisición, importación y venta de petróleo, asfalto, gas natural, aceites, grasas y cualesquiera otros derivados, así como toda forma de elaboración y refinación de petróleo en la República o en cualquier otro país latinoamericano en donde la compañía instale sucursales o agencias, y, en general, ejercitar todos los actos de comercio lícitos previstos en el Capítulo tercero del Código de Comercio, y en vista de que dicha sociedad formó parte de una estructura mundial como lo es Grupo Shell, el cual brinda soporte y asesoría técnica a los miembros del grupo (como en el presente caso), puede afirmarse que la prestación de los servicios pactados en los contratos citados es un gasto necesario e indispensable para el desarrollo de sus actividades.

Por otro lado, las autoridades demandadas expusieron que con la documentación y explicaciones que presentó la sociedad demandante no comprobó que el servicio fue solicitado por la misma, ni la fecha en que el mismo fue recibido; tampoco comprobó el lugar exacto desde dónde y hacia adónde fue proporcionado cada uno de los servicios recibidos, ni la identificación de quién o quiénes proporcionaron el servicio, a quién o a quiénes fue proporcionado el mismo dentro de la estructura de organización de la sociedad actora, así como tampoco en qué consistió cada servicio.

Al respecto, cabe destacar la relación privada patrimonial de origen mercantil, entre las sociedades Shell El Salvador, S.A. o Shell, S.A. –ahora Unopetrol El Salvador, S.A.–, y las sociedades extranjeras Shell International Petroleum Company Limited (SIPC), Shell Caribbean & Central America Limited (SOCA) y Shell Information Technology International (SITO. De ahí que para el análisis del caso que nos ocupa, no puede obviarse el hecho que el Derecho Mercantil es una de las ramas del Derecho, que con mayor rapidez se transforma, dado que por su naturaleza ha sido siempre cambiante, debido a la movilidad del comercio y más aún del comercio y el desarrollo económico contemporáneo así como la transformación conceptual del mundo de hoy día, cuya tendencia es la facilitación de las formas. Así las cosas, que los contratos celebrados no detallen exhaustivamente la forma del suministro de la asesoría objeto de los mismos, no puede ser motivo de objeción de parte de la Administración Tributaria.

No obstante lo expuesto, debe suponerse la existencia de documentos de respaldo de la transferencia de información y asesoría brindada al departamento de mercadeo y de comercialización, los cuales sí existen, pero no en la manera excesiva en que la Administración Tributaria lo ha solicitado a la sociedad Shell El Salvador, S.A. o Shell, S.A. –ahora Unopetrol El Salvador, S.A.–. Sobre este punto debe de tenerse muy en cuenta la aplicación del principio de verdad material, en virtud del cual la Administración Pública Tributaria debe verificar plenamente los hechos que se utilizan como razón de sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas legales pertinentes, aún cuando no hayan sido planteadas por los administrados o se haya acordado no hacer uso de las mismas.

Así, se tiene que el artículo 3 del Código Tributario señala que: “Las actuaciones de la Administración Tributaria se ajustarán a los siguientes principios generales: (...) 11) Verdad Material (...) Las actuaciones de la Administración Tributaria se ampararán a la verdad material que resulte de los hechos investigados y conocidos”.

Y es que, los principios regulados por el Código Tributario constituyen parámetros generales, a partir de los cuales se deben fundamentar las actuaciones de la Administración Pública Tributaria. Ésta, en aplicación de dichas normas, se entiende facultada para realizar vastas labores de investigación y fiscalización, entre las cuales encontramos: puede pedir informes al contribuyente, informes a terceros (personas naturales, jurídicas o Instituciones Públicas) incluso cruzar información, etc.

El principio de verdad material pretende –ínter alia– que cuando se producen los hechos generadores (por ser usualmente hechos económicos que han

adquirido sustantividad o trascendencia tributaria al ser seleccionados por el legislador) deben ser apreciados en su concordancia con la hipótesis contenida en la norma como hechos generadores del tributo, lo que es valorado y constatado por la Administración Tributaria al ejercer sus facultades.

En suma, la Administración debe verificar los hechos y contratos efectuados por el contribuyente, lo anterior implica que debe valorar e investigar la naturaleza propia de la actuación sujeta a verificación y de esa forma podrá determinar si procede o no la deducción solicitada.

Por lo que en el caso en concreto la sociedad Shell El Salvador, S.A. o Shell, S.A. –ahora Unopetrol El Salvador, S.A.–, proporcionó toda la información contable solicitada por la Administración Tributaria, y además también proporcionó en la medida de sus posibilidades la información requerida por las autoridades demandadas para comprobar la prestación de los servicios realizados por las sociedades extranjeras Shell International Petroleum Company Limited (SIPC), Shell Caribbean and Central America Limited (SCCA), Shell People Services (81°S) y Shell Information Technology International (SITI); sin embargo la Administración Tributaria nunca quedó satisfecha con la documentación presentada. De ahí que, esta Sala discrepa del criterio adoptado por la Administración Tributaria, en tanto sí consta que los servicios fueron efectivamente prestados y fue presentada la documentación idónea para comprobar estas circunstancias.

En este punto es relevante destacar, que esta Sala está consciente que existe información o documentación que no puede materializarse en papel o en cualquier otro medio que pueda ser visto u oído, como videos o grabaciones, por la naturaleza propia de los servicios que se prestan, pero eso no es motivo para considerar que los servicios no fueron prestados cuando existe toda una documentación que sí respalda dichas circunstancias. En este sentido, se advierte que la Administración Tributaria debió de aplicar el principio de verdad material y no buscar ni exigir documentación que difícilmente y en general las sociedades no poseen o no materializan por las razones expuestas, volviendo de esta manera nugatorio el derecho de deducción que tiene la contribuyente.

Tanto en sede administrativa como en el curso del presente proceso, la sociedad actora presentó prueba contundente de la prestación efectiva de los servicios contratados con las sociedades extranjeras. Ello implica que la demandante amparó la deducción en los contratos y las partidas contables respectivas, cumpliendo con su obligación de respaldar documentalmente los registros contables, observando así el mandato establecido en el artículo 139 del Código Tributario.

Así, con los documentos que han sido suministrados por las sociedades extranjeras Shell International Petroleum Company Limited (SIPC), Shell Caribbean and Central America Limited (SCCA), Shell PeopleServices (SPS) y Shell Information Technology International (SITI), se infiere en virtud de la ausencia de normas de injerencia que establezcan la forma de comprobación de este tipo de Contratos, que los servicios fueron prestados, pues se demuestra la asesoría brindada y el traslado de la información y su recepción, por parte de la actora.

Por tales razones, este Tribunal estima que la prueba presentada por la sociedad actora, relativa tanto a los contratos de prestación de servicios como la otra documentación relacionada en párrafos que preceden es suficiente para

justificar la deducción del gasto. En suma, la parte demandada valoró inadecuadamente la prueba vertida en sede administrativa”.

VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL YA QUE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA NO VERIFICÓ, NI INVESTIGÓ LA REALIDAD DE LA ADQUISICIÓN Y POSTERIOR LIQUIDACIÓN DE LOS ACTIVOS QUE CONFORMABAN EL PROYECTO

“b) Vulneración al derecho a la deducción de la pérdida de capital regulado en los artículos 14 y 42 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, en relación con los artículos 3 y 4 literal b), numeral 1) del artículo 37 del Código Tributario y 427 del Código de Procedimientos Civiles –derogado–.

La sociedad demandante pretendió realizar deducciones para propósitos del Impuesto sobre la Renta de la pérdida de capital reclamada por la venta del proyecto Rocas Calientes Fracturadas durante el ejercicio impositivo del año dos mil cuatro, de conformidad a lo establecido en los artículos 14 y 42 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

La Dirección General de Impuestos Internos y el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas rechazaron el tratamiento de ganancia o pérdida de capital dado a la operación de venta del proyecto Rocas Calientes Fracturadas; la primera autoridad argumentó, que la sociedad demandante incluyó dentro del cálculo realizado la venta de dicho proyecto, cuyo ingreso por la venta no fue declarado para efectos de la declaración de renta del ejercicio impositivo mencionado, debido a que el valor de adquisición del activo fue declarado como un gasto no deducible y el valor de venta del mismo, fue restado al valor del costo de adquisición del activo; mientras que la segunda autoridad concluyó que en la documentación presentada por la parte actora, se evidenció que la posesión del bien por parte del contribuyente lo era por un período menos de un año, por lo que no le aplica el régimen de ganancia o pérdida de capital.

El artículo 14 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a la fecha de la realización de los hechos expresa que la ganancia obtenida por una persona natural o jurídica que no se dedique habitualmente a la compraventa, permuta u otra forma de negociaciones sobre bienes muebles o inmuebles, constituye ganancia de capital y se gravará de acuerdo con las siguientes reglas: 1) En cada transacción la ganancia o pérdida de capital se determinará deduciendo del valor de la transacción, el costo básico del bien, el importe de las mejoras efectuadas para conservar su valor y el de los gastos necesarios para efectuar la transacción. Cuando el valor de la transacción, sea mayor que las deducciones, habrá ganancia de capital. Si las deducciones son mayores que el valor de la transacción, habrá pérdida de capital. Se considerarán mejoras todas aquellas refacciones, ampliaciones y otras inversiones que prolonguen apreciablemente la vida del bien, impliquen una ampliación de la constitución primitiva del mismo o eleven su valor, siempre que dichas inversiones no hayan sido admitidas como gastos de producción de su renta o de conservación de su fuente; y, 2) La pérdida de capital será deducible de la ganancia de capital. Si la ganancia excede a la pérdida, el excedente, o sea la ganancia neta de capital, se agregará a la renta obtenida de acuerdo con el artículo 42. En caso de que la pérdida exceda a la

ganancia, el saldo podrá ser usado dentro de los cinco años siguientes contra ganancia de capital.

Del análisis del artículo 42 de la referida Ley, se advirtió que el tratamiento de ganancia de capital procede para aquellos bienes que se realicen siempre y cuando, el tiempo de posesión por parte del contribuyente que lo realiza se pueda calcular en años.

Para el cálculo del tiempo de posesión, se aplica el artículo 16 del Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta, el cual señala que el número de años que un bien ha sido poseído, se determinará de la manera siguiente: a) si el bien se adquirió en el primer semestre del ejercicio, se considerará poseído todo el año; b) si el bien se transfirió dentro del segundo semestre del ejercicio, se considerará poseído todo el año; y, c) si el bien adquirido se transfiere dentro de los seis meses siguientes a su adquisición, se considerará poseído todo el año en el ejercicio de su enajenación.

A lo largo del proceso, la sociedad actora argumentó que el proyecto Rocas Calientes Fracturadas estaba conformado por una serie de bienes y servicios que fueron adquiridos durante los años dos mil dos al dos mil cuatro con el objetivo de formar parte del activo fijo de Shell El Salvador, S.A. o Shell, S.A.—ahora Unopetrol El Salvador, S.A.—, activos que al ser vendidos en el ejercicio impositivo del año dos mil cuatro generaron una pérdida de capital de conformidad a lo establecido en los artículos mencionados en el párrafo que antecede, y que dicha pérdida de capital fue deducida de la ganancia de capital generada en el mismo ejercicio fiscal.

Las autoridades demandadas se basaron en el cuadro denominado “Anexo a Ganancias o Pérdidas de Capital Ejercicio dos mil cuatro”, que consta a folio 96 de la primera pieza del expediente administrativo que llevó la Dirección General de Impuestos Internos, para determinar que la sociedad demandante no especificó cada uno de los bienes que conforman la venta, y establecieron que el proyecto Rocas Calientes Fracturadas fue adquirido y vendido por la sociedad demandante el mismo día, mes y año de su adquisición, no pudiendo establecerse ni un año de posesión, por lo tanto, concluyeron que no es aplicable la ganancia o pérdida de capital.

Sin embargo, de folios 949 al 950 de la primera pieza del expediente administrativo que llevó la Dirección General de Impuestos Internos, consta la copia certificada del Testimonio de Escritura Pública de Compraventa de Equipo celebrada entre las sociedades Shell El Salvador, S.A. o Shell, S.A. —ahora Unopetrol El Salvador, S.A.— y La Geo, S.A. DF C.V. el día treinta de junio de dos mil cuatro, ante los oficios del notario Porfirio Díaz Fuentes, mediante la cual la sociedad actora vendió activos pertenecientes al proyecto Rocas Calientes Fracturadas, los cuales fueron detallados en anexo que corre agregado a folio 951 del expediente en cuestión, de la siguiente forma: “Lista de Equipo del Paquete de Estimulación Hidráulica. Bombas, Tubería, Válvulas, Instrumentación, etc. Control de bombas & sistema de monitoreo. Sala de control del sitio. Software de control & monitoreo Emerson específico al bombeo. Sensores específicos de las bombas. 2 válvulas de 4” activadas a control remoto para regulación del flujo. Flujómetros de vórtice. Sistema de Bombeo. 2 Bombas centrifugas de 100 bar /

60 lts. 2 Arrancadores suaves. Sello de baldeo / Patín de cojinete de bombas de enfriamiento. Tanque de agua para sello de baldeo / sistema de enfriamiento del cojinete. Tubería, válvulas, accesorios y ajustes. Tuberías giratorias alta temperatura / alta presión de 4" ANSON. Válvulas de alta temperatura / alta presión. Bandas de seguridad misceláneas. Ensamblaje del cabezal de inyección. Válvula maestra 10" ANSI 1500. Ensamblaje de válvula 10" clase 300 activada a control remoto. 2 Válvulas de flujo mínimo. Manifolds de distribución en descarga de alta presión y temperatura. Líneas de succión específica de bombas y líneas de descarga; Tuberías, bridas, ajustes, válvulas y mangueras misceláneas. Equipo Auxiliar. Taller del sitio de las bombas. 2 contenedores de 20" ISO. Rreja plana modificada. Equipo e iluminación misceláneo. Repuestos misceláneos. Cableado misceláneo. Generadores eléctricos y mecanismo de control. Generador fil Caterpillar XQ1250 kVA. Generador 112 Caterpillar XQ1250 kVA. Generador Caterpillar XQ 1250 kVA 1- Restaurado. Sala de Control / Central Eléctrica. / Transformadores / Sistema de Fugas a Tierra / Cableado / Sistema de Combustible. Sistema de suministro de combustible. Red Microsísmica". El precio total de la compraventa fue de setecientos veinticuatro mil trescientos veinticinco dólares de los Estados Unidos de América (\$724,325.00).

Además, en sede judicial, durante la etapa probatoria correspondiente, la sociedad actora adjuntó la siguiente prueba:

- 1) Copia certificada por notario del detalle de los activos, bienes y servicios que configuraban el proyecto Rocas Calientes Fracturadas, así como la fecha de adquisición de los mismos (folios 2590 al 2594 de la treceava pieza del expediente judicial);
- 2) Copia certificada por notario de los folios del Libro Diario Mayor en los cuales se registró la Operación de venta y liquidación del proyecto Rocas Calientes Fracturadas (folios 2596 y 2597 de la treceava pieza del expediente judicial);
- 3) Copia certificada por notario del formulario de ganancias y pérdidas de capital del ejercicio impositivo del año dos mil cuatro (folio 2599 de la treceava pieza del expediente judicial a folio 2604 de de la catorceava pieza del expediente judicial); y,
- 4) Copia certificada por notario de muestra de documentación probatoria (facturas) que demuestran la adquisición de ciertos activos que formaron parte del proyecto Rocas Calientes Fracturadas durante los años dos mil dos al dos mil cuatro (folios 2606 al 2719 de la catorceava pieza del expediente judicial).

Como se estableció anteriormente, las autoridades demandadas, basándose en el análisis del cuadro "Anexo a Ganancias o Pérdidas de Capital Ejercicio dos mil cuatro" que consta a folio 96 de la primera pieza del expediente administrativo, determinaron que el proyecto Rocas Calientes Fracturadas fue adquirido y vendido por la sociedad demandante el mismo día, mes y año de su adquisición, por consiguiente no pudo establecerse ni un año de posesión, por lo tanto concluyeron que no es aplicable la ganancia o pérdida de capital.

De toda la documentación relacionada, se tiene que las autoridades demandadas no valoraron en su integridad las pruebas presentadas por la sociedad actora durante el procedimiento administrativo, ni investigaron la realidad del

proyecto Rocas Calientes Fracturadas, para determinar que los activos que lo conformaban habían sido adquiridos con anterioridad a la fecha de su enajenación (años 2002 a 2004), haciendo aplicable la figura de la ganancia o pérdida de capital. Sobre este punto debe de tenerse nuevamente en cuenta la aplicación del principio de verdad material, en virtud del cual –como ya se estableció en la presente resolución– la Administración Pública Tributaria debe verificar plenamente los hechos que se utilizan como razón de sus decisiones, para el caso que nos ocupa, debió verificar los hechos y contratos realizados por el contribuyente, lo anterior implica el deber de valorar e investigar la naturaleza propia de la actuación sujeta a verificación y de esa forma determinar si procedía o no la deducción solicitada.

Como se ha expuesto, la sociedad Shell El Salvador, S.A. o Shell, S.A. –ahora Unopetrol El Salvador, S.A.– proporcionó toda la información contable solicitada por la Administración Tributaria, y también proporcionó el Contrato de Compraventa de Equipo celebrada con la sociedad La Geo, S.A. de C.V. el día treinta de junio de dos mil cuatro, así como otra prueba documental para determinar que los activos que conformaban proyecto Rocas Calientes Fracturadas habían sido adquiridos con anterioridad a la fecha de su enajenación; sin embargo, la Administración Tributaria no valoró la documentación presentada. De ahí que, esta Sala no está de acuerdo con el criterio adoptado por la Administración Tributaria, en tanto no verificaron ni investigaron la realidad de la adquisición y posterior liquidación de los activos que conformaban el proyecto Rocas Calientes Fracturadas, violando así el principio de verdad material”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 247-2009, fecha de la resolución: 09/04/2015.

INSTITUTO SALVADOREÑO DE BIENESTAR MAGISTERIAL

EL REEMBOLSO POR PAGO DE MÉDICOS PRIVADOS PROCEDE CUANDO CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES NO HACEN POSIBLE SU ATENCIÓN POR LOS MÉDICOS O CENTROS HOSPITALARIOS, MEDIANTE LOS CUALES EL INSTITUTO PROPORCIONA EL SERVICIO

“(i)La parte actora expresa que el Acuerdo del Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial, que consta en el acta número setenta y uno de sesión ordinaria celebrada el día once de noviembre de dos mil diez, en el punto diez que resolvió denegar el pago de reembolso por gastos médicos en concepto de honorarios médicos, ingreso hospitalario y procedimiento médico, por un total de nueve mil seiscientos dólares con setenta y dos centavos, equivalentes a ochenta y cuatro mil seis colones con treinta centavos, se basa únicamente en criterios y no tiene respaldo legal, y además es contraria a lo establecido en el artículo cuarenta y nueve capítulo cuatro de la Ley del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial.

(ii) La autoridad demandada respecto a ese punto menciona, que en el expediente administrativo consta que el señor A. C. con número de identificación ID [...] –siendo el que corresponde [...] –, consulto por su padecimiento como

usuario del instituto el día veinte de septiembre del dos mil diez en el Hospital de Diagnóstico situado en la Colonia Médica de esta ciudad, mismo que es proveedor contratista del referido Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial, donde se atienden situaciones médico hospitalarias de mayor riesgo, ocasión en la que fue atendido de emergencia, y posteriormente fue solicitada interconsulta con el cardiólogo de turno en dicho hospital, doctor Alfredo C. G., quien le realizó evaluación clínica con exámenes de laboratorio y de gabinete, diagnosticándole angina estable, por lo que recibió tratamiento adecuado, y no existiendo criterios de ingreso se le dio de alta y se le indico examen de estudio ambulatorio, conocido como prueba de esfuerzo.

Después de ello, en la clínica del referido doctor Alfredo C. G. se realizó examen para descartar síndrome coronario agudo, resultando el examen sin hallazgos de infarto agudo de miocardio o angina inestable; después de la prueba de esfuerzo negativa, el cardiólogo le indico los medicamentos necesarios para el tratamiento integral del paciente.

Sin embargo el día veintitrés de septiembre de dos mil diez, el señor A. C., consulta nuevamente por la misma causa médica del día veinte de septiembre, en una sucursal del Hospital de Diagnóstico situada en la Colonia Escalón de San Salvador, pero en esa ocasión el señor A. C. *no se identificó como beneficiario del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial*, por lo cual fue atendido como paciente particular y fue ingresado en forma privada. El procedimiento realizado en esta ocasión fue un cateterismo cardíaco más colocación de Stent.

Que dicho procedimiento está contratado con la red de hospitales tipo A que proveen servicios al Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial el cual pudo habersele realizado como usuario del mismo instituto. Además procede hacer mención, que el cardiólogo que atendió al señor A. C. en el Hospital de Diagnóstico de la Colonia Escalón, doctor Carlos G., es parte del equipo de cardiólogos que atienden a los usuarios del instituto, y también pudo haberlo atendido como derechohabiente del mismo; pero como ahí tampoco se identificó como usuario del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial, se le brindó la atención de forma privada con el consecuente pago de sus honorarios y otros gastos. Por ello, la autoridad demandada, alega que no se le violentó el derecho de reembolso que establece el artículo 49 de la Ley del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial, pues al hospital contratado no se le comprobó de ninguna manera, que el paciente era usuario y derechohabiente del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial, por lo que los actos administrativos dictados no contienen el vicio de ilegalidad alegado.

Respecto de lo anterior este Tribunal hace las siguientes consideraciones: El “Instructivo para Trámites de Reintegros al Instituto y de Reembolso por parte de éste por Gastos Médicos”, vigente desde el mes de mayo del año dos mil ocho, en su romano VI, establece que el reembolso por el instituto procede: “1) Cuando por circunstancias especiales de emergencia, o por condiciones o por patologías específicas del paciente, no hubiera sido posible su atención por los médicos o centros hospitalarios mediante los cuales el Instituto proporcione el servicio”, y el romano VII que se refiere al procedimiento para el reembolso por parte del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial,

establece en su literal a): “En los casos en que los reembolsos sean por circunstancias especiales de emergencia, o por condiciones o patologías específicas del paciente no hubiera sido posible su atención por los médicos o centros hospitalarios, mediante los cuales el instituto proporcione el servicio, o que su traslado hacia un centro hospitalario proveedor de servicios al ISBM signifique un riesgo para su vida; el docente, sus familiares o sus respectivos beneficiarios, deberán informar por escrito sobre lo sucedido a la oficina de Médicos de Apoyo Administrativo y Trabajo Social del ISBM, Para los usuarios de la zona Central, Paracentral y Metropolitana, o en los Centros de Atención de la zonas de Oriente y Occidente, EN UN PLAZO NO MAYOR DE DOS DIAS HÁBILES A PARTIR DE SU INGRESO (...)”

Por su parte el artículo 49 de la Ley del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial establece: “el servidor público docente tendrá derecho a que el instituto le reembolse los gastos médico- hospitalarios en que hubiere incurrido a consecuencia de no haberle proporcionado dicho instituto el servicio al que tiene derecho. Serán reembolsables dichos gastos:

a) Cuando por circunstancias especiales de emergencias, o por condiciones o patologías específicas el paciente, no hubiere sido posible su atención por los médicos o centros hospitalarios mediante los cuales el Instituto proporcione el servicio; (...)”.

LA FALTA DE COMPROBACIÓN DE LA CALIDAD DE DERECHO-HABIENTE AL MOMENTO DE LA INTERVENCIÓN MÉDICA HACE IMPOSIBLE EL REEMBOLSO

“Del análisis del juicio junto con toda la prueba que consta dentro del mismo, se constata que a folio 170 se encuentra agregada una nota manuscrita de fecha veintisiete de septiembre del dos mil diez suscrita por la demandante, con el cual pretende darle cumplimiento a lo que establece el referido Instructivo ante relacionado, así mismo de folios 172 a 193, constan copias de recibos de gastos médicos realizados respecto del tratamiento médico efectuado al señor Héctor Salvador A. C., el día veinticuatro de septiembre del dos mil diez en el Hospital de Diagnóstico de la Colonia Escalón tratado por el cardiólogo intervencionista doctor Carlos G.

Con el estudio realizado, se determina, en base al reporte de cateterismo cardíaco extendido por el cardiólogo doctor Carlos G. que corre agregado a folio 173 que efectivamente el esposo de la parte actora, fue intervenido mediante procedimiento médico por dicho profesional de la salud. Así también, con los recibos mencionados se establece que efectivamente se efectuaron los gastos médicos correspondientes.

No obstante haberse comprobado la realización de ese procedimiento médico, el día veinticuatro de septiembre del dos mil diez en el Hospital de Diagnóstico de la colonia Escalón, *no consta en ninguno de los documentos examinados, que el señor Héctor Salvador A. C. se haya identificado o haya sido atendido en su calidad de beneficiario o derechohabiente del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial*, como sucedió en la primera atención efectuada en el Hospital de Diagnóstico de la Colonia Médica (folio 151).

En concordancia con el artículo 5 literal b) de la Ley del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial, el esposo de la demandante efectivamente es derechohabiente del referido Instituto.

Sin embargo al haberse efectuado un análisis de las solicitudes de reembolsos por parte de la Subgerencia de Supervisión y Control de la Gerencia de Salud del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial, se establece que dicha Subgerencia, dentro de sus consideraciones y recomendaciones técnicas determinó que no existe ninguna justificación para que la demandante y su esposo no hayan hecho uso de los servicios médicos del hospital en cuestión como derechohabientes, cuando éste se encuentra dentro de los contratados por el Instituto.

De ello, este Tribunal considera que no se ha violentado el artículo 49 literal a) de la Ley del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial, ya que en la primera ocasión que el esposo de la demandante recibió atención médica en la sucursal del Hospital de Diagnóstico de la Colonia Médica, y fue atendido plenamente de forma gratuita debido a que si se identificó como beneficiario del Instituto, no así en la ocasión en que se le practicó el mencionado procedimiento de cateterismo el día veinticuatro de septiembre del dos mil diez, y del cual reclamaba el reembolso pues no se identificó como beneficiario.

Consecuentemente, el Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial, no tenía forma de ejecutar lo establecido en el mencionado artículo, ya que no se configuró el presupuesto de comprobar la mencionada calidad de derechohabiente, por parte del esposo de la demandante”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 205-2011, fecha de la resolución: 08/06/2015.

JUEZ ESPECIAL CONTRAVENCIONAL

POTESTAD EJECUTIVA O DE GESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

“Dentro de la potestad ejecutiva o de gestión de la Administración Pública, se encuentran las funciones de auto organización. La Ley de la Carrera Administrativa Municipal reconoce esta función, otorgándole a la Administración entrante la facultad de nombrar al personal de confianza que ayudará a ejecutar su plan de gobierno, es decir, nombrar a aquellos empleados cuyas relaciones laborales serán tratadas en base al Derecho Administrativo.

A partir del marco de referencia expuesto, es procedente determinar si el cargo que el licenciado Porfirio Nefthalí Jordán Guerra desempeñaba como Juez Especial por Contravenciones, está incluido en las excepciones a que la Ley de la Carrera Administrativa Municipal hace referencia, y que son del conocimiento de ésta Sala.

La Sala de lo Constitucional en la Sentencia Definitiva del Amparo referencia 1080 - 2008, en fecha quince de noviembre de dos mil diez ha sostenido: “““““Ha de aclararse que los servidores públicos se clasifican en relación a la titularidad del derecho a la estabilidad laboral, de la siguiente manera: (a) empleados y funcionarios públicos comprendidos en la carrera administrativa y por lo tan-

to protegidos por la Ley del Servicio Civil; (b) empleados y funcionarios públicos excluidos de la Carrera Administrativa pero protegidos por leyes especiales como la Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa; (c) empleados públicos que no gozan de estabilidad laboral por ejercer cargos de confianza, ya sea personal o política; y (d) funcionarios públicos que no gozan de estabilidad laboral por ejercer cargos políticos. En el caso particular, resulta necesario analizar el contenido del concepto “cargo de confianza”. En reconsideración de la jurisprudencia sobre este tema, la Sala ha explicitado los elementos que habrán de tomarse en cuenta para determinar con mayor exactitud qué debe entenderse por cargos de confianza. De esta manera, en la sentencia de amparo de fecha 17-II-2010 Ref. 36-2006, se sostuvo que: “...lo relevante para considerar a un empleado público como empleado de confianza, es la naturaleza de sus funciones, es decir las actividades y responsabilidades que desempeña dentro de una institución, aunado al cargo de dirección o de gerencia que lo une con la institución para la que presta el servicio, cuyo contrato podrá finalizarse por decisión del titular de la entidad...”. No se trata, por tanto “...de la confianza mínima exigible en el desempeño de cualquier cargo o función pública por virtud del compromiso asumido en calidad de servidores públicos al servicio del Estado y de la comunidad, para participar en la consecución de los fines estatales, sino de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar se encuentra vinculada con la gestión que realiza el funcionario público que lo nombra o contrata...”“.

SE CONSIDERA EMPLEADO DE CONFIANZA, POR LO TANTO ES UNA EXCEPCIÓN AL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL

“En ese orden de ideas, las funciones que le son atribuidas al Juez Especial por Contravenciones están perfiladas a la dirección, iniciar, diligenciar y fenecer todos los procedimientos, sanciones y diligencias contenidas en la Ordenanza Contravencional de la Ciudad de Santa Ana y Ordenanza Reguladora para el uso de los sitios públicos del Municipio de Santa Ana “seguros y libres de Armas”, además, está facultado para que en su misma calidad, previa conformidad del Alcalde Municipal, por delegación, actúe en su nombre y representación proveyendo las resoluciones pertinentes y pueda conocer de cualquier otra diligencia conexas necesarias para el desarrollo de sus funciones contenidas en las distintas Ordenanzas y Leyes de la República. Por lo que designar a la persona encargada para ello, requiere de un grado de confianza mayor, por lo tanto confianza personal, y en virtud de ello, se enmarca en una de las excepciones al derecho a la estabilidad laboral, tal como lo establece el artículo 219 inciso 3° de la Constitución en relación con el artículo 2 numeral 2 inciso segundo de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal. Cargo que carece de protección.

Siendo por lo tanto el Acuerdo de remoción de aquellos actos de la Administración Municipal del conocimiento en ésta sede, en virtud de que la Ley permite que la Administración Municipal distribuya sus recursos humanos y económicos de la mejor manera posible, en el entendido que su actuación se presume legal y entorno al bienestar de los recursos del Municipio. No obstante lo manifestado,

el mismo cuerpo normativo salvaguarda la estabilidad laboral del empleado o funcionario según manda la Constitución (Artículo 219), ya sea incorporando al afectado a empleos similares o de mayor jerarquía, o indemnizando al afectado según la proporción que el mismo artículo contempla. De ahí que, si la Administración Municipal no cumple con las exigencias relacionadas, el afectado tiene derecho a recurrir del acto por la vía administrativa, si se contempla un recurso reglado, caso contrario, puede impugnar el acto por la vía jurisdiccional, en uso de su derecho a la tutela judicial efectiva; por lo tanto si el removido consideró que el acto administrativo era ilegal, debió presentarse a esta sede y no acudir a los tribunales de competencia laboral, por no ser la remoción del cargo una sanción de la Administración Municipal, por lo que se concluye que las resoluciones impugnadas son legales”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 372-2009, fecha de la resolución: 08/07/2015.

LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

OBJETO

“La LPC tiene por objeto primordial el de proteger los derechos de los consumidores a fin de procurar el equilibrio, certeza y seguridad jurídica en sus relaciones con los proveedores, de ahí que en sus primeros artículos se reitera que son irrenunciables en forma anticipada, aun cuando hubiere estipulación escrita entre el proveedor y el consumidor en contrario, según lo dispuesto en los artículos 1 y 5 de la referida ley.

Teniendo entre los derechos básicos de los consumidores, según el artículo 4 de dicho cuerpo normativo: el de la defensa de sus derechos en procedimientos administrativos de solución de conflictos, con la inversión de la carga de la prueba a su favor, cuando se trate de la prestación de servicios públicos; así como, a ser protegidos de prácticas abusivas y de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos, entre otros más que se señalan en dicha disposición y que para su observancia no podrán alegarse costumbres, usos o prácticas, convenios o estipulaciones en contrario.

Asimismo, el cuerpo normativo en estudio determina un régimen disciplinario para los infractores a la misma a partir del Título II, el cual se rige por los principios de legalidad y culpabilidad.

Con base en lo expuesto, debe tenerse en cuenta en el caso de autos, que el proceso sancionatorio fue iniciado por conducta atribuida a la parte actora, con base a lo establecido en el artículo 44 letra e) en relación con el artículo 18 letra c) de la LPC”.

DERIVA DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y CONSTITUYE UN LÍMITE FUNDAMENTAL CONTRA LA ARBITRARIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

“Ahora bien, para que se cumpla con el principio de tipicidad, esta norma no puede ser independiente, es decir, debe estar íntimamente relacionada con la

disposición que contenga la obligación que se alega violentada y que conlleva al cometimiento de una infracción de esta índole.

La separación de la exigencia de tipicidad proviene fundamentalmente del principio, propio del Estado de Derecho y recogido en el Principio de Seguridad Jurídica, el cual conlleva la certeza, con la consecuencia de que la definición normativa de los ilícitos administrativos debe reunir ciertas características de precisión que satisfagan esa demanda de certeza, para ser válida.

Por el contrario el abandono de esa certeza para incurrir en una indefinición insatisfactoria causante de inseguridad jurídica no es aplicable; es por ello que la operación de tipificación debe devenir de una ley formal, sin perjuicio de la legítima colaboración reglamentaria, y que aquella precise formalmente los supuestos correspondientes como “infracciones”, clasificando estas en leves, graves y muy graves, y su consecuente “sanción aplicable a las infracciones”.

En el caso de autos, se observa que la norma que se considera infringida, es la señalada en el Título I, “DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR”, en cuyo capítulo III regula lo relativo a la PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS Y SOCIALES, en el cual se enmarca el artículo 18 en comento denominado PRÁCTICAS ABUSIVAS, dispuesto como una norma de tipo prohibitivo, es decir que el incumplimiento genera una infracción, de la cual deviene la sanción legal correspondiente, dicha norma es prohibitiva para el proveedor, así: artículo 18 letra c) prescribe: “ (...) **Efectuar cobros indebidos, tales como cargos directos a cuenta de bienes o servicios que no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el consumidor. En ningún caso el silencio podrá ser interpretado por el proveedor como señal de aceptación del cargo de parte del consumidor (...)**” (Negrita suplida).

Dicha inobservancia, de conformidad con lo sostenido por la autoridad demandada, constituye una infracción muy grave, que según lo dispuesto en el artículo 44 de la LPC, son aquellas acciones u omisiones detalladas en dicha disposición, en la cual figura la señalada en el literal e) “(...) **Introducir cláusulas abusivas en los documentos contractuales o realizar prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores**” (Negrita suplida). ”

SUPUESTOS DE OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

“De las disposiciones en comento, se deduce que para que la conducta de la parte actora se adecúe a la señalada anteriormente por el legislador, es necesario que el proveedor haya efectuado un cobro y que este sea indebido, la ley señala entre estos, de una forma ilustrativa y no taxativa — ya que se entiende en la ley, en derecho comparado y en doctrina, que un agente económico realiza cobros indebidos cuando el proveedor cae en uno o más de los siguientes supuestos: **a)** cuando se cobra por medio de facturas o por cualquier otro medio con el mismo fin, servicios que no han sido efectivamente prestados; **b)** cuando se altera la estructura tarifaria sin que medie autorización del cobro por parte del consumidor; y **c)** cuando se efectúa un cobro sin el respaldo que lo legitime para realizarlo—, los que no hayan sido solicitados o no estén autorizados por el con-

sumidor, entendido desde luego que todo cargo de esta naturaleza ocasiona un perjuicio al consumidor, y es por ello que la ley lo cataloga como una especie de cláusula abusiva estipulada en cualquiera de los documentos contractuales que la misma establece. Asimismo bajo ningún aspecto, el silencio del consumidor debe ser tomado como signo de aceptación de dichos cargos. Es decir que la autonomía de la voluntad del consumidor en estos casos es determinante para estipular cuando un cobro tiene el carácter de indebido.

Según Guillermo Cabanellas, el concepto de indebido, deviene de lo que no es obligatorio, o inexigible, etc. Así señala, que tanto, es indebido lo que no se debe hacer por no ser Natural ni por Derecho Civil, lo que si bien se debe por este Derecho, no se debe por aquel otro, y lo que debido por el Natural, no se debe por el Civil (V. cobro de lo indebido...) (*Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV, Edit. Heliasta 28° edición, 2003, pág. 383*).

En el presente caso la autoridad demandada manifestó que en las resoluciones impugnadas se consideró que el hecho de atribuirle a la consumidora la calidad de deudora, específicamente por aparecer ésta reportada en la Central de Riesgo de la Superintendencia del Sistema Financiero con una deuda a favor de COMEDICA DE R.L., constituía una práctica abusiva.

Ahora bien, respecto al fundamento principal de su resolución en la cual la autoridad demandada impuso la multa a COMEDICA DE R.L., en relación a que la Asociación Cooperativa no tenía derecho de exigir el cumplimiento de los préstamos efectuados a la consumidora, dado que los mismos habían prescrito y por tanto constituían obligaciones naturales inexigibles de acuerdo al Código Civil”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 113-2011, fecha de la resolución: 29/04/2015.

PARA QUE HAYA SANCIÓN DEBE ESTAR EXPRESAMENTE CONTEMPLADA LA CONDUCTA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE

“Establecidas las posiciones jurídicas de las partes, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

Respecto de la infracción que se atribuye a la sociedad demandante, la Ley de Protección al Consumidor establece lo siguiente:

«Artículo 42.- Son infracciones leves, las acciones u omisiones siguientes:

e) *Cualquier infracción a la presente ley que no se encuentre tipificada como infracción grave o muy grave.»*

«Artículo 30.- *Cuando se tratare de promociones y ofertas especiales de bienes o servicios, los comerciantes estarán obligados a informar al consumidor las condiciones, el precio total o los elementos que lo hagan determinable, la duración de las mismas, por cualquier medio de publicidad o mediante avisos o carteles fijados en lugares visibles del establecimiento o etiquetas adheridas a los bienes.»*

Esta Sala ha sostenido que la potestad sancionadora encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del artículo 86 de la Constitución, que prescribe: «*El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes. Las atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas*».

Uno de los principios que enmarca el Derecho Administrativo Sancionador es el de Tipicidad. Esta exigencia se traduce en que la imposición de una sanción administrativa requiere la necesaria existencia de una norma previa en la que se describa de manera clara, precisa e inequívoca la conducta objeto de sanción.

En otras palabras, no podrá haber sanción si la conducta atribuida al sujeto no puede ser subsumida en la infracción contenida en la norma.

En aplicación del principio de Tipicidad se ejercita la adecuación de las circunstancias objetivas y personales de la ilicitud y de la imputabilidad, rechazando cualquier interpretación extensiva, analógica o inductiva.

En tal sentido, la imposición de sanciones requiere una debida aplicación de las normas pertinentes que exige certeza respecto de los hechos sancionados. Esta certeza deberá comprobarla suficientemente el órgano sancionador con los medios probatorios que resulten conducentes, pertinentes y útiles para tal fin”.

DECLARADA INCONSTITUCIONAL LA NORMA CON LA QUE SE SANCIONA, SE INCUMPLE EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

“En cuanto a la infracción establecida en el artículo 42 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia emitió la sentencia de inconstitucionalidad de las trece horas con cincuenta y tres minutos del veinticuatro de agosto de dos mil quince, en los procesos acumulados con números de referencia 53-2013, 54-2013, 55-2013 y 60-2013, en la que dicha Sala, entre otros, falló: «*Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el artículo 42 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo n° 776, de 18-VIII-2005, publicado en el Diario Oficial n° 166, Tomo n° 368, del 8-IX-2005), porque el utilizar una fórmula de tipificación aparente y residual de las infracciones leves, en realidad no describe ninguna conducta de la que deban abstenerse sus destinatarios, sino que la materia de prohibición se determinaría hasta el momento de aplicación de la norma, con lo cual el legislador incumple el mandato de tipificación, certeza o taxatividad derivado del principio de legalidad y de esa manera contradice el art. 15 Cn.*»

VIII. De lo expuesto se concluye que, al haber sido expulsado del ordenamiento jurídico el artículo 42 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, el cual constituyó la base para la determinación de la multa impuesta por la autoridad demandada a TELEFÓNICA MÓVILES EL SALVADOR, S.A. DE C.V. y TELESAL, S.A. DE C.V., mediante la resolución de las ocho horas cincuenta y tres minutos del cinco de julio de dos mil diez; resulta ilegal el acto antes menciona , pues carece de base legal; e igual efecto se produce respecto de la

resolución que confirmó el mismo (resolución de las ocho dieciocho de octubre de dos mil diez)”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 488-2010, fecha de la resolución: 09/12/2015.

LEY DEL RÉGIMEN ADUANERO DE TIENDAS LIBRES

RECINTOS FISCALES

“El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Comisión Ejecutiva Portuaria hace referencia a los lugares que se consideran Recinto Fiscal —el cual refiere al lugar habilitado por la ley (sitio, almacén o depósito), para el manejo, custodia, depósito, y despacho de mercancías que están bajo control o potestad aduanera; y potestad aduanera al conjunto de normas o facultades que tiene la Dirección General de Aduanas para hacer cumplir las leyes y sancionar a aquellos que la infringen—: “(...) puertos aéreos, las pistas de aterrizaje y rodaje, edificio terminal de pasajeros y de carga, almacenes, bodegas, oficinas, hangares, talleres, patios (...)”. Asimismo, prescribe que los “Recintos Fiscales” del Aeropuerto Internacional de El Salvador y de los Puertos Marítimos, “(...) gozan de extraterritorialidad aduanera respecto a los bienes que en ellos permanezca o ingresen, así como los servicios que en los mismos se presten, incluyendo aquellos destinados a la operación del transporte aéreo y marítimo internacional o a su desarrollo, tales como el mantenimiento de naves y aeronaves y de equipos de apoyo terrestre, de navegación y adiestramiento. Igual tratamiento se dará a los almacenes y patios habilitados para la custodia y almacenamientos de carga, que constituyen depósitos temporales, en los cuales pueden permanecer las mercancías en espera de ser sometidas a cualquier régimen u operación aduanera”.

De tal manera que la extraterritorialidad a que hace referencia el Art. 3 inciso 2° de la ley antes mencionada, es una ficción que no es aplicable al caso que nos ocupa, en razón que estamos en presencia de actividades comerciales realizadas por los propietarios amparados al Régimen Aduanero de Tiendas Libres”.

ÁMBITO DE LA APLICACIÓN

“En ese orden de ideas, este Tribunal, procederá a analizar lo relacionado al Régimen Aduanero de Tiendas Libres.

El artículo 3 de la Ley del Régimen Aduanero de Tiendas Libres (LRATL) aplicable al caso, en el inciso segundo, establece: “(...) Al amparo del precitado régimen podrán introducir mercancías con liberación del pago de Derechos Arancelarios a la Importación, Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y demás impuestos aplicables generados por la importación, para destinarlas exclusivamente a la venta de viajeros que salgan o entren al país por vía aérea confirme los requisitos que al efecto establece la Ley de Equipajes de Viajeros Procedentes del Exterior (...)”

De conformidad con esta disposición, para que la mercadería introducida en los establecimientos autorizados bajo el régimen aduanero de tienda libre goce de la liberación de pagos, ésta debe ser destinada para la venta a viajeros ya sea que salgan o entren al país, vía aérea.

El beneficio que gozan las mercancías cuando éstas son importadas y adquiridas por los titulares de las tiendas libres, que luego serán destinadas para la actividad comercial de los pasajeros que transitan al aeropuerto que se comenta, es para aquella etapa económica anterior a la discutida en el presente proceso, y no para la venta que la tienda libre realiza a los viajeros.

El ámbito de la aplicación de la LRATL, es al momento de la importación del inventario o mercadería. Una vez éstos se encuentran en el territorio nacional, se va a regir por la demás legislación vigente, en concreto, cuando se realicen las ventas de bienes muebles corporales, por la Ley del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios (Ley IVA)”.

TRANSFERENCIA DE LAS MERCANCÍAS REALIZADA A VIAJEROS QUE SALEN DEL PAÍS SE DEBE GRAVAR CON LA TASA DEL CERO POR CIENTO, POR EL CONTRARIO, CUANDO SE TRANSFIERE A VIAJEROS QUE INGRESAN AL PAÍS, LA VENTA DEBE SER GRAVADA CON LA TASA DEL TRECE POR CIENTO

“Es así que, la transferencia de los bienes muebles corporales se verificará si se cumplen los presupuestos de los hechos generadores que contempla la Ley IVA. En este caso, la sociedad actora efectuó ventas de bienes muebles corporales a viajeros que entran y salen del país y, como se ha explicado, no le es aplicable —en esta etapa económica de venta a viajeros— la exención pretendida, correspondiente a la etapa económica de la importación de los insumos, que posteriormente, servirán para la venta de bienes muebles corporales a los viajeros, conforme al artículo 3 de la LRATL.

De ahí que, la venta de bienes a viajeros que salen del territorio nacional, son bienes cuyo uso o consumo va a suceder en el exterior, pues éstos, abandonan el territorio nacional y, de acuerdo con el artículo 74 de la Ley IVA, es una exportación del bien que se debe gravar con una alícuota del cero por ciento —artículo 75 de la Ley IVA—.

Por el contrario, tratándose de la venta de mercadería a viajeros que ingresan al país, tal mercadería objeto de esa operación está en el territorio nacional y se destinará al uso y consumo en el mismo. Es entonces una venta local que se debe gravar con la alícuota del trece por ciento —artículo 54 de la Ley IVA—.

En conclusión, hay dos etapas subsecuentes para que se realice la transferencia de la mercadería que deben distinguirse: una, cuando es importada por la tienda libre —que goza del beneficio fiscal descrito—, y otra, cuando la mercancía es vendida a los viajeros. De tal forma que la transferencia de las mercancías realizada a viajeros que salen del país se debe gravar con la tasa del cero por ciento y, por el contrario, cuando se transfiere a los que ingresan al país, la venta debe ser gravada con la tasa del trece por ciento”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 26-2011, fecha de la resolución: 09/12/2015.

LICITACIÓN PÚBLICA

CONTENIDO DE LAS BASES DE LICITACIÓN Y SU VINCULACIÓN PRECEPTIVA PARA LOS OFERTANTES

“Por su parte, el artículo 43 inciso primero de la LACAP dispone:

“Previo a toda licitación o todo concurso, deberán elaborarse las bases correspondientes, las cuales sin perjuicio de la Leyes o Reglamentos aplicables, constituyen el instrumento particular que regulará a la contratación específica. Las bases deberán de redactarse en forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan en detalle el objeto de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos y armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones” (el subrayado es propio).

En cuanto a las Bases de Licitación, debe tenerse en cuenta que la cláusula 8.1.1.1 “*Documentos legales*” y 8.1.2 “*Documentos Administrativos y Financieros del Licitante de las Bases de Licitación* (ver folio 84 del expediente administrativo) detallaban la documentación que obligatoriamente debía anexarse a la oferta obligada a presentar, bajo las condiciones y formalidades ahí establecidas.

Así, para la autoridad demanda establecían la obligación de prevenir omisiones en las ofertas presentadas, en la cláusula 17.1: “(...) *Asimismo, la Comisión de Evaluación podrá requerir la subsanación de: 8.1.1 Sobre No. 1 (sic) Documentos Legales y Administrativos Financieros, salvo la Garantía de Mantenimiento de Oferta*”. Debe aclararse que de conformidad con la cláusula transcrita constituyen documentos subsanables *todos* los incluidos en el “*sobre número uno*” que debía ser anexado a la oferta; es decir, tanto los *Documentos Legales* descritos en el apartado 8.1.1.1, como los *Documentos Administrativos y Financieros del Licitante* descritos en el apartado 8.1.2.. Entre estos últimos, los Estados Financieros del año dos mil siete (incluido el Estado de Resultados, ver folio 84 del expediente administrativo). La única excepción o documento no subsanable del *sobre número uno*, por expresa indicación de la cláusula 17.1, era la garantía de mantenimiento de oferta (folio 70 del expediente administrativo)”.

CONTIENE PRINCIPIOS RECTORES QUE DETERMINAN EL CUMPLIMIENTO EFICAZ Y ADECUADO DEL PROCEDIMIENTO

“En esta segunda etapa (folio 12205 del expediente administrativo), tal como se indica en el informe de evaluación, se verificaría la capacidad financiera de los ofertantes. El porcentaje o puntaje mínimo requerido en esta etapa para pasar a la “Evaluación detallada de las especificaciones técnicas” de la sección II, debía ser del 7% del 10% máximo posible.

Según el informe de evaluación de la licitación, la demandante, señora Marta Elena Girón López de Cortez, no alcanzó el puntaje mínimo requerido para pasar a la siguiente etapa de evaluación (folio 12203 del expediente administrativo).

Específicamente, la oferta de dicha señora obtuvo un puntaje del 0% en los índices de solvencia, endeudamiento y rentabilidad (folio 12204 del expediente

administrativo), justificando este informe que tal decisión se debía a que: “No presenta estados resultados (sic) para el año 2007 por lo que no se pudo evaluar el índice de rentabilidad”.

En estos términos, la oferta de la demandante fue inmediatamente descalificada sin pasar a las siguientes etapas de evaluación (de las especificaciones técnicas de los servicios requeridos y la económica). Y, debido a que el otro ofertante para los ítems nueve y veinticinco de la licitación, el señor Daniel Antonio M.M., alcanzó satisfactoriamente la etapa final de la evaluación económica, según lo decidió el Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial (CD-ISBM) —esta situación consta en el punto cuatro del acta número veinticinco de la sesión ordinaria celebrada el dos de diciembre de dos mil ocho—, se decidió adjudicar los ítems nueve y veinticinco al referido señor (folio 12244 del expediente administrativo).

VI. Para analizar la situación planteada en la demanda, debe tenerse en cuenta en primer lugar, que 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 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 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 persigue.

Importa destacar que, en el presente caso, la potestad establecida en la cláusula 17.1 de las Bases de Licitación fue ejercida por la Administración Pública respecto de la oferta de la demandante. Así, a folio 11806 del expediente administrativo, obra la nota dirigida a la señora Marta Elena G. de C. solicitándole la documentación legal y la administrativa financiera omitida por aquélla, *menos el Estado de Resultados del año dos mil siete*.

Es preciso entonces considerar, que en el caso analizado, la Administración incurrió en una omisión al momento de hacer los respectivos requerimientos: Según el cuadro de evaluación de ofertas (folio 12016 del expediente administrativo), previo a la nota de prevención de folio 11086, la Administración había identificado la carencia del Estado de Resultados de año dos mil siete en el legajo presentado por la demandante, pero no lo incluyó en la respectiva prevención, por lo que pasó la oferta de la demandante a la etapa II de evaluación, como si al verificar la documentación presentada, esta estuviera completa.

La omisión en que incurrió la Administración Pública al hacer solo una prevención parcial a la demandante, pudo conducir a la administrada a un error: entender que solo faltaba la documentación respecto de la que le hizo la prevención.

No obstante, corresponde ahora verificar si la omisión de referencia y la falta de valoración de los Estados de Resultados pudo haber tenido como consecuencia, impedir que la actora fuera la adjudicataria”.

LA FALTA DE PREVENCIÓN DE UN DOCUMENTO QUE ESTABA ESTIPULADO EN LAS BASES DE LICITACIÓN NO ES RESPONSABILIDAD DE LA AUTORIDAD DEMANDADA

“Como se ha expresado, las Bases de Licitación establecen, entre otros, los requisitos formales para la admisión de los participantes. En este sentido, la señora

Girón de Cortez estaba obligada a presentar la documentación que le fue exigida, bajo las condiciones y formalidades establecidas en las respectivas Bases de Licitación, es decir, tanto los *Documentos Legales* descritos en el apartado 8.1.1.1, como los *Documentos Administrativos y Financieros del Licitante* descritos en el apartado 8.1.2. Entre estos últimos, los Estados Financieros del año dos mil siete (incluido el Estado de Resultados, ver folio 84 del expediente administrativo).

En relación con este punto es pertinente referirse al artículo 52 inciso tercero de la LACAP, el cual establece que *“Será de exclusiva responsabilidad del oferente, que las ofertas sean recibidas en tiempo y forma, de conformidad con lo establecido en las bases de licitación o de concurso”*.

En el caso concreto, el documento que determinó la descalificación de la oferta de la señora Marta Elena G. de C., no estaba sujeto únicamente a la responsabilidad que pueda corresponder a la autoridad demandada de prevenir sobre la omisión de aquellos documentos considerados subsanables, sino de la mencionada señora G. de C., quien debía presentar su oferta, cumpliendo con los requisitos exigidos para tal efecto, en las Bases de Licitación”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 82-2009, fecha de la resolución: 30/10/2015.

MARCAS

DEFINICIÓN Y OBJETO

“El artículo 2 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos menciona que marca es cualquier signo o combinación de signos que permita distinguir los bienes o servicios de una persona de los de otra, por considerarse éstos suficientemente distintivos o susceptibles de identificar los bienes o servicios a los que se apliquen frente a los de su misma especie o clase.

En tal sentido, es elemento esencial de una marca la distintividad; es decir, la capacidad del signo o signos para distinguir un producto o servicio de otro idéntico, similar o diferente, según se trate, aludiendo a las características intrínsecas o extrínsecas de estos. De esta manera, el objeto primordial de una marca y su registro es la plena y real distinción entre productos y servicios de diferentes sujetos.

Con el fin de mantener un nivel de control con respecto a la distinción de las marcas inscritas y las sujetas a inscripción, el legislador estableció, por medio del artículo 14 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos, un procedimiento para verificar si una marca a registrar incurre en alguna de las prohibiciones de los artículos 8 y 9 de la citada ley. Tales disposiciones regulan las marcas inadmisibles por razones intrínsecas y las marcas inadmisibles por derechos de terceros. Con el examen en referencia se pretende que la entidad que califica el signo o los signos presentados verifique, de acuerdo con las prohibiciones legales, si es viable o no el registro de una marca, tomando en cuenta la totalidad de marcas que al momento de la presentación existen o se encuentren en proceso de inscripción.

No obstante, la calificación realizada por la Administración no es definitiva, pues no impide, de acuerdo con el artículo 16 de la misma ley, la oposición contra la marca en proceso de registro por un tercero (como sucedió en el presente caso), alegando cualquiera de las prohibiciones enmarcadas en los mencionados artículos.

La premisa principal de la que parten las letras a), b), d), e) y f) del artículo 9 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos es la semejanza, similitud e imitación. Dichos verbos rectores son conceptos jurídicos indeterminados y se refieren a esferas de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados, situación que por su naturaleza no admite una determinación rigurosa, pero que, presentada en los casos concretos, debe ser analizada.

En virtud de lo anterior, la marca se define como aquel signo que distingue un producto de otro o un servicio de otro. Las funciones que la misma tiene están relacionadas con la aptitud para identificar y distinguir productos o servicios producidos o comercializados por una sociedad de otros idénticos o similares, a fin de que el consumidor o usuario los identifique, valore, diferencie y seleccione, sin riesgo de confusión o error acerca del origen y la calidad de la mercancía. La determinación de cuándo existe semejanza entre una marca y otra admite una única solución justa, cuya potestad la ley otorga a la Administración, que es judicialmente revisable.

El ejercicio de tal potestad supone para la Administración una labor cognoscitiva e interpretativa de la ley en su aplicación al caso concreto, a fin de determinar si el último reducto del concepto «semejanza» tiene aplicación en el supuesto que se le presenta”.

SIGNOS DISTINTIVOS NOTORIAMENTE CONOCIDOS

“La protección regulada para las marcas o signos se refuerza cuando existe una categoría de signos que, debido a su éxito, logran un amplio conocimiento tanto del consumidor como de los sujetos distribuidores del mismo. Así, el artículo 2 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos determina la existencia de signos distintivos, signos distintivos notoriamente conocidos y signos distintivos famosos.

Signo distintivo: Cualquier signo que constituya una marca, una expresión o señal de publicidad comercial, un nombre comercial, un emblema o una denominación de origen.

Signo distintivo notoriamente conocido: Un signo distintivo conocido por el sector idóneo del público, o en los círculos empresariales afines al mismo, como perteneciente a un tercero, que ha adquirido dicha calidad por su uso en el país o como consecuencia de la promoción del mismo.

Signo distintivo famoso: Aquel signo distintivo que es conocido por el público en general, en el país o fuera de él.

Acorde con el caso, la notoriedad es un grado superior al que llegan pocas marcas. Es una aspiración que los titulares marcarios siempre tienen. El lograr esa condición implica un nivel de aceptación por parte del público que sólo es consecuencia del éxito que ha tenido el producto o servicio que las marcas distinguen. En tal sentido, no se podrá concluir que una marca o signo nace con tal condición.

La determinación del sector idóneo del público consumidor de una marca notoria es importante por cuanto permite conocer si una marca es en realidad conocida por el tipo de consumidor al que va dirigido el producto”.

CRITERIOS PARA DETERMINAR LA NOTORIEDAD DE UNA MARCA

“Doctrinariamente, se verifican los criterios para la determinación de la notoriedad de una marca: *i)* el grado de conocimiento o reconocimiento de la marca en el sector pertinente del público; *ii)* la duración, la magnitud y el alcance geográfico de cualquier utilización de la marca —principio de territorialidad—; *iii)* la duración, la magnitud y el alcance geográfico de cualquier promoción de la marca, incluyendo la publicidad o la propaganda y la presentación, en ferias o exposiciones, de los productos o servicios a los que se aplique la marca —principio de territorialidad—; *iv)* la duración y el alcance geográfico de cualquier registro, o cualquier solicitud de registro, de la marca, en la medida en que reflejen la utilización o el reconocimiento de la marca; *v)* la constancia del satisfactorio ejercicio de los derechos sobre la marca, en particular, la medida en que la marca haya sido declarada como notoriamente conocida por las autoridades competentes; *vi)* el valor asociado a la marca; y, *vii)* el volumen de ventas o cuota de mercado.

Para adquirir la calidad de notoriedad se debe probar tal condición para que la protección reforzada de la que gozan surta plenos efectos. En tal sentido, la carga de demostrar dicha calificación es de quien la alega. En nuestra legislación no se regula procedimiento alguno para declarar la notoriedad de una marca o signo, por lo que tal condición debe ser demostrada por medio del procedimiento de oposición de un signo o marca, en el cual se demuestre la notoriedad por medio de los parámetros antes establecidos.

La letra d) del artículo 9 de la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos establece la protección respecto de las marcas notoriamente conocidas. «No podrá ser registrado ni usado como marca o como elemento de ella, un signo cuando ello afecte a algún derecho de tercero, en los siguientes casos: d) Si el signo constituyera una reproducción, imitación, traducción o transcripción, total o parcial, de un signo distintivo notoriamente conocido, perteneciente a un tercero, cuando su uso fuera susceptible de causar confusión o un riesgo de asociación con ese tercero o un aprovechamiento injusto de la notoriedad del signo, con

relación a cualquier producto o servicio aunque no sea idéntico o similar a aquellos identificados por el signo distintivo notoriamente conocido, siempre y cuando exista una conexión entre dichos bienes y servicios»”.

LA MARCA NO GOZA DE LA PROTECCIÓN ESPECIAL, DADO QUE NO SE COMPROBÓ LA NOTORIEDAD EN EL SALVADOR

“En el presente caso, la oposición interpuesta por PEPE (UK) LIMITED argumentó que la marca PEPE es una marca famosa, es decir, un signo distintivo que es conocido por el público en general, en el país o fuera de él. Bajo esa línea, el registrador calificó a PEPE como una marca notoria y no famosa, calificación que a su vez merece una calidad superior de protección frente a la inscripción de una marca que ampare los mismos productos que la marca notoria.

El Registrador de la Propiedad Industrial denotó la cualidad de notoria de la marca PEPE JEANS basándose en la documentación agregada por la sociedad opositora, la cual consistía en fotocopias de impresión de la página web [http://www.pepejeans.com/aw05 site/spanish/spanish.html](http://www.pepejeans.com/aw05_site/spanish/spanish.html), fotocopias ilegibles y simples de facturas de importación de productos PEPE por parte de una sociedad salvadoreña, detalles de inscripción en otros países de la marca PEPE JEANS LONDON y PEPE JEANS y, finalmente, una fotocopia simple de un reportaje plasmado el veintisiete de diciembre de dos mil cinco en la página (web <http://www.el-mundo-es/magazine/m12/textos/bolsas1.html>).

La notoriedad interpretada por las autoridades demandadas no se apegó al principio territorial del cual gozan las marcas notoriamente conocidas, debido a que la documentación con la cual se pretende demostrar la notoriedad de la marca PEPE no se circunscribe toda a nuestro país, folios 24 al 61 del expediente administrativo que tramitó el Registro demandado. Además, las fotocopias de las facturas presentadas son ilegibles y no acreditan la eficaz importación del producto con la marca PEPE. En tal sentido, con dicha documentación no se puede colegir que la marca opositora goza de la calidad de notoriamente conocida en El Salvador, ni mucho menos famosa, como lo argumentó PEPE (UK) LIMITED.

Es de notar la importancia de internet como un medio de comunicación y difusión, el cual es una herramienta que agiliza el conocimiento, para el presente caso, de una marca o un distintivo. Con ello, se reconoce que la información de la web es un elemento práctico y óptimo para la comprobación de hechos, registros e incluso la difusión de noticias, eventos y publicidad. Siendo actualmente un canal de comunicación esencial en cualquier parte del mundo. En tal sentido, por medio de dicha herramienta se puede constatar, en el caso de autos, la notoriedad de la marca opositora —PEPE—; sin embargo, la simple enunciación de la investigación por internet no puede ser considerada objetivamente útil para comprobar dicha situación. Siendo necesario que se relacione la fuente de la cual se coligió lo anterior, es decir, las páginas web utilizadas, la verificación de certificados de las mismas, para denotar la veracidad de lo utilizado.

En el presente caso, la Dirección demandada, de acuerdo con la documentación agregada por la sociedad opositora y una investigación personal por internet, dedujo la notoriedad de la marca PEPE. No obstante, faltó establecer,

con la mención de las páginas web investigadas y la procedencia de las mismas, la notoriedad de la marca; en tal sentido, dicha investigación no puede ser considerada como insumo para la obtención de la cualidad pretendida por PEPE (UK) LIMITED. Siendo que no se comprobó la notoriedad en El Salvador de la marca PEPE, por ende, no goza de la protección especial de una marca notoriamente conocida”.

ANÁLISIS DE SEMEJANZA GRÁFICA, FONÉTICA E IDEOLÓGICA.

“La doctrina sobre la apreciación de la semejanza proporciona principios o reglas para realizar tal comparación, tales como: a) la semejanza hay que apreciarla considerando la marca en su conjunto; b) la imitación debe apreciarse por imposición, es decir, viendo alternativamente las marcas y no comparándolas una al lado de la otra; y, c) debe, además, apreciarse suponiendo que la confusión puede sufrirla una persona medianamente inteligente, o sea el comprador medio, y que preste la atención común y ordinaria.

Acorde con estas reglas, de particular importancia en el caso que se analiza, se afirma que para calificar la semejanza debe tenerse en cuenta que la marca, como un todo, la imprime en la mente del consumidor; y para decidir si dos marcas pueden ser confundidas, es preciso juzgar ante todo la impresión de conjunto que los distintivos comerciales dejan después de una revisión superficial. Es así que, en términos generales, la marca debe apreciarse sin particularizar en las diferencias que pudieran ofrecer sus distintivos, aspectos o detalles considerados de manera aislada o separada, sino atendiendo a la semejanza que resulte de su examen global, para determinar los elementos primordiales que le dan su propio carácter distintivo.

Con la finalidad de determinar si dos marcas son semejantes entre sí, es necesario realizar un análisis comparativo en los aspectos gráfico, fonético e ideológico. Con estos antecedentes, a efecto de controlar la legalidad de las resoluciones impugnadas, esta Sala realizará un examen de ambas marcas, bajo los parámetros establecidos en la ley, y podrá, de esa forma, fijar la existencia o no de la semejanza entre las marcas P PEPE JEANS BASELIN y diseño y PEPE, y verificar si los productos que amparan ambas marcas son iguales.

Previo a la realización de los análisis respectivos es necesario aclarar que la palabra JEANS indica la naturaleza del producto, en tal sentido, no puede ser considerado exclusivo de la marca PEPE JEANS y, por ende, el análisis deberá circunscribirse a las semejanzas entre las marcas P PEPE JEANS BASELIN y diseño y PEPE.

Análisis Gráfico

El doctrinario argentino Jorge Otamendi, en su obra Derecho de Marcas, asevera que: «la confusión visual o gráfica es la confusión causada por la identidad o similitud de los signos, sean éstos palabras, frases, dibujos, etiquetas o cualquier otro, por su simple observación (...) la confusión visual puede ser causada por semejanzas ortográficas o gráficas». Derecho de Marcas, Abeledo Perrot, 3a edición, Buenos Aires, 1999, pág. 173-174.

La similitud visual ortográfica se presenta cuando coinciden las letras en los nombres comerciales en confrontación, influye la secuencia de vocales, la longitud y cantidad de sílabas, las radicales o terminaciones comunes. Debe decirse que la apreciación de una marca, como un todo, significa que la persona que la aprecia debe imponerse de ella al verla junto a otras marcas, sin compararlas, y sin particularizar las diferencias que entre ellas existan, de manera que la impresión de conjunto que queda en su mente sea determinante para no confundirla con otra.

Para el caso, las marcas a cotejar son: a) P PEPE JEANS BASELIN y diseño, y b) PEPE. Según se aprecia, las dos coinciden en la palabra PEPE, pero se encuentran escritos de forma diferente, los colores y la forma que presentan son evidentemente distintos, aunado que la marca P PEPE JEANS BASELIN y diseño tiene una presentación mixta. Consecuentemente, de la apreciación de ambas marcas, el impacto que producen, de conformidad a sus aspectos gráficos y decorativos, es suficientemente distintivo para evitar la confusión en el consumidor medio. En el mismo orden de ideas, la doctrina expone que no debe juzgarse la posibilidad de confusión con referencia a la figura en sí misma, prescindiendo de la forma en que está representada; así, una figura puede coincidir con otra, pero debe apreciarse si concurren especiales características que excluyan una posible confusión. Por simple inspección se puede concluir que, bajo el análisis gráfico efectuado, ambas marcas se diferencian.

Análisis Fonético

La confusión fonética o auditiva se produce cuando la pronunciación de las palabras que conforman la marca o distintivo tiene una fonética similar. Las marcas en cuestión poseen una palabra común. Pero tienen una pronunciación y vocalización diferente P PEPE JEANS BASELIN y PEPE. En atención a lo anterior, debe concluirse que existe una diferencia fonética necesaria entre ambas marcas comerciales que no genera confusión auditiva.

Análisis Ideológico

La confusión de naturaleza ideológica o conceptual es la que deviene del parecido contenido conceptual de las marcas o distintivos, al respecto Jorge Otamendi señala lo siguiente: «Es la representación o evocación a una misma cosa, característica o idea que impide al consumidor distinguir una de otra». En el presente caso, ambas marcas amparan productos de la misma naturaleza, sin embargo no evocan una idea o característica especial, por lo que no es posible efectuar el análisis ideológico de las mismas y, por ende, plasmar la similitud ideológica entre las marcas cotejadas.

Es así que en términos generales la marca P PEPE JEANS BASELIN y diseño debe apreciarse sin particularizar en las diferencias que pudieran ofrecer sus distintivos, aspectos o detalles considerados de manera aislada o separada, sino atendiendo a la semejanza que resulte de su examen global, para determinar los elementos primordiales que le dan su propio carácter distintivo. En conclusión, no existe semejanza que induzca al error al público consumidor medio respecto de las marcas PEPE y P PEPE JEANS BASELIN y diseño”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 318-2008, fecha de la resolución: 31/08/2015.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

“El principal argumento de ilegalidad de Ambrosoli es la transgresión del principio de legalidad, en cuanto la Registradora ha ignorado lo previsto en los artículos 7 y 10 literales i), o), y p) del Convenio Centroamericano, pues no realizó una evaluación adecuada al momento de admitir el registro de la marca; en segundo lugar, la Registradora contravino nuevamente la norma en el análisis de similitud entre las marcas, ya que en caso de haber seguido lo previsto en el artículo 10 de la norma en comento, la autoridad nunca hubiese inscrito la marca denominativa *Mentita*, propiedad de López Magaña, ya que en los artículos 7 y 10 literal i) del Convenio Centroamericano se establece que no podrán ser registradas marcas que no sean distintivas, más aún, alega que es el diminutivo de una palabra genérica *menta*. Por otro lado, en caso la marca pasara el filtro expuesto, a la hora de realizar el examen confusionista conforme el artículo 10 literales o) y p) del referido convenio, éste hubiese arrojado extrema la similitud con su marca *Mentitas Ambrosoli* y diseño, por ende, el registro hubiese sido inadmisibles por violar derechos de Ambrosoli.

Continúa el actor, exponiendo que es incongruente el fallo de la Registradora ya que por un lado aseguró que la palabra *MENTITAS* era irregistrable, por tanto el cotejo se realizó entre Ambrosoli y *Mentita*, y concluyó que ambas marcas son diferentes, procedió al registro de *MENTITA*. En esta línea el actor alega la incoherencia en el análisis, ya que por un lado no utiliza la palabra *mentitas* para hacer el cotejo de marcas, ya que ésta es irregistrable, no obstante concluye que *mentita* sí es registrable.

A razón del presente contexto, esta Sala iniciará el examen del caso, a partir de: (i) análisis de la función de las marcas, elementos y clasificaciones relevantes al caso; y (ii) estudio sobre el uso común de la palabra *menta*, y sus diminutivos y plurales a fin de determinar si las palabras *mentitas* y *mentita* son susceptibles de protección”.

EL DERECHO MARCARIO PROTEGE AL CONSUMIDOR SOBRE SU DERECHO DE ELECCIÓN BASADO EN REPUTACIÓN, CALIDAD, PRESTIGIO, CONFIABILIDAD Y OTROS ATRIBUTOS DE LOS PRODUCTOS

“La palabra *marca*, indefectiblemente nos evoca *distintividad*, y tiene razón de serlo ya que las marcas, buscan distinguir unos productos de otros en el mismo mercado, con el objeto de diferenciarlos para que el consumidor pueda elegir con confianza el producto que más satisfaga sus necesidades. Es claro que el motor central de la protección marcada es ayudar a la información asimétrica que tiene el consumidor al momento de elegir sus productos, el crecimiento económico, y el desarrollo de marcas, para que los comerciantes puedan competir en el mercado ofreciendo mejores productos de calidad al mercado meta. Esta Sala es conocedora que las marcas son indispensables para los consumidores, puesto que una marca envuelve nociones sobre la reputación, calidad, prestigio, confiabilidad, y otros atributos de la misma; que en última instancia ayudan a los consumidores a ejercer su derecho de elección en el proceso de selección

entre diferentes marcas, sobre todo para productos que por su naturaleza son sustitutos.

Como contra cara para los comerciantes, las marcas son el medio por el cual desarrollan su reputación e imagen en el mercado, al grado de ser consideradas uno de los activos intangibles más valiosos que una compañía pueda tener, en vista que crean una ventaja competitiva frente a otras marcas de igual o diferente calidad.

Esta Sala advierte, que es de suma importancia la labor que ejerce la autoridad al momento de analizar la función distintiva de las marcas y así determinar si acepta el registro de una marca, bajo la calificación de si es similar o no a otra; pues su decisión tiene una relevancia económica que afecta al mercado salvadoreño e internacional, tanto para el consumidor —con el objeto último de prevenir que en éste se cree confusión y que pague por un bien que no era el que deseaba—, así como para el comerciante —con el fundamento de evitar que un competidor tome inapropiadamente ventaja de la marca de otro comerciante—, sin perder de vista al mismo tiempo, que debe proteger un equilibrio para promover una libre competencia de mercado.

Sin embargo, el examen de semejanzas es relevante y apropiado, cuando las marcas en contienda son fuertes, o gozan de ese elemento deseado en el derecho marcario de distintividad; ya que es impensable que el registro ceda exclusividad a nombres genéricos; porque en caso de hacerlo, se estaría incentivando justamente lo contrario que el derecho marcado protege, que es la diferenciación de una marca, versus todas las demás.

En esta misma línea, la inscripción de una marca puede rechazarse cuando las mismas estén desprovistas de *todo* carácter distintivo, o bien estén formadas *exclusivamente* por indicaciones que sirvan en la usanza comercial para designar la especie del producto que se pretende amparar o el destino de los productos.

En este sentido, el Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer circuito de México, aseguró: *«No se podría otorgar el registro como marca a un productor, de una denominación que en sí misma pudiera servir para calificar los productos de todos los competidores, pues no se podría privar a éstos del derecho de usar esa expresión en sus etiquetas para evitar el peligro de incurrir en imitación de marca. Pero cuando la denominación o expresión, siendo sugestiva de alguna calidad del producto, tiene características propias e individuales que permitan diferenciar el producto, sin que esa expresión peculiar impida a los competidores usar la denominación o expresión genérica en sus etiquetas, entonces sí es susceptible de registro. Por ejemplo, en el caso, la marca “komodo” no sería susceptible de registro como marca para zapatos, porque cualquier fabricante tiene derecho a decir, en sus etiquetas, que los zapatos que él produce son cómodos, y la expresión “komodo”, que no por su ortografía caprichosa se diferencia sustancialmente de la expresión “cómodo”, no es susceptible de apropiación individual por un fabricante. Pero la expresión “komodini”, en cambio, aunque es sugestiva de comodidad, no está totalmente desprovista de carácter distintivo, ni es sustancialmente idéntica a la expresión “cómodo”, y su registro no impedirá que los competidores puedan usar en sus etiquetas y publicidad,*

la denominación “cómodo” para sus productos. En consecuencia, esa expresión “komodini” sí es susceptible de registro como marca» [Apéndice 1917-1995, Tomo III, Segunda Parte, página 511, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 696. México].

De lo acotado, se desprende que la prohibición a la protección de una marca, se fundamenta en que las denominaciones de uso común, o descriptivas, no pueden ser apropiables como *marca* por un productor, con el objeto de monopolizar su uso, cuando las mismas describen o pretenden describir la naturaleza o calidad de su producto. La excepción a esta prohibición será siempre que no se le agregue una indicación o característica especial que le aporte *distinción* a la luz de los demás productos de naturaleza análoga”.

CLASIFICACIÓN DE MARCAS DÉBILES Y FUERTES

“Como ya se ha explicado en el punto anterior, el elemento *sine qua non* de la protección marcaria, es la distintividad frente a otras, ya que si entre marcas de productos sustitutos no existe ese elemento diferenciador, se vuelve dificultoso para el consumidor individualizar cuál productor ofrece el bien que satisface mejor sus gustos y necesidades. En esta línea, es responsabilidad del productor crear una marca distinta de las demás, que genere reconocimiento en el mercado objeto, con el fin de crear una reputación e imagen que lo haga incomparable frente a otros bienes de la misma categoría (primordialmente).

Las marcas son una guía indispensable en el consumidor para reconocer el producto que busca en el mercado, y así discriminar el bien que prefiere frente a otros productos sustitutos de la misma categoría, es por esta razón que se considera que el buen desarrollo de una marca es un activo invaluable en una compañía.

Es así, como la Administración Pública tiene una gran influencia a la hora de permitir que coexistan diferentes marcas que protegen bienes sustitutos; buscando lograr un balance saludable entre una enérgica competencia (al permitir una amplia gama de marcas para el mismo bien), para promover la variedad entre los productos que los consumidores pueden elegir, versus la protección al productor y sobre todo, la protección a su ingenio y creatividad a la hora de posicionar su marca, frente a todos los demás terceros que quieren lucrarse de su buen nombre.

Bajo esta lógica, surge una clasificación que corresponde al nivel o grado de creatividad que ostenta una marca, separándolas en débiles y fuertes.

- a) Las marcas fuertes; son aquellas marcas que cuanto mayor sea la capacidad distintiva y diferenciadora, mayor será su fortaleza, es decir, cuanto mayor sea el grado de fantasía de la marca mayor será su grado de exclusividad. Situación que favorecerá su protección legal; y,
- b) Las marcas débiles; en contraposición se determinan como aquellas marcas que poseen signos con menor capacidad distintiva por lo que pueden convertirse en signos débiles, a este tipo de categoría pertenecen las marcas evocativas y descriptivas del producto o servicio que representa respecto de ellas. Su protección legal no es sencilla, ya que no se podrá evitar que

los competidores registren o usen marcas similares. También se consideran marcas débiles a las formadas simplemente por letras, números, o siglas.

La doctrina indica que es débil la marca que está conformada por signos de utilización libre o de uso común, por lo que tendrá menos fuerza para impedir que otros escojan signos cercanos, también de libre uso. Es decir, que no se puede tener derecho de exclusión sobre una locución genérica o sobre raíces, terminaciones, sufijos, prefijos de uso común. Al respecto Bertone asevera que marcas débiles son: «... *aquellas que se encuentran solamente protegidas contra la imitación total, y a las fuertes como aquellas que son protegidas mucho más intensamente, llegando a prohibirse todas las marcas que incluyan modificaciones y variaciones que dejan persistir la identidad de la marca que se desea tutelar*» BERTONE, Luis Eduardo. *Derecho de Marcas*. Tomo I. Editorial Eliasta. S.R.L Pág. 247.

En el mismo orden de ideas, en relación a la utilización de signos genéricos, descriptivos, comunes o usuales se ha manifestado que determinado vocablo puede ser común para varias marcas, no siendo posible apropiársele en exclusividad, en dicho sentido cuando de una locución común se trata su protección legal no es sencilla, ya que no se podrá evitar que los competidores registren o usen marcas similares.

Los vocablos de uso común, carecen de distintividad, y ninguna persona puede apropiarse de ellos. La consideración de débiles de los vocablos comunes, encuentra asidero en que al registrar una determinada marca genérica o de uso común, para una determinada clase, no se podrá oponer a que otros usen la **misma** marca nominativa para registrarla como parte de la marca de otros productos o servicios en la misma clase del primer registro.

En el caso bajo análisis, resulta útil el análisis realizado por la Registradora, cuando determina sin ambages, que «...*la expresión MENTITA hace referencia a que los productos contienen MENTA...*» (folio 79 frente del expediente administrativo), pese a que luego la Administración Pública asegura que dicha identidad, no corresponde a un vocablo de uso común o descriptivo, es evidente que el diminutivo de una palabra genérica, no crea distinción, ni la diferencia con el resto de productos de su misma Clase que contengan menta. Contrario a lo manifestado, la marca denominativa *Mentita* describe la naturaleza del producto en su Clase, para el caso confites *dementa*, y por tanto el significado de la palabra no es otro más que el diminutivo de menta. En este sentido, la mera expresión denominativa MENTA, ni sus derivaciones o diminutivos, son susceptibles de apropiación particular con carácter exclusivo, por ser de uso común en nuestro país.

El sustento a esta prohibición marcaria, deviene de la ausencia absoluta de novedad, carencia del carácter distintivo, o una indicación de un término genérico, un adjetivo (diminutivo), o un nombre que sirva para describir la naturaleza del producto que se pretende proteger; incluso si estas denominaciones se tratan de traducciones en otro idioma, variaciones ortográficas, o la construcción artificial de palabras no registrables.

De manera accesoria, es relevante aclarar que las marcas evocativas son aquéllas que insinúan uno o varios atributos del producto, pero no deben confundirse con las marcas descriptivas, o los términos de uso común; pues el ele-

mento diferenciador en las marcas evocativas es que insinúan o sugieren propiedades del producto que ampara con la marca; ejemplo doctrinario provisto por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual es la marca SOLAR para comercializar radiadores eléctricos, ya que insinúa que el producto está pensado para irradiar calor [*La propiedad industrial y las empresas. El secreto está en la marca*. Número 1. Instituto Nacional de la Propiedad Industrial. Buenos Aires. P. 11]. Por tanto, es evidente que el registro de las marcas evocativas procede, pero no así el de las marcas descriptivas, genéricas, o de uso común, por las razones señaladas.

En conclusión las expresiones genéricas, descriptivas, o de uso común, pueden registrarse si se agregan a estos, otros elementos distintivos; pero no podrán gozar de protección registral cuando se les pretenda inscribir aisladamente, pues no tienen efecto diferenciador alguno”.

NO SE PUEDE ESTABLECER EXCLUSIVIDAD SOBRE UN TÉRMINO GENÉRICO, NI SUS CONJUGACIONES, DIMINUTIVOS, DERIVACIONES, O ESPECIES, RESTRINGIR SU DERECHO DE USO ES CONCEDERLE PROTECCIÓN A UNA MARCA POCO CREATIVA Y DÉBIL

“La Administración Pública ha sido incongruente en establecer el criterio para conceder protección a dos marcas que en esencia son idénticas, en cuanto al componente nominativo; ya que, aseguran que la palabra *MENTITAS* no tiene exclusividad por sí sola, [en el contexto del cotejo marcario entre *Mentitas Ambrosoli* y diseño, y la marca denominativa *Mentita*], no obstante concede protección y exclusividad [así sea, como la han mal clasificado como marca evocativa y por tanto débil] a la marca denominativa *Mentita*.

Es necesario reiterar, que la palabra *menta*, es un término genérico y de uso común, y contraviene lo dispuesto en el Convenio Centroamericano, en el artículo 10 literal j) por ser la marca denominativa, un término de uso general y que sirve para indicar la naturaleza del producto *mentita*, se refiere a un dulce de menta; además, dicha marca transgrede el literal k) del artículo en comento, ya que la marca denominativa posee en ella una indicación descriptiva de los ingredientes, y cualidades del producto que ampara, al ser los dulces que se pretenden proteger con *mentita*, de menta.

Como se ha diferenciado en el punto anterior, no se está ante una marca evocativa, como la Registradora alega, porque la palabra *mentita*, no evoca a menta, sino que es directamente el diminutivo de menta, por supuesto que lo evoca al utilizar la connotación de una propiedad del producto; en sentido laxo de la palabra, sí evoca el nombre, pero únicamente porque es el diminutivo del nombre propio de un ingrediente del producto; lo cual vuelve a la marca descriptiva y no evocativa, en el sentido que la doctrina del derecho de marca nos refiere; ocupando además un término genérico, de uso común para describir el sabor de un producto, no únicamente aquéllos de la Clase 30.

Se colige, que no se puede establecer exclusividad sobre dicho término genérico, ni sobre sus conjugaciones, diminutivos, derivaciones, o especies del mismo, ya que la palabra *menta* no es susceptible de monopolización al ser la

acepción de una hierba y un sabor popularmente conocido. Restringir el derecho de uso del referido término, sería concederle protección a una marca poco creativa y débil, que no solo sería una protección no merecida, sino que iría en desmedro de todos los demás competidores que quieran comercializar el referido sabor”.

EL TÉRMINO DESCRIPTIVO DE LOS INGREDIENTES DEL PRODUCTO, QUE A SU VEZ ES UN TÉRMINO GENÉRICO Y DE USO COMÚN PARA DENOMINAR UN SABOR, NO PUEDEN OSTENTAR DE EXCLUSIVIDAD ALGUNA

“Los doctrinarios Luis Eduardo Bertone y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, en su obra *Derecho de Marcas*, Tomo I, Editorial Heliasta S.R.L., página 256, establecen: «...*las marcas simples están integradas por un único elemento distintivo, como puede ser una única figura o determinada palabra. Las marcas complejas presentan diversos elementos, con capacidad distintiva o sin ella, aunque el conjunto debe tener, por definición, tal capacidad De esta manera, las marcas complejas pueden estar constituidas por una reunión de elementos que no pueden ser protegidos individualmente; una combinación de elementos protegibles y banales; y por un conjunto de elementos con capacidad individual*».

Para el caso en concreto, es evidente que entre las palabras *Mentita* y *Mentitas Ambrosoli* y diseño (donde la palabra *mentitas* es uno de los elementos de la marca compleja, por consistir en varios elementos, color, arte, y palabras de fantasía y nominativas), existe una gran similitud, pero este hecho no puede ser suficiente para analizarlas bajo la teoría confusionista que se realiza del cotejo de dos marcas simples o complejas cuando la que goza de protección tiene un carácter distintivo. En este contexto, el análisis confusionista no opera en el caso sub-judice, en virtud que la marca denominativa *MENTITA*, consiste únicamente en el diminutivo de *menta*, la cual no puede inscribirse *per se*, al estar desprovista de toda distinción, misma que además es descriptiva de uno de los ingredientes del producto, el cual a su vez es de uso común, al ser un sabor popular.

Así al ser descriptivo de los ingredientes del producto, el cual además es un término genérico y de uso común para denominar un sabor no pueden ostentar de exclusividad alguna, pues iría en contra de los principios del derecho marcario, y del artículo 10 literales j) y k) del Convenio Centroamericano, y por esta razón, el registro de la marca denominativa *MENTITA* es ilegal, por ser una marca de un solo elemento, el cual es denominativo, mismo que se refiere a un nombre común de un sabor, y que además es descriptivo de uno de los ingredientes del producto que pretende proteger.

Es relevante, acotar, que si bien el registro de *Mentita* es prohibido, la sociedad López Magaña, puede incluir la palabra *menta* o cualquier derivación de la misma en su marca y diseño, ya que como término de uso común, puede ser utilizado por todos los productores en el mercado, bien sea en la Clase 30 o en cualquier otra. La prohibición de registro, entonces, se limita únicamente a la mera inscripción de la marca denominativa *Mentita*, ya que está desprovista de cualquier otro elemento que la distinga, a diferencia de la marca denominada

Ambrosoli (diseño *MENTITAS*), donde el arte del empaque que es su marca en conjunto (marca compleja) es lo que se protege.

En este mismo sentido, esta Sala se pronunció en sentencia definitiva de las catorce horas veinte minutos del veintinueve de junio de dos mil diez, en el caso Monedero Simán versus Monedero Sanborns, referencia 255-2007, donde se determinó que la palabra *monedero* no es susceptible de apropiación particular con carácter exclusivo, concluyendo que los términos de uso común son registrables, siempre que se agreguen elementos adicionales distintivos a la marca débil; esta Sala fue categórica en concluir que «... *el titular de este tipo de marcas[débiles] no puede impedir su inclusión en signos de terceros, ni puede fundamentar en ese único hecho el riesgo de confusión entre los signos en disputa*». En la misma línea, esta Sala dictó a las ocho horas cincuenta y nueve minutos del catorce de abril de dos mil quince, en el caso Tortillinas versus *Señorial Tortillitas Sabor Único* y diseño, referencia 385-2010, que el uso de la palabra *tortilla* y cualquiera de sus derivaciones, es un término de uso común, y por tanto no es monopolizable con exclusividad por ningún productor, se determinó que a la luz de la normativa relevante, únicamente se puede permitir el uso de dicho término de uso común, si se encuentra en conjunto de otros elementos que crean distintivos a la marca, excluyendo protección registral a los términos de uso común como tal.

En este inter lógico, resulta ilustrativo advertir lo señalado por la Sala Primera de la Corte de Costa Rica en su resolución de la una con cuarenta minutos del veintinueve de octubre de mil novecientos ochenta y cinco, relativa a las palabras de uso común «La palabra “dona” es un término que se ha popularizado y que deriva del inglés “doughnut”; este es un fenómeno que con frecuencia se da en los distintos idiomas que se hablan en el mundo, ya es corriente oír a los hispanoparlantes pedir que les den o les vendan una “dona”, para referirse a un buñuelo en forma de rosquilla ...; significa lo anterior que el vocablo “dona” pasó a ser de uso común para identificar el referido producto y, aunque proveniente de un idioma extranjero, cae dentro de las prohibiciones ...porque “donitas” que es la marca que se pretende inscribir es un diminutivo de “dona” y como tal tampoco puede ser reivindicada».

En base a la jurisprudencia citada por esta misma Sala y al derecho comparado, se determina que las marcas descriptivas, y los signos de uso común, no gozan de protección marcaria a la luz del Convenio Centroamericano; y en caso que estos signos se observen en una marca compleja, los mismos deben ser excluidos de la protección marcaria, dado que son libremente utilizados por todos los competidores.

Más aún, la palabra *menta* o cualquiera de sus derivaciones o diminutivos no ostenta protección marcaria en ninguna de las dos marcas analizadas, ni la marca del actor, ni la de la tercera beneficiaria, pues ya se ha establecido que sobre ese término no se puede conceder exclusividad, sino que la protección concedida por el registro es en virtud de ser una marca compuesta, que contiene varios elementos, que como un conjunto (junto con su diseño o arte), le conceden distintividad frente a otras. Por tanto, esta Sala declara ilegal la resolución impugnada en relación a que la marca denominativa *MENTITAS* no cumple los

requisitos del artículo 10 del Convenio Centroamericano, al ser una marca descriptiva, y un término de uso común”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 327-2010, fecha de la resolución: 03/07/2015.

MEDIDAS CAUTELARES

EL FUMUS BONI IURIS Y EL PERICULUM IN MORA, EXIGENCIAS LEGITIMADORAS PARA SU ADOPCIÓN, GARANTIZAN EL CUMPLIMIENTO DE LA DECISIÓN DEFINITIVA

“Las medidas cautelares se adoptan en el curso de un procedimiento o proceso con el fin de asegurar anticipadamente la eficacia de la decisión final. En tal sentido, la necesidad primordial radica en la posibilidad que un conflicto pueda ser, a pesar del tiempo y circunstancias, resuelto efectivamente.

Al decretar una medida cautelar debe realizarse la ponderación de los intereses en controversia, en menoscabo de la función que realiza la Administración Pública, cuyo objetivo primordial es, y así debe presumirse, la consecución de los intereses generales. Así, al resolver la concesión, denegación o renovación de una medida cautelar; debe efectuarse una valoración que respete el derecho de los ciudadanos a que se les garantice la efectividad de la decisión definitiva, pero también del interés general que persigue la actividad de la Administración Pública.

La Sala de lo Constitucional sostiene que (...) la adopción de una medida cautelar (...) se apoya sobre dos presupuestos básicos, a saber: la probable existencia de un derecho amenazado —*fumus boni iuris*— y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso —*periculum in mora*—.

En relación con los presupuestos antes mencionados, tal como se sostuvo en la resolución del veintitrés de octubre de dos mil diez, pronunciada en el Amp. 304-2010, por una parte, el *fumus boni iuris* hace alusión —en términos generales— a la apariencia fundada del derecho y su concurrencia en el caso concreto se obtiene analizando los hechos alegados por las partes con las restantes circunstancias que configuran la causa, lo que permite formular una respuesta jurisdiccional afirmativa a la viabilidad jurídica de estimar la pretensión, sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertida. Por otra parte, el *periculum in mora* —entendido como el peligro en la demora— importa el riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo real para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia, impidiendo de esta forma la plena actuación de la actividad jurisdiccional. (Sentencia de amparo referencia 177-2015, de las ocho horas veinte minutos del catorce de abril de dos mil quince).

Esta Sala sostiene que para el otorgamiento de una medida cautelar — con base en la clásica ponderación de los intereses particulares y públicos—, deben ser valorados, por quien la decreta, la concurrencia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. Siendo estos las exigencias legitimadores para la adopción de la misma y que constituyen garantía suficiente de que la decisión de fondo

que se dicte sea plenamente ejecutable; quedando así garantizado el derecho fundamental de los administrados a una tutela judicial efectiva.

El *fumusboni iuris* o apariencia de buen derecho es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva, es a la parte que posee la razón en juicio a la que puede llegársele a causar perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la actuación de la contraparte o sean efecto de la tardanza del proceso.

El posible acaecimiento de perjuicios irreparables o de difícil reparación por la decisión definitiva ocasionados por el denominado *periculum in mora* o peligro en la demora, conlleva a que quien la dicta, tenga que valorar la existencia de dicho peligro. La amenaza de daño irreparable debe sustentarse en hechos o elementos concretos —teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso— que dejen en el ánimo del juzgador la certeza que, de no aplicar una medida cautelar, los efectos del acto podrían ocasionar al interesado un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 458-2013, fecha de la resolución: 31/08/2015.

MINISTERIO DE ECONOMÍA

LA REGULACIÓN Y VIGILANCIA DE LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL PETRÓLEO Y EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO REGULADOS EN LA LEY, SON COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN DE HIDROCARBUROS Y MINAS.

“El artículo 1 de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos del Petróleo, señala que la Ley tiene por objeto regular y vigilar la importación y exportación, el depósito, transporte, distribución y comercialización de los productos de petróleo, así como la construcción y funcionamiento de los depósitos y tanques para consumo privado y demás actividades relacionadas.

El inciso 1° del artículo 4 de la mencionada Ley expresa que la regulación y vigilancia a que se refiere el artículo uno de la Ley, será competencia del Órgano Ejecutivo en el Ramo de Economía, a través de la Dirección de Hidrocarburos y Minas.

El Capítulo V de la Ley en estudio, denominado “OBLIGACIONES Y SANCIONES”, regula las obligaciones que deben cumplir las personas autorizadas para realizar actividades de depósito, transporte y distribución de productos de petróleo.

El artículo 19 del Capítulo en discusión establece que las infracciones a la Ley serán sancionadas administrativamente por el Ministerio de Economía, y el inciso final expone que el procedimiento a seguir para la imposición de sanciones se establecerá en el Reglamento de la presente Ley.

Por último, el artículo 79 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos del Petróleo, establece que las sanciones que regula el artículo 19 de la Ley, serán impuestas por el Ministerio de Economía a través de la Dirección de Hidrocarburos y Minas, el

cual aplicará el procedimiento establecido en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos.

Después de analizar la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos del Petróleo, queda establecido lo siguiente:

- 1- Que la regulación y vigilancia de las actividades relacionadas con productos de petróleo, así como el procedimiento para la imposición de sanciones son competencia de la Dirección de Hidrocarburos y Minas; y,
- 2- Que la imposición de sanciones en lo que respecta a la regulación y vigilancia del depósito, transporte y distribución de productos de petróleo es competencia del Ministerio de Economía, a través de su titular.

Habiendo examinado el expediente administrativo, se tiene que la Dirección de Hidrocarburos y Minas inició y tramitó el procedimiento administrativo en contra de la sociedad American Petroleum de El Salvador, S.A. de C.V., para luego, en consonancia con el artículo 19 de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos del Petróleo, remitir las diligencias a la Ministra de Economía, quien impuso la sanción correspondiente, dando cumplimiento a lo establecido a la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos del Petróleo.

Por lo anterior, esta Sala desestima este punto de ilegalidad alegado por la parte actora, ya que la Ministra de Economía está plenamente facultada para la imposición de la sanción dictada y su actuación fue conforme a la Ley”.

COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA PARA IMPOSICIÓN DE MULTA EN MATERIA DE HIDROCARBUROS Y MINAS

“Luego de haber hecho un análisis cronológico de lo acontecido en sede administrativa, se tiene que la Directora de Hidrocarburos y Minas del Ministerio de Economía cumplió con el procedimiento establecido en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, dentro del cual se comprobó la infracción cometida por la sociedad demandante, y siendo que el Principio de Culpabilidad en materia administrativa sancionatoria supone dolo o culpa en la acción sancionable, y que sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa los que resulten responsables de las mismas, por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye un requisito *sine qua non* para la configuración de la conducta sancionable, y en vista que en el presente caso se ha demostrado ese nexo de culpabilidad de parte de la sociedad demandante, se desestima dicho punto de ilegalidad, ya que de la prueba existente en sede administrativa la Administración determinó y fundamentó que dicha sociedad resultó responsable de los hechos que constituyen infracción al artículo 13 literal b) de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos del Petróleo.

Por tanto, se tiene que tanto la Directora de Hidrocarburos y Minas y la Ministra de Economía aplicaron correctamente el procedimiento regulado en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, en relación con la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos del Petróleo y su Reglamento de Aplicación.

Con base a lo expuesto, esta Sala considera, ya que se siguió un procedimiento administrativo dentro del cual la parte actora tuvo en cada etapa la oportunidad de defensa antes de ser sancionada, que no existió violación a los Principios de Legalidad, Presunción de Inocencia y Culpabilidad, ni al Debido Proceso, por lo que desestima los argumentos de ilegalidad alegados por la parte actora”. *Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 50-2006, fecha de la resolución: 13/05/2015.*

OBLIGACIONES CIVILES Y NATURALES

CONCEPCIÓN DOCTRINARIA

“Doctrinariamente, se dice que son civiles *“aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento”* y naturales *“las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas”* [Rene Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*, Tomo I, Cuarta Edición Actualizada, (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001) pág. 309].

El Código Civil establece en el artículo 1341 que *“Las obligaciones son civiles o meramente naturales (...) Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento (...) Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas (...) Tales son: 1° Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos no habilitados de edad; (...) 2 Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción; (...) 3° Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida; (...) 4° Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba”*.

De ahí que la prescripción extingue la acción de un derecho de contenido patrimonial y no el derecho de tal manera que la obligación civil se transforma en obligación natural, es decir, el deudor sigue siéndolo, pero el acreedor ya no puede acudir a los tribunales porque su acción ya prescribió”.

PRESCRIPCIÓN Y OBLIGACIÓN NATURAL.

“Doctrinariamente, existen dos teorías respecto a cuando nace la obligación natural: *“si desde que transcurre el tiempo necesario para que la acción se extinga por prescripción, o es además indispensable que ella haya sido judicialmente declarada (...)”* [René Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*, Tomo I, Cuarta Edición Actualizada, (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001) pág. 317]; sin embargo, el mismo autor, expresa que la primera postura, equivaldría a que el cumplimiento de la obligación natural se confundiría con la renuncia de la prescripción, por lo que en efecto, considera *“la prescripción debe ser alegada, y no puede el juez declararla de oficio; si no opera de pleno derecho, quiere decir que la obligación subsiste como civil, máxime si, como queda dicho, ella puede ser*

renunciada expresa o tácitamente una vez cumplida. En consecuencia, la prescripción cumplida se renuncia antes de ser declarada, y si una vez ocurrido esto último se paga la obligación, entonces se ha solucionado una obligación natural”.

El Código Civil en el artículo 2231 establece que *“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir acciones y derechos ajenos, por haberse poseído **las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo** y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice **prescribir** cuando se extingue por la prescripción”.* (negrillas suplidas).

Así el artículo 2232 del mismo Código prescribe *“**El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el Juez no puede declararla de oficio”.*** Negrillas suplidas”.

NO SE PUEDE TENER POR PRESCRITA LA OBLIGACIÓN CIVIL HASTA QUE ÉSTA SEA DECLARADA JUDICIALMENTE Y HAYA CONCLUIDO EL PLAZO ESTABLECIDO

“En el presente caso, el Código Civil es claro al establecer que se vuelve obligación natural la obligación civil extinguida por prescripción, y para que se produzcan esos efectos jurídicos de extinción por prescripción, nótese: **“ESTA DEBE SER PEDIDA Y DECLARADA EN VÍA JUDICIAL”**, pues el inciso segundo del artículo 2231 del referido cuerpo legal es determinante al establecer que se entiende prescrito únicamente cuando se extingue por prescripción. De forma que, únicamente cuando ésta es declarada judicialmente a petición de parte, se puede tener por extinguida la obligación civil por prescripción, pues precisamente ese es el objeto de la figura jurídica de la prescripción, en la cual lo que se busca es brindar seguridad y que por la negligencia del acreedor, la obligación ya no pueda exigirse. De ahí que, la obligación civil subsiste mientras no sea declarada, pues la parte puede renunciar a este derecho de pedirla después de cumplido el plazo, así el Código Civil regula la renuncia expresa o tácita de la prescripción — artículo 2233— estableciendo que puede tácitamente renunciar a la prescripción, pero solo después de cumplida, tácitamente al reconocer el derecho del dueño o del acreedor, de lo contrario debe alegarla y ser declarada por el Juez competente, para que esta surta sus efectos de extinción de la obligación civil.

En el presente caso, la entidad demandante, se encuentra sometida a la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito, ésta tiene como objeto regular la organización, el funcionamiento y las actividades de intermediación financiera que realizan los Bancos Cooperativos y las Sociedades de Ahorro y Crédito.

En el artículo 67 contempla la prescripción de créditos: No obstante su naturaleza mercantil, las acciones derivadas de los contratos de crédito otorgados por las cooperativas, **prescribirán a los cinco años contados a partir de la fecha en que el deudor reconoció por última vez su obligación”.**

De tal disposición entenderíamos que la señora M.M., tenía la oportunidad de alegar la prescripción extintiva, teniendo un plazo de cinco años contados partir de la última fecha en que reconoció su obligación para con COMEDICA DE R.L.

Se procedió a examinar el expediente administrativo, observándose que el préstamo fue adquirido el cuatro de junio de mil novecientos noventa y nueve, el monto que le fue otorgado por la parte demandante fue de veintidós mil colones, para un plazo de treinta y seis meses. Tomando en cuenta el artículo referido de la ley especial y partiendo de que la última cuota fue cancelada el cinco de diciembre de dos mil uno, — ya que con ésta reconoció por última vez su obligación— según se refleja en el folio 73, es a partir de enero de dos mil dos, que empezaba a correr el tiempo para que transcurrido los cinco años tuviera el derecho de invocar la prescripción y valerse de sus efectos.

Es innecesario mencionar que esta Sala, no es competente para declarar la prescripción como tampoco lo es la Administración Pública, sin embargo, debe advertirse que de acuerdo a lo revisado en el expediente administrativo la señora Ruth Elizabeth M.M., obvio promover proceso declarativo de prescripción extintiva, llegada la fecha que la ley le exige para hacerlo, tal omisión trajo como resultado que el préstamo que adquirió con COMEDICA DE R.L., aún podía ser exigido judicialmente ya que sigue siendo una obligación civil de conformidad a lo regulado en el artículo 1341 ya citado.

No debe perderse de vista esta verdad, que aunque la señora M.M. a la fecha de interposición de la demanda hubiera demostrado que contaba con la sentencia judicial de declaratoria de prescripción y por ende las obligaciones contraídas hubieran adquirido la calidad de obligaciones naturales, la parte actora no pierde su calidad “de *acreedor*” siempre lo será. Ya que le es congénito a las obligaciones naturales que el acreedor mantenga su carácter de titular de derechos y es cuestión del “*deudor o deudora*” que alegue prescripción y se beneficie de ella”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 113-2011, fecha de la resolución: 29/04/2015.

OPERACIONES DE EXPORTACIÓN

APLICACIÓN DE LA TASA CERO

“La problemática planteada debe analizarse a la luz de la normativa del referido impuesto, por ser dicho texto legal el aplicable al caso, para luego remitirse a la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización en que se apoya la demandante.

Como una primera aproximación al punto que nos ocupa, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 1 de la norma en referencia: “*Por la presente ley se establece un impuesto que se aplicará a la transferencia, importación, internación, exportación y al consumo de los bienes muebles corporales; prestación, importación., internación, exportación y el autoconsumo de servicios, de acuerdo con las normas que se establecen en la misma*”.

De su lectura se advierte que el gravamen del impuesto al valor agregado, se aplicará a las exportaciones, las que por su naturaleza de ser tienen un tratamiento especial prescrito en el Capítulo II acápite “*Normas Especiales sobre Transferencia de Bienes y Prestaciones de Servicios al Exterior*”.

En el apartado “**Operaciones de Exportación**”, el artículo 74 de la precitada Ley establece que las exportaciones consistentes en transferencia de dominio definitivas de bienes muebles corporales, destinados al uso y consumo en el exterior y las prestaciones de servicios realizadas en el país, a usuarios que no tienen domicilio ni residencia en él y los servicios estén destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero, están afectas a una tasa del cero por ciento.

La aplicación de esta tasa cero constituye entonces un tratamiento especial para todas las operaciones que se enmarquen dentro de la hipótesis que regula dicho precepto legal.

El hecho de gravar ese tipo de operaciones con la tasa del cero por ciento tiene como objetivo, cumplir con **el principio de imposición en el país de destino**, lo que significa en los impuestos del tipo valor agregado, que los bienes y servicios son “descargados” de todo componente del impuesto en referencia, para que al ingresar a terceros países su costo no se encuentre alterado por el impuesto y pueda competir con los productos y servicios del país de destino, al menos en condiciones de neutralidad tributaria respecto del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios aplicable en El Salvador; por otra parte, debe tenerse presente que al ingresar al país de destino los bienes o servicios salvadoreños, aparte del pago de los impuestos de aduana, habrán de tributar los impuestos internos aplicables con motivo de la importación y los que sucesivamente se causen internamente”.

LA TASA CERO ES UN MECANISMO PROPIO DE LOS IMPUESTOS DEL TIPO VALOR AGREGADO, LA CUAL PERMITE UTILIZAR LOS CRÉDITOS FISCALES VINCULADOS CON LA ACTIVIDAD EXPORTADORA

“De acuerdo a lo antes expuesto, la tasa cero es un mecanismo propio de los impuestos del tipo valor agregado, la cual permite utilizar los créditos fiscales vinculados con la actividad exportadora, ya que el monto del débito fiscal habrá de ser siempre cero. Con ello se permite al exportador recuperar los créditos fiscales vinculados con la actividad exportadora, de manera que no formen parte del costo de los bienes y servicios a exportarse con una doble finalidad: que los productos y servicios no ostenten en su estructura de costos componentes del impuesto y por otra, *debido a que los productos y servicios, al ingresar al país de destino, serán gravados con el impuesto interno correspondiente*, se verían en una situación desventajosa por la existencia de dos tributos, uno aplicado en el país de origen y otro aplicado en el país de destino”.

REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA UNA OPERACIÓN SEA CONSIDERADA “EXPORTACIÓN”

“Como anteriormente se mencionó, el referido artículo 74 precisa que en la prestación de servicios son tres los requisitos que deben cumplirse para que dicha operación sea considerada “exportación”: a) que la prestación del servicio sea realizada en el país; b) que el servicio se preste a usuarios que no tienen domicilio ni residencia en el país; y, c) que los servicios estén destinados a ser

utilizados exclusivamente en el extranjero. Cuando dicha disposición hace referencia a la transferencia de bienes muebles, determina que esos bienes deben estar destinados al uso y consumo en el exterior.

En el contexto de la normativa del impuesto al valor agregado y para el caso que nos ocupa, no existe duda en afirmar que todas las actividades vinculadas con los montajes de luminarias, instalaciones eléctricas de conductores, conexiones de telefonía en los edificios y el suministro de materiales han sido desarrolladas en el territorio nacional; que en el presente caso los servicios antes descritos han sido prestados a sociedades domiciliadas y, lo que es más determinante aún, que los servicios de instalaciones eléctricas y montajes de luminarias se utilizaron en un cien por ciento en el país, lo que indica que si bien es cierto existe una relación indirecta entre el producto exportado con el servicio prestado, no se puede dejar de lado uno de los requisitos establecidos en el artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, que se refiere a que los servicios estén destinados a ser utilizados exclusivamente en el extranjero.

Por lo anterior, resulta conveniente aclarar que si bien las personas jurídicas a las que les prestó los servicios la demandante, para efectos de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, gozan de la ficción de extraterritorialidad aludida en dicha norma, esa situación no implica que en el ámbito del impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y para efectos de aplicación de la tasa del cero por ciento, cuando adquiera bienes y servicios no vinculados con su actividad exportadora, deban gravar tales adquisiciones con dicha tasa.

Los beneficios fiscales de que gozan los usuarios de Zonas Francas no impiden que ellos deban tributar normalmente como cualquier otro contribuyente, en aquellas operaciones no vinculadas con la actividad exportadora. Esta circunstancia pone de manifiesto que los servicios realizados por la sociedad demandante fueron adquiridos y consumidos en el territorio nacional y en ningún momento fueron objeto de transformación para ser exportados, ya que ello es imposible debido a su naturaleza.

En los términos antes expuestos, la prestación de servicios de instalaciones eléctricas y montajes de luminarias realizadas por la demandante a las personas jurídicas acogidas al Régimen de Zonas Francas, se enmarcan en el supuesto establecido en el artículo 19 incisos 1° y 2° de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, por lo que se descarta la pretensión de que los mismos se encuentren gravados con la tasa del cero. Constituyen entonces una típica prestación de servicios de las que establece el artículo 16 por lo que conforme al artículo 48 letra h) debe aplicarse la tasa del trece por ciento prescrita en el artículo 54 -todos los artículos de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios-”.

LEY DE ZONAS FRANCA INDUSTRIALES Y DE COMERCIALIZACIÓN.

“En cuanto al supuesto que señala el artículo 25 inciso 1° de la norma en referencia, en el sentido que las ventas de bienes y servicios de personas natu-

rales o jurídicas establecidas en el territorio aduanero nacional a un usuario de zona franca o de cualquier beneficio de los que esa ley otorga se considerarán exportación definitiva, este Tribunal señala lo siguiente:

El simple hecho que esa norma, considere como exportación definitiva las operaciones que se den en dicho supuesto, no implica que las mismas deban gravarse per se con la tasa del cero por ciento que ordena la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. No debe perderse de vista que la normativa del impuesto al valor agregado, grava con dicho impuesto a las exportaciones, determina a su vez los presupuestos para que una operación se considere como “exportación”; y, que si bien se grava con la tasa del cero por ciento, es por el propósito que conlleva ese tratamiento especial hacia las exportaciones.

En ese orden lógico de ideas debe analizarse lo dispuesto en el artículo 29 del Reglamento de la precitada Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, el cual prescribe que para efectos del Capítulo II del Título V de la misma Ley, de conformidad con el artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización (antes artículo 26 de la Ley de Zonas Francas y Recintos Fiscales), se considerará como exportación la transferencia de dominio definitivo de bienes muebles corporales y la prestación de servicios destinados al uso y consumo de las empresas acogidas al Régimen de Zonas Francas.

Para efectos de aplicar el sustrato fáctico prescrito en el artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, el mismo no puede interpretarse aisladamente menos aún en forma literal para pretender el tratamiento tributario de la tasa del cero por ciento del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. Su interpretación debe hacerse de forma integral y armónica con los artículos 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y artículo 29 de su Reglamento, sin que ello signifique el quebrantamiento del principio que en donde no distingue el legislador no distingue el intérprete, pues debe tomarse en cuenta que estamos en presencia de dos normativas en donde se regulan situaciones distintas.

Así, la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, grava con dicho impuesto las exportaciones y establece los supuestos a cumplir para que determinadas operaciones se consideren exportación; en el caso que se cumplan, la misma norma señala el tratamiento tributario especial: la tasa del cero por ciento. Lo que la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización dispone en el artículo 25 es que: *“las ventas o transferencias de bienes y servicios de personas naturales o jurídicas establecidos en territorio aduanero nacional, a un usuario de zona franca ubicado dentro del área centroamericana, se considerarán como exportación definitiva a países litora del área centroamericana”*.

Para una mejor comprensión, la precedente transcripción debe analizarse en el contexto de la respectiva Ley. Se toma como punto de partida el régimen de Zonas Francas al que pertenecen los usuarios de los servicios de instalaciones eléctricas y montajes de luminarias de la sociedad demandante”.

RÉGIMEN DE ZONAS FRANCAS

“La Ley en referencia establece en el artículo 1, que tiene por objeto regular el funcionamiento de Zonas Francas y Depósitos para Perfeccionamiento Activo, así como los beneficios y responsabilidades de los titulares de empresas que desarrollen, administren o usen las mismas. El artículo 2 letra b) define el régimen de zonas francas como: *“área del territorio nacional, donde las mercancías que en ella se introduzcan, son consideradas fuera del territorio aduanero nacional, respecto de los derechos de importación y de exportación y por tanto sujetos a un régimen y marco procedimental especial”*; sin embargo, de la misma Ley se extrae que Zona Franca es un área o una región específica, delimitada dentro del territorio de un país, en la cual existen condiciones especiales que promueven y buscan el desarrollo del comercio internacional y de la industria.

El artículo 3 prescribe que podrán establecerse y funcionar en Zonas Francas empresas nacionales y extranjeras que se dediquen a la producción, ensamble o magulla, manufactura, procesamiento, transformación o comercialización de bienes y servicios. De igual forma las que se dediquen a la prestación de servicios vinculados al Comercio Internacional y Regional tales como el acopio, el empaque y reempaque, la reexportación, consolidación de carga, la distribución de mercancías y otras actividades conexas o complementarias. En el inciso segundo dispone que dichos bienes y servicios pueden ser destinados a la exportación directa o indirecta al área centroamericana o fuera de ésta, o para su posterior nacionalización.

Por su parte, el artículo 16 define que se entenderá por usuario de zona franca a la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, debidamente autorizada por el Administrador de la Zona Franca, para operar en la misma y dedicada a las actividades que” menciona el artículo 3. En otros términos, los usuarios de Zonas Francas son personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que, previamente autorizadas, se dedican indistintamente a la producción y comercialización de bienes para la exportación o reexportación, así como a la prestación de servicios vinculados con el comercio internacional.

Como un incentivo a los que se dedican a ese tipo de actividades, la Ley de la materia confiere al titular de una empresa usuaria de Zona Franca y a los mismos usuarios de ese régimen aduanero que se dediquen a las actividades prescritas en el artículo 3, el derecho de gozar de *los beneficios que el artículo 17 enumera, de cuya lectura se colige que la pretensión del Estado no es más que orientar el aspecto económico hacia el desarrollo integral del país a través del fortalecimiento de la producción y comercialización en general, la generación de empleo productivo y obtención de divisas, y otras ventajas que ofrece el país para competir eficientemente en el mercado internacional.*

Entre los beneficios e incentivos fiscales se encuentran: la exención de Impuesto sobre la Renta, sobre Transferencia de Bienes Raíces, Impuestos municipales sobre el activo y patrimonio de la empresa; libre internación a las Zonas Francas de los bienes que el artículo 17 describe en las letras a), b) y .c). Lo importante en este punto es destacar que según el régimen de zonas francas, la introducción de estos bienes se considerará fuera del territorio aduanero nacional.

Es dentro del contexto del régimen aduanero “Zonas Francas” que el artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, vigente en ese momento, determinaba que *“las ventas o transferencias de bienes y servicios de las personas naturales o jurídicas establecidas en el territorio aduanero nacional, a un usuario de Zona Franca ubicado dentro del área centroamericana, se consideran como operaciones de exportación definitiva a países .filera del área centroamericana”*. Lógicamente que los bienes y servicios que ingresen a ese lugar (para considerarse exportación) son aquellos “íntimamente vinculados a la actividad incentivada de la empresa usuaria de una Zona Franca, los que una vez transformados o adheridos al producto terminado son exportados, de donde se confirma que dichos bienes o servicios no son utilizados en el territorio aduanero nacional.

Así las cosas, resulta claro que aún en el caso en que una empresa ubicada en una zona franca y que por ende goza de los beneficios de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, (antes artículo 26 de la Ley de Zonas Francas y Recintos Fiscales) dedicada a exportar el cien por ciento de su producción, que confeccionara prendas de vestir, adquiriese de empresas establecidas en el territorio aduanero suministro de materia prima (hilos, botones y telas) resulta notorio que tales insumos se encuentran vinculados con su actividad productiva y que por ende serán incorporados a las prendas de vestir fabricadas que posteriormente serán exportadas. Sin embargo, resulta evidente que si por alguna circunstancia no se incorporasen tales insumos en la producción y los destinase a fines distintos, esa compra de materia prima podría ser objeto de reparo por la Administración

Tributaria debido a que el sólo hecho de encontrarse ubicada en una zona franca y de haber obtenido de parte del Ministerio de Economía el acuerdo correspondiente, no confiere por ello tratamiento fiscal especial alguno desde la perspectiva de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. Para ello es indispensable que los bienes y servicios adquiridos sean efectivamente incorporados a bienes que habrán de abandonar definitivamente el territorio nacional.

Bajo el anterior esquema, el artículo 29 del Reglamento de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios retoma lo prescrito en el artículo 74 de dicha Ley, al establecer que se considerarán como exportación la transferencia de bienes y prestación de servicios destinados al uso y consumo de las empresas acogidas al régimen de zonas francas. Lógicamente que cualquier tipo de transferencia de bienes o prestación de servicios que se encuentre al margen de la actividad incentivada o que no se incorporen o se adhieran a los productos que serán exportados, deben tributar con la tasa normal del impuesto al valor agregado, de lo contrario, se desnaturizaría el tratamiento especial a que hace referencia el considerando V de la norma tributaria, cual es cumplir con el principio de imposición en el país de destino.

Una interpretación integral y armónica de las disposiciones involucradas de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y su Reglamento, así como del mismo artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización permite concluir en el presente caso

que se grava con la tasa del cero por ciento del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios las compras de bienes y servicios destinados a ser incorporados a los bienes objeto de exportación que efectúen las empresas acogidas al régimen de zonas francas, no así las que se utilizan de manera indirecta, las cuales no son susceptibles por su naturaleza de ser incorporadas al producto que se exporta. Debe tenerse presente, que la finalidad principal de gravar con la tasa cero por ciento del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, la adquisición de productos vinculados con la actividad exportadora es porque de esa forma se cumple con el objetivo consignado en la norma tributaria: permitir que los exportadores tengan precios competitivos a nivel internacional, permitiéndoles a su vez poder reclamar los créditos fiscales que hayan sido utilizados en los insumos del producto o servicio exportado.

Los servicios de instalaciones eléctricas y montajes de luminarias de que se trata, no han sido ni física ni económicamente incorporados a los bienes objeto de exportación, pues se relacionan con la iluminación de los locales donde se encuentran físicamente las personas jurídicas a las que se les presta dicho servicio, hecho que no es susceptible de ser incorporado a los productos exportados. Esto significa que si bien en principio los usuarios de Zonas Francas o un Depósito para Perfeccionamiento Activo ubicado dentro del área centroamericana, pueden adquirir bienes y servicios de personas naturales o jurídicas establecidas en el territorio aduanero nacional, no todos ellos estarán sujetos a la tasa del cero por ciento establecida en la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. Se puede inclusive pensar en el caso de un usuario de Zona Franca que no exporte el cien por ciento de su producción, en este caso, únicamente habrá de gravarse con la tasa del cero por ciento aquella proporción de los bienes y servicios adquiridos que estén directamente vinculados con las actividades exportadoras. El resto o remanente de ellos, deberá tributar la tasa general del Impuesto, es decir, el trece por ciento.

Con base en las precedentes acotaciones, este Tribunal concluye que los servicios prestados por la sociedad demandante no constituyen exportación para efectos del artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, menos aún para los prescritos en el artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios. Y consecuentemente no existe el vicio de ilegalidad aludido por esta causa”.

AUSENCIA DE ILEGALIDAD PLANTEADA CUANDO SE VERIFICA QUE LAS ACTIVIDADES REALIZADAS POR LA SOCIEDAD, NO CONSTITUYEN EXPORTACIÓN, DEBIDO A QUE ESTAS NO CUMPLEN LOS REQUISITOS ESTIPULADOS EN LA LEY

“La sociedad demandante alega, que en períodos anteriores al solicitar el reintegro IVA exportadores, éste siempre le había sido concedido, por lo que a su criterio la Dirección General de Impuestos Internos ha revocado esos beneficios aduciendo que su representada no desarrolla actividades de exportación, y que

con esa actuación al no darle oportunidad de defenderse, se le viola su derecho de audiencia y debido proceso.

Al respecto, esta Sala ha establecido supra que la actividad que realiza la sociedad MONTAJES E INSTALACIONES INDUSTRIALES, S.A. DE C.V., no constituye exportación para efectos del artículo 25 de la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización, menos aún para los prescritos en el artículo 74 de la Ley de Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios.

Asimismo de la vista del expediente administrativo, (folios 502 al 512), se comprueba que los auditores en su informe revisaron los ingresos y débitos fiscales presentados por la sociedad demandante a través de procedimientos de auditoría, entre los cuales están: la revisión de facturas de exportación comparando los resultados obtenidos con los valores registrados en los Libros de Ventas y declaraciones del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios; se realizó comparativa de ingresos, no habiendo determinado diferencias; y, se realizaron compulsas al ochenta y ocho por ciento (88%) de los principales clientes nacionales de la sociedad impetrante, los cuales están acogidos al Régimen de Zonas Francas.

El informe de los auditores no contradice en manera alguna a las conclusiones a las que ha llegado esta Sala, en cuanto a que las actividades que realiza la sociedad demandante no constituyen exportación, sino que deja en evidencia que ante la solicitud de reintegro de crédito fiscal a exportadores realizada por MONTAJES E INSTALACIONES ELECTRICAS, S.A. DE C.V., la autoridad demandada procedió a verificar si efectivamente las actividades que ésta realiza podían ser consideradas como exportación, llegando a la conclusión que las mismas no constituyen exportación porque no cumplen con los requisitos que establecen tanto la Ley de Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios como la Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización. Por otro lado, ante los argumentos que siempre le habían sido reintegrados y que la Dirección General de Impuestos Internos ha cambiado de criterio, este hecho per se no vuelve legales las devoluciones realizadas con anterioridad si es que realidad fueron reintegradas, ni ilegal la actuación ahora realizada por la autoridad demandada — la cual ha sido realizada como ya se dijo conforme a las leyes respectivas- y por tanto tampoco goza de la protección del Derecho de Seguridad Jurídica que invoca.

Respecto a la violación del Derecho de Audiencia y Defensa, en el caso bajo análisis, de los documentos presentados por las partes y de la vista del expediente administrativo (folios 462 al 521), se comprueba que: La Dirección General de los Impuestos Internos lo único que hizo fue dar trámite a la solicitud efectuada por la sociedad demandante, realizando el proceso correspondiente para determinar si la misma procedía o no.

Del orden de ideas expuesto, se determina que la autoridad demandada no transgredió el Derecho a la Seguridad Jurídica, ni el Derecho de Audiencia y Defensa, por lo que el acto controvertido no es ilegal por estos motivos”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 317-M-2004, fecha de la resolución: 26/02/2015.

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ENCUENTRA SU LÍMITE MÁXIMO EN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

“Según importantes corrientes doctrinarias, 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 *ius puniendi*, se conoce técnicamente como potestad sancionadora de la Administración.

Como otras potestades de autoridad, ésta se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene primeramente de 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 encuentra su límite máximo en el mandato de legalidad que recoge el inciso primero del art. 86 de la Constitución que prescribe: «*El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes. Las atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas*».

Así pues, en virtud de la sujeción a la norma, la Administración sólo podrá funcionar cuando aquella la faculte, ya que las actuaciones administrativas aparecen antes como un poder atribuido por la ley, y por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudablemente extensible a la materia sancionatoria, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad”.

PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

“Corolario de la identidad de la potestad penal de la judicatura y la sancionadora de la Administración, es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien, dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Por esa razón, tradicionalmente se habla de la aplicación de los principios del derecho penal al ámbito administrativo sancionador, obviándose referencia a su identidad matriz.

La potestad sancionadora de la Administración se enmarca en los principios que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Conocido es que existen diferencias importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho, aunque ello no debe inhibir a la Administración de la aplicación de los principios rectores del *ius puniendi* al ámbito administrativo sancionador, pues éstos tienen origen primordialmente en la norma fundamental. Puede de esta manera afirmarse sin ambages, que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal, encauzando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados.

En este orden de ideas, las garantías fundamentales que regulan la actividad sancionadora del Estado son las siguientes: a) principio de tipicidad; b) principio de irretroactividad; c) regla del “non bis in ídem”; d) principio de prescripción; e) principio de culpabilidad; f) principio de legalidad; y g) principio de proporcionalidad.

La Asociación Cooperativa demandante al respecto señaló que en los actos impugnados se le ha impuesto una multa, por el supuesto cometimiento de una infracción muy grave contemplada en el artículo 44 letra e) en relación con el artículo 18 letra c) de la LPC, sostiene que la autoridad ha pretendido encuadrar como elemento de tipo” es decir, como “cobro indebido” el hecho de haber reportado a la señora M.M., a la Central de Riesgo de la Superintendencia del Sistema Financiero por una supuesta deuda contraída con ellos, de la cual alega se encontraba prescrita y en consecuencia se trata de una obligación natural.

Sin embargo considera que tal interpretación es errónea debido a que el reporte del que hace alusión el Tribunal Sancionador va encaminado a cumplir la obligación consignada en el artículo 39 de la Ley de Bancos Cooperativos y Sociedades de Ahorro y Crédito, normativa que busca mantener su sistema de información de crédito. Así mismo refutó que en ningún momento la señora deja de tener su calidad de deudora, pues la deuda que adquirió con ellos aún existe y lo que ha prescrito es el título ejecutivo para hacer efectiva la acción por medio de un proceso judicial.

La autoridad demandada, por su parte manifiesta que el procedimiento sancionatorio fue iniciado por denuncia interpuesta por la señora Ruth Elizabeth M.M. contra la Asociación Cooperativa de Ahorro y Crédito del Colegio Médico de El Salvador, de R.L., por haberla reportado en la Central de Riesgo de la Superintendencia del Sistema Financiero, por un préstamo que adquirió con ellos en el año de mil novecientos noventa y ocho, cuyo crédito ya había prescrito, constituyéndose una obligación natural.

Adujó, que se aplicó el artículo 18 letra c) de la LPC, entendiendo según su criterio jurisprudencial, que *“para la configuración del cobro indebido como conducta constitutiva de infracción, no se exige, entre sus elementos tipo, que el cobro en mención se haya concretado, en el sentido que el consumidor haya pagado la suma cobrada indebidamente. La figura se perfila cuando el proveedor, realiza un cobro contrario a la ley, pero también cuando el proveedor determina la existencia de una deuda sin respaldo real”*.

Tomando en cuenta los argumentos de cada una de las partes, la documentación que obra en el proceso y en el expediente administrativo, este Tribunal analizará si la conducta sancionada se acopla al supuesto de hecho establecido en la LPC vigente para la fecha en que sucedió la supuesta infracción, tomando en cuenta la supletoriedad otorgada por la misma, en relación a las disposiciones pertinentes del Código Civil, de conformidad con el artículo 11 de dicha ley “Los intereses económicos y sociales de los consumidores serán protegidos en los términos establecidos en esta ley, aplicándose supletoriamente lo previsto por las normas civiles, mercantiles, las que regulan el comercio exterior y el régimen de autorización de cada producto o servicio”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 113-2011, fecha de la resolución: 29/04/2015.

Relaciones:

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 372-2011, fecha de la resolución: 11/09/2015.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

INFRACCIÓN POR VICIO DE INCONGRUENCIA

“Como se ha sostenido reiteradamente en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, el principio de congruencia es un principio general del derecho procesal, inherente a la función jurisdiccional, que limita al Juez o Tribunal en cualquier clase de proceso a resolver sobre lo pedido, y que encuentra su fundamento en el artículo 18 de la Constitución.

La congruencia de las decisiones se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la decisión y los términos en que el particular ha formulado su petición; por otro lado, la incongruencia está presente en las resoluciones cuando hay desviación en la justificación de la decisión que prácticamente suponga una completa modificación de los términos de la petición.

Debemos tener en cuenta que la petición no está constituida únicamente por el resultado que el peticionario pretende obtener, sino también por el fundamento jurídico en virtud del cual pide, que es lo que en la terminología procesal clásica se denomina causa de pedir o *causa petendi*, por ello, la autoridad decisoria, no puede rebasar la extensión de lo pedido, ni tampoco puede modificar la causa de pedir, hacerlo implicaría una alteración de la petición, en otras palabras, en la resolución necesariamente debe existir relación entre la *causa petendi* y la *ratio decidendi*, en aplicación del principio de congruencia toda entidad al resolver una pretensión debe hacer distinción entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, teniendo en cuenta que son estas últimas las que exigen una respuesta congruente.

En atención a los anteriores señalamientos se entiende que se ha incurrido en el vicio de incongruencia cuando la resolución, dictamen o sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas por quien pide —incongruencia omisiva o por defecto—; así como cuando se resuelve so-

bre pretensiones no formuladas, —incongruencia positiva o por exceso; o sobre cuestiones diferentes a las planteadas, —incongruencia mixta o por desviación—. *Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 341-2009, fecha de la resolución: 27/04/2015.*

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

APLICACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR - NULLA POENA SINE CULPA

“Para la atribución de la denominada “responsabilidad objetiva” se prescinde de la existencia de culpa o dolo, bastando simplemente probar la existencia de un resultado.

Este tipo de responsabilidad, de aplicación en el Derecho Civil, Mercantil, materia de Tránsito y otras ramas del Derecho, ha sido punto de controversia en el Derecho Administrativo.

Tradicionalmente se consideraba como uno de los principales elementos que marcaban la diferencia entre las infracciones penales y las administrativas, el hecho que en estas últimas se admitía su ejercicio sobre la base del objetivo incumplimiento o la simple transgresión del precepto por parte del administrado, sin indagación sobre el comportamiento subjetivo, es decir, la infracción administrativa se identificaba con la simple inobservancia del precepto, con independencia del elemento subjetivo relativo a la intención del agente.

Para la aplicación de este tipo de responsabilidad, basta la materialidad fáctica de las conductas contrarias a la Ley para que la infracción se configure, previniéndose que el actor actuó con la subjetividad mínima requerida, es decir, culpa por negligencia.

Hoy día, el Derecho comparado -predominantemente las corrientes españolas-adoptando la aplicación al Derecho Administrativo del principio de culpabilidad que rige en el ámbito penal, ha erradicado del campo de las infracciones administrativas la aplicación de la responsabilidad objetiva.

El Principio de Culpabilidad en materia administrativa sancionatoria supone dolo o culpa en la acción sancionable. Bajo la perspectiva del Principio de Culpabilidad, sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas que resulten responsables de las mismas, por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye un requisito sine qua non para la configuración de la conducta sancionable. Es decir, que debe existir un ligamen del autor con su hecho y las consecuencias de éste; ligamen que doctrinariamente recibe el nombre de “imputación objetiva”, que se refiere a algo más que a la simple relación causal y que tiene su sede en el injusto típico; y, un nexo de culpabilidad al que se llama “imputación subjetiva del injusto típico objetivo a la voluntad del autor”, lo que permite sostener que no puede haber sanción sin la existencia de tales imputaciones.

Es pertinente relacionar que la Sala de lo Constitucional de esta Corte ha adoptado esta corriente; así, en sentencia de inconstitucionalidad pronunciada las doce horas del día diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos,

se estableció entre otros aspectos que: “..Esta Sala tiene la plena convicción que la garantía básica de la presunción de inocencia es plenamente aplicable -entiéndase de obligatoria observancia- al campo de las infracciones administrativas (...).

La idea expuesta en el acápite precedente significa que el vocablo “delito” consignado en el artículo 12 inciso primero de la Constitución de la República debe entenderse no en sentido estricto, sino como indicativo de un ilícito o injusto típico, esto es, conducta humana que en virtud del mandato legal se hace reprochable al efecto de su sanción; incluyéndose en este concepto a las infracciones administrativas (...).

Podemos asegurar entonces, que en materia administrativa sancionatoria es aplicable el principio nulla poena sine culpa; lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o la culpa constituyen un elemento básico de la infracción (...).

En este orden de ideas, es claro que los criterios doctrinarios y jurisprudenciales citados, permiten entender que para la imposición de una sanción por infracción de un precepto administrativo, es indispensable que el sujeto haya obrado dolosa o cuando menos culposamente, es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto, quedando excluido cualquier parámetro de responsabilidad objetiva en la relación del administrado frente a la Administración, pues ésta, para ejercer válidamente la potestad sancionatoria, requiere que la contravención al ordenamiento jurídico haya sido determinada por el elemento subjetivo en la conducta del administrado.

El principio de culpabilidad ha de matizarse a la luz del interés general en aquellas situaciones en que el Derecho sancionador se encamina a la protección del interés público, como pilar fundamental del Derecho Administrativo.

Específicamente nos referimos a los actos de la Administración cuya finalidad última no es meramente infligir un castigo ante la inobservancia de la Ley, sino, la toma de medidas para la protección del interés general o de un conglomerado (tales como retiro del mercado de productos en mal estado, cierres temporales de locales que pongan en peligro la salud, etc). El despliegue de estas acciones, si bien no se excluye del imperativo de una cobertura legal, responde a razones de interés general, y opera independientemente de la existencia de dolo o culpa en el destinatario que se vea afectado por las mismas.

Por otra parte, es preciso aclarar que este Tribunal no proclama la impunidad ante la existencia de una infracción, sino, la necesidad de determinar claramente en cada caso quienes son los sujetos a los que es válidamente atribuible la conducta sancionable”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 459-2007, fecha de la resolución: 26/06/2015.

PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL

EXAMEN DE LA COMPETENCIA DESIGNADA A LOS JUZGADOS Y CÁMARAS DE LO LABORAL

“Manifiestan los Magistrados de la Cámara Primera de lo Laboral de San Salvador, que si ésta Sala conoce sobre la sentencia pronunciada, por ella, se

violaría el principio de juez natural contenido en el artículo 15 de la Constitución -como elemento del debido proceso- el cual encuentra su fundamento en el derecho a la seguridad jurídica, regulado en el artículo 2 de la Constitución, por lo que se estima conveniente que, precedido de una reseña del principio de legalidad que sirva de base para todos los considerandos, se clarifiquen los aspectos que servirán de parámetro de examen en el caso sub judice, los cuales -por su orden- son: en relación al derecho de juez natural; referencia genérica al espíritu de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y el examen de la competencia designada a los Juzgados y Cámaras de lo Laboral, como elementos del debido proceso.

Esta Sala ha declarado en anteriores resoluciones que la conexión entre el Derecho y el desarrollo de las actuaciones de la Administración, se materializa en la atribución de potestades, cuyo otorgamiento habilita a la Administración a realizar sus actos. En virtud de lo anterior, el reconocimiento del Principio de Legalidad contemplado en nuestra Constitución implica que la Administración Pública en el país, puede ejecutar sólo aquellos actos que el bloque jurídico le permite, y en la forma en que en el mismo lo regule, es decir, sólo puede actuar cuando la ley la faculte y en los términos que la delimite. La Administración Pública puede única y exclusivamente dictar actos en ejercicio de atribuciones previamente conferidas por la ley, y de esta manera instaurar el nexo ineludible acto-facultad-ley. En consecuencia, aquellos actos que en su procedimiento de creación omitan el anterior trinomio, resultarán ilegales. (Sentencias referencias 34-L-97 del día once de diciembre de mil novecientos noventa ocho; 120-C-96 del día once de diciembre de mil novecientos noventa ocho y 50-V-97 del día veintidós de diciembre de mil novecientos noventa ocho).

La Ley Orgánica Judicial, está enfocada a establecer la organización administrativa y funcional del Órgano Judicial en sus distintas dependencias, desde Juzgados de Paz hasta las diferentes Salas de la Corte Suprema de Justicia, determinando -en forma general- la competencia de dichos tribunales. En consecuencia, dicha ley define a qué tribunales corresponde conocer de cada materia, ya sea asuntos penales, civiles, de familia, etcétera. Sin embargo, debido a que se trata de una distribución general, deben tomarse en cuenta los principios generales que rigen el espíritu de las leyes, así, la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, atribuye competencia a los Juzgados y Cámaras de lo Laboral, para que conozcan en casos de empleados comprendidos dentro de la misma, pero excluye de dicho conocimiento a aquellos empleados de confianza, y atribuye a la Administración Municipal la potestad de nombrar, o remover a aquellos que cumplan dicho requisito.

Lo anterior significa que, en el caso concreto, los tribunales jurisdiccionales deben someterse en todo momento a lo que la ley establezca. Este sometimiento implica que los tribunales jurisdiccionales deben actuar de conformidad a todo el ordenamiento jurídico y no sólo en atención a las normas que regulan una actuación en específico, tal como lo establece el artículo 172 inciso tercero de la Constitución y el principio de unidad del ordenamiento jurídico. En conclusión, los tribunales jurisdiccionales deben ajustar sus actuaciones a la ley.

Conforme al principio de interpretación de la Constitución, el cual expresa que “no obstante la fuerza normativa de la Ley Fundamental, se opta por el mantenimiento de las normas de rango inferior a la Constitución siempre y cuando aquélla es susceptible de ser interpretada en consonancia con el contenido de los preceptos constitucionales”; no obstante que ambas sentencias se dictaron con apego a la normativa infraconstitucional, no están conforme a la normativa constitucional, pues la disposición que las fundamenta lesionan principios contenidos en la Constitución, como son el principio de seguridad jurídica y principio de legalidad como elementos del debido proceso, por lo que esta Sala debe pronunciarse en tal sentido.

En atención a lo expuesto, es atribuible a ésta Sala, conocer de aquellas decisiones o actos administrativos que la Administración Pública tome, en relación a la remoción de los empleados no comprendidos dentro de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal (cargos de confianza), además es de aclarar que no estamos frente al procedimiento establecido en la referida ley en el TITULO VII, CAPITULO I, Régimen Disciplinario, Sanciones y Causales, de las que sí son competentes los Juzgados y Cámaras de lo Laboral, y por lo mismo, al no ser competente la Jurisdicción Laboral no existe la violación al Principio del Juez Natural alegada por la Cámara demandada, y reconocido en el artículo 15 de la Constitución”.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

“El artículo 2 de la Constitución consigna que toda persona tiene derecho a la vida, la libertad, la seguridad, el trabajo, la propiedad y posesión y a ser protegido en la conservación y defensa de los mismos. Este concepto es algo más que un concepto de seguridad material. No se trata únicamente del derecho que puede tener una persona a que se le garantice estar libre o exenta de todo peligro, daño o riesgo, que ilegítimamente amenace sus derechos, sino también, se trata de la seguridad jurídica como concepto inmaterial. Es la certeza del imperio de la ley, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de las personas tal y como la ley los declara.

La Sala de lo Constitucional, mediante sentencia pronunciada a las nueve horas del día diecinueve de julio de mil novecientos noventa y seis, en el proceso de Inconstitucionalidad relativo al Decreto Legislativo número 771, del veinticinco de abril de mil novecientos noventa y uno sostuvo que, “por seguridad jurídica se entiende la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y por autoridades competentes ambos establecidos previamente”. De lo anterior puede inferirse que la seguridad jurídica es la condición resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público, condiciones indispensables para la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho”.

EL DEBIDO PROCESO ES LA GAMA DE GARANTÍAS QUE ESTABLECE LA CONSTITUCIÓN CON EL PROPÓSITO DE PROTEGER AL CIUDADANO DENTRO DE UN PROCESO JUDICIAL O ADMINISTRATIVO

“Con el objeto de dilucidar la inocencia o culpabilidad de un imputado, es menester verificar, un conjunto secuencial de etapas procesales denominadas juicio o proceso, las que deben contener un mínimo de garantías que le aseguren a aquel, tanto su dignidad como persona como la posibilidad cierta de ejercer su derecho de defensa.

Entre los principios o garantías del debido proceso tenemos: a) Que la persona sea juzgada por un juez natural; b) Derecho a ser oído; c) Duración razonable del proceso; d) publicidad del proceso; y e) Prohibición del doble juzgamiento.

La Jurisprudencia contencioso-administrativa, operando desde los principios acusatorios y de seguridad jurídica, destaca la esencialidad del trámite de formulación de cargos (puesto que, al determinar la imputación, facilita el ejercicio del derecho de defensa), califica la información sobre y el conocimiento de la acusación de condición de la integridad de este último derecho y exige la suficiente determinación de los cargos.

(Manual de Derecho Administrativo. Parejo Alfonso, Luciano, y otros. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1994, pág. 326).

El principio del debido proceso es considerado como la gama de garantías que establece la Constitución con el propósito de proteger al ciudadano dentro de un proceso judicial o administrativo. Azula Camacho, citando a la Corte Constitucional Colombiana, manifiesta que una violación al debido proceso produce nulidad en la sentencia cuando este se encuentra viciado por los siguientes defectos: “a) Defecto sustancial, b) Defecto fáctico, c) Defecto orgánico y d) Defecto procedimental”. En este último literal, la Corte Constitucional explica que “el fallador se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones”. (“Manual de Derecho Procesal. Tomo I: Teoría General del Proceso”; Editorial Temis, Octava Edición; página 27).

Alega la parte actora: que le violentaron su derecho al debido proceso ya que no se observó el procedimiento para el despido contemplado en la Ley de la Carrera Administrativa Municipal.

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

El inciso segundo del artículo 2 numeral 2 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, reformado mediante decreto legislativo No. 20 de fecha veinte de mayo de dos mil nueve, publicado en el Diario Oficial No. 107, Tomo No. 238 de fecha once de junio de dos mil nueve; en base al último requisito del principio de legalidad, delimita cuáles empleados serán nombrados por las respectivas municipalidades o entidades municipales como consecuencia de la auto organización de que gozan para desempeñar sus funciones municipales, es decir que el régimen jurídico aplicable a aquel servidor público cuyo vínculo, a través del

cual se ha establecido la relación empleado-Estado, en un acto administrativo, quedarán regidos por el Derecho Administrativo”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 372-2009, fecha de la resolución: 08/07/2015.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA

LOS TRIBUTOS SON EXIGIDOS POR EL ESTADO EN EJERCICIO DE SU PODER DE IMPERIO

“Sobre el Principio de Legalidad Tributaria, este Tribunal estableció en la sentencia pronunciada en el juicio referencia 63-I-2001, de las catorce horas del veinticuatro de febrero de dos mil seis, que: “Los tributos son exigidos por el Estado en ejercicio de su poder de imperio, el elemento esencial del tributo es la coacción, la cual se manifiesta en la prescindencia de una contraprestación voluntaria del administrado. Sin embargo, este poder del Estado no es ilimitado ya que existen límites formales y materiales a la potestad tributaria; los primeros, se refieren a la manera de producción de los tributos y en este ámbito aparecen los principios de Reserva de Ley y legalidad Tributaria, mientras que en los límites materiales están los Principios de Igualdad Tributaria, Capacidad Económica, Progresividad y Prohibición de Confiscatoriedad. En similar sentido se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional de esta Corte, al aseverar que “(..)el principio de legalidad tributaria le exige al legislador claridad y taxatividad en la configuración de los elementos esenciales de los tributos”.

Además, el artículo 231 inciso 1° de la Constitución de la República dice que “no pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público”. En razón de este mandato, la Administración sólo pueden exigir a los ciudadanos el pago de aquellos tributos que hayan sido previamente definidos en una ley (en sentido material). (...). (Sentencia de Inconstitucionalidad de las quince horas y veinte minutos del nueve de julio de dos mil diez, proceso referencia 39-2005).

De ahí que, el artículo 231 de la Constitución ya mencionado, consagra el Principio de legalidad tributaria o de reserva de ley, exigiendo que el ejercicio de ese poder requiere de una ley formal que determine específicamente los elementos esenciales del tributo, tales como lo son: el hecho imponible, los sujetos de éste, el objeto del gravamen, la cuantía del tributo y la forma de pago.

Así pues, debe resaltarse que para que se configure un hecho imponible se debe verificar el acaecimiento de cuatro elementos: a) material, implica la descripción objetiva del hecho o situación prevista de forma abstracta; b) personal, está dado por la persona que realiza el acto gravado o a cuyo respecto se configura el aspecto material, llámase sujeto pasivo de la obligación tributaria; c) temporal, indica el momento exacto en que se produce el hecho descrito en la ley; y, d) espacial, es el lugar donde se realiza el hecho descrito por el legislador. Si uno de estos elementos falta no surge la obligación tributaria”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 372-2011, fecha de la resolución: 11/09/2015.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

COLUMNA SOBRE LAS QUE SE ASIENTA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

“Es principio reconocido en todo Estado de Derecho que la Administración Pública actúa conforme con las facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico aplicable le otorga y que el administrado puede ejercer y hacer valer sus derechos en los términos conferidos en la ley.

Esto se traduce en el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico o principio de la legalidad, consagrado en el artículo 86 de la Constitución que prescribe: *“El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes (...) Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”*.

Tal principio se erige, entonces, como una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y al mismo tiempo en la más importante de las columnas sobre las que se asienta el Derecho Administrativo. Con base en el mismo, la Administración queda sometida al ordenamiento jurídico.

Constituye imperativo de primer orden la observancia del régimen legal por parte de todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones.

Es así que el ejercicio del poder público conferido a la Administración debe ser desempeñado conforme con los estrictos principios y normas derivadas del imperio de la ley. No existiendo, por tanto, actividad pública o funcionario que tenga absoluta libertad para ejercer sus funciones, las cuales se hayan debidamente regladas en la normativa respectiva”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 127-2010, fecha de la resolución: 13/03/2015.

PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA DE LAS NULIDADES

ILEGALIDADES Y NULIDADES DE ÍNDOLE PROCESAL SE INSPIRAN BAJO EL PRINCIPIO DE RELEVANCIA O TRASCENDENCIA DE LA MISMA, Y EN SU OPORTUNO PLANTEAMIENTO EN LA VÍA PROCESAL

“5. Criterio adoptado por esta Sala, con respecto a la problemática planteada.

Corresponde en este apartado revisar los argumentos brindados por las partes, para establecer si con la actuación del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, se violentó el debido proceso, los principios de legalidad e igualdad de las partes.

5.1) Con respecto a la violación de los derechos del Debido Proceso; Igualdad de las Partes y Legalidad Administrativa.

La demandante considera que con el acto administrativo impugnado se han violentado los principios supra citados, en el sentido de que previo a llevar el procedimiento sancionatorio establecido en la Ley (artículo 143 y siguientes), en el Centro de Solución de Controversias ante la incomparecencia del consumidor a

la segunda audiencia conciliatoria señalada, presentó una justificación, aceptándola el Centro de Solución de Controversias y señalan una tercera audiencia, en la que el apoderado general judicial de la proveedora (parte actora en este proceso) no comparece, por lo que el Centro de Solución de Controversias certifica al Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, quienes después del procedimiento sanciona a la demandante, por lo que considera ésta que dicha actuación es ilegal.

Para debatir el anterior argumento, la autoridad demandada de manera general expresa que, no tienen facultad legal para conocer las actuaciones del Centro de Solución de Controversias, ya que la misma Ley de Protección al Consumidor en ningún apartado confiere al Tribunal como instancia superior jerárquica de revisión de las actuaciones del referido Centro, razón por la cual consideran que los argumentos de la demandante deben ser desestimados.

Es necesario señalar que (tal como se ha dejado constancia) del expediente administrativo llevado en la sede del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, esta Sala comprueba que previo al inicio del procedimiento sancionatorio contra la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, se llevó en el Centro de Solución de Controversias un procedimiento administrativo, en el que se citó en dos oportunidades a las partes sin que a las audiencias compareciera el consumidor.

Así mismo consta que el representante legal de la consumidora llegó dentro de los tres días de haber celebrado la segunda audiencia (tal como lo ordena la Ley) a justificar su ausencia, y el Centro de Solución de Controversias recibe la solicitud del consumidor, acepta la justificación y cita por tercera vez a las partes, para audiencia conciliatoria a la que comparece únicamente el consumidor.

Antes de entrar a determinar la procedencia o no de la irregularidad procesal planteada, es necesario aclarar que las ilegalidades de índole procesal al igual que las nulidades de este tipo se inspiran bajo el principio de relevancia o trascendencia de la misma, y en su oportuno planteamiento en la vía procesal.

El procedimiento administrativo es una herramienta que tiende a la protección de derechos y satisfacción de pretensiones, procura mantener su existencia hasta lograr su finalidad. Lo expresado conlleva la creación de medios de filtración legales que eviten u obstaculicen el cumplimiento de este propósito, y es aquí en donde las nulidades procesales cumplen esa función: las mismas aseguran al administrado una posibilidad de defensa ante los vicios que se puedan manifestar a lo largo del procedimiento administrativo, claro, aún estos vicios deben ser analizados detenidamente bajo el principio de relevancia o trascendencia de las nulidades.

Lo anterior implica que las ilegalidades de índole procesal al igual que las nulidades de este tipo, tal es el caso que nos ocupa, deben de alguna manera provocar un efecto tal que genere una desprotección ostensible en la esfera jurídica del administrado, desprotección entendida como una indefensión indiscutible que cause un daño irreparable al desarrollo de todo el procedimiento y genere una conculcación clara de los principios constitucionales que lo inspiran”.

NULIDADES O ILEGALIDADES DEBEN SER ALEGADAS EN SU OPORTUNIDAD, PARA EVITAR DILACIONES INNECESARIAS EN EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

“Además del principio de relevancia, las ilegalidades de índole procesal deben ser alegadas en su oportunidad, esto para evitar dilaciones innecesarias en el desarrollo del procedimiento administrativo. Lo antes señalado no implica una subsanación de la nulidad, pues la continuidad del procedimiento penderá única y exclusivamente de la incidencia o consecuencias que genere la ilegalidad no alegada oportunamente, pero puede suceder que la ilegalidad procesal no genere las consecuencias de indefensión señaladas y por el contrario la misma sea subsanada por alguna de las actuaciones de las partes, así por ejemplo aquella parte que no ha sido notificada legalmente de una demanda interpuesta en su contra pero que se presenta a contestarla en el tiempo.

Resulta así, que si la demandante ha intervenido activamente y ha ejercido su derecho de defensa, no existe fundamento para declarar la nulidad de una actuación irregular. Ello se encuentra en concordancia con el principio de trascendencia, en virtud del cual el vicio del que adolece el acto debe provocar una lesión a la parte que lo alega, tal como se reconoce en el Código de Procedimientos Civiles, al expresarse que “(...) *no se declarará la nulidad si apareciere que la infracción de que trata no ha producido ni puede producir perjuicios al derecho o defensa de la parte que la alega o en cuyo favor se ha establecido*” (artículo 1115 Código de Procedimientos Civiles derogado pero aplicable según el artículo 706 del Código Procesal Civil y Mercantil).

Esta Sala estima que en el caso de autos, con la actuación del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor no existió violación a los derechos invocados, porque la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados pudo comparecer a la tercera audiencia conciliatoria o mediante un escrito con anterioridad, alegando que el Centro de Solución de Controversias no valoró la justificación de la inasistencia de las dos primeras audiencias conciliatorias; pudiendo incluso argumentarlo en la sede del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, ya que (como se ha dejado constancia) tuvo la oportunidad de ejercer su derecho dentro de los cinco días concedidos en la referida sede.

Y siendo evidente en el procedimiento sancionatorio llevado por el Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, la pasividad de la demandante (con respecto al punto sobre la justificación de la inasistencia de la consumidora a las primeras dos audiencias conciliatorias) esta Sala considera que dicho vicio debió ser alegado en sede administrativa; es decir, que al ejercer la actora su derecho en el procedimiento sancionatorio brindando únicamente argumentos de defensa sobre la conducta investigada y ofertando las pruebas que consideraba pertinentes, sin alegar la motivación del Centro de Solución de Controversias con respecto a la justificación de la inasistencia a las audiencias conciliatorias, siendo la misma demandante quien valida la actuación de la autoridad demandada, por lo que el acto administrativo en lo que respecta a la violación del debido proceso, igualdad de las partes, legalidad administrativa es legal y así será declarado”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 333-2009, fecha de la resolución: 26/02/2015.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

GARANTÍA PARA LOS ADMINISTRADOS

“El procedimiento administrativo es una garantía para los interesados, pues significa el sometimiento de la actividad administrativa a un cauce predeterminado y posibilita la participación de las personas afectadas en el proceso de adopción de las decisiones administrativas, permitiendo que estas puedan intervenir en defensa de sus derechos e intereses legítimos. La actuación Administrativa debe someterse a un procedimiento legalmente predeterminado, para una conquista del Estado de Derecho, una derivación del principio de legalidad”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 372-2011, fecha de la resolución: 11/09/2015.

PROCESO DE LICITACIÓN

CONCEPTO

“La licitación es un mecanismo legal, que permite a la Administración Pública adquirir o contratar bienes o servicios. Se trata de un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual: *“por el que el ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.* (Roberto Dromi: Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995).

Dicho procedimiento constituye un iter o secuencia de actos de inequívoco carácter administrativo, algunos de forma definitiva, como la exclusión o descalificación de un oferente.

La exclusión de los licitadores es una institución que permite a los entes licitantes descartar a los oferentes conforme a causas contempladas de manera contractual, legal o reglamentaria.

Miguel Marienhoff sostiene al respecto que: *“Si el licitador reúne todos los requisitos de idoneidad —moralidad, eficacia técnica y solvencia económica “derecho” a ser admitido en la licitación es obvio. Trátase de un “derecho” propiamente como tal...”*. (Miguel S. Marienhoff: Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina).

En este orden de ideas, los licitadores u ofertantes en tanto reúnan las condiciones exigidas por la normativa tienen un derecho a la admisión, y consecuentemente, a que la decisión que rechace sus ofertas se dicte con todas las garantías formales que le darán juridicidad”.

ELEMENTOS QUE CONDICIONAN LA VALIDEZ DE LOS ACTOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN

“La principal premisa para realizar el control de legalidad, es la exigencia, de una potestad que legitime la actuación de la Administración.

El principio de legalidad en su manifestación de vinculación positiva se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional. Es así, que el artículo 86 inciso final de la Constitución de la República señala que: *“los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo, y no tienen más facultades que las que expresamente les da la Ley”*.

El principio de legalidad aplicado a la Administración Pública ha sido reconocido en reiteradas resoluciones por este Tribunal, sosteniéndose que en virtud del mismo, la Administración sólo puede actuar cuando la ley la faculte, ya que toda acción administrativa se nos presenta como un poder atribuido previamente por la ley, y por ella delimitado y construido.

Lo anterior implica, que la Administración Pública únicamente puede dictar actos en ejercicio de atribuciones previamente conferidas por la ley, y de esta manera instaurar el nexo ineludible norma-potestad-acto. La habilitación de la acción administrativa en las distintas materias o ámbitos de la realidad, tiene lugar mediante la correspondiente atribución de potestades, entendidas como sinónimo de habilitación: sólo con una habilitación normativa la Administración puede válidamente realizar sus actuaciones. En los términos del autor Luciano Parejo: *“las potestades son, en último término y dicho muy simplificado, títulos de acción administrativa”* (Parejo Alfonso Luciano: Manual de Derecho Administrativo. Editorial Ariel, Barcelona, 1994. Pág. 398).

En este orden ideas, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública regula en el artículo 43 las bases de licitación o de concurso, estableciendo que: *“Previo a toda licitación o todo concurso, deberán elaborarse las bases correspondientes, las que sin perjuicio de las Leyes o Reglamentos aplicables, constituyen el instrumento particular que regulará a la contratación específica. Las bases deberán redactarse en forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan en detalle el objeto de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos y armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones. Las bases de licitación o de concurso se regirán por los modelos y documentos guías emitidos por la UNAC, sin perjuicio de las particularidades y requerimientos especiales en cada caso”*.

Las bases de licitación o pliego de condiciones, por consiguiente, constituyen los términos de referencia de una licitación, recogen las condiciones jurídicas, económicas y técnicas a las que ésta ha de ajustarse, y los licitadores presentarán sus propuestas sujetas a los límites de tales pliegos; asimismo, en ellos se establecen los criterios base para seleccionar al adjudicatario.

El pliego de condiciones por tanto, fija y determina el trámite a seguir en el proceso licitatorio, incluyendo los requisitos que debe contener la oferta que presenten los participantes, y sus cláusulas deben ser interpretadas dándoles el sentido y alcance que tienen en la práctica y en la legislación administrativa”.

EXISTENCIA DE LOS MOTIVOS POR LOS CUALES LA OFERTA NO FUE TOMADA EN CUENTA

“La parte actora centró la ilegalidad de la actuación de la Administración Pública, básicamente en que fue excluida del procedimiento licitorio, y que en

la resolución de adjudicación —primer acto impugnado— no se mencionó si se le evaluó o no, respecto a la constancia que le otorgó la Central de Seguros y Fianzas S.A., la que fue presentada en tiempo, por lo que según él, carece de motivación dicha resolución.

La Administración Pública al respecto alegó, que en la fase I de la Licitación, la Comisión de Evaluación llevó a cabo la evaluación de la capacidad financiera del demandante, quien únicamente logró un porcentaje del 8.5; para ello, utilizó los criterios tales como índice de solvencia, de capital de trabajo neto, y de rentabilidad. Que dentro del cálculo de capital del trabajo, se iba a tomar en cuenta las constancias emitidas por instituciones bancarias, financieras, cooperativas o comerciales que dieran fe de que el ofertante era sujeto de crédito, sin embargo, únicamente se tomó en cuenta la constancia emitida por J.A. Águila S.A. de C.V., por cumplir con los requisitos exigidos, dando como resultado que el demandante obtuvo un capital de \$63,535.00 dólares de los Estados Unidos de América, cuando el monto mínimo era de \$100,236.80.

Corresponde a esta Sala, analizar los hechos acaecidos en sede administrativa en consonancia con la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y las Bases de Licitación.

El Ministerio de Educación (MINED) llevó a cabo el proceso de licitación para la adquisición de libros para conformar bibliotecas recreativas para primero y segundo ciclo de educación básica. En las bases de la licitación, (folios 01 al 102 del expediente administrativo), se determinó que se desarrollarían tres etapas para la evaluación de las ofertas. Cada etapa incluiría diferentes fases.

La primera etapa, según cláusula 16.3.1- Examen Preliminar, tenía una ponderación del 25%; la segunda etapa cláusula 16.3.2 — Evaluación detallada de las especificaciones técnicas de los bienes requeridos, otorgaba una ponderación del 45%; y a la cláusula 16.3.3 — Evaluación Económica se le asignó un 30%.

Asimismo, se estableció que únicamente las empresas que cumplieran con los requisitos establecidos en las bases, iban a ser tomadas en cuenta para la precalificación y, sucesivamente si una empresa no alcanzaba las ponderaciones para las siguientes etapas no seguiría en el proceso.

En relación al punto controvertido, se estableció en las bases de licitación, el siguiente procedimiento:

En la cláusula 16 Evaluación de Ofertas, se señaló que el MINED nombraría una Comisión de Evaluación de Ofertas, quien desarrollaría tres etapas.

En la cláusula 16.3.1 Etapa I-Examen Preliminar, con ponderación del 25%, se delimitaron tres fases, las que serían realizadas simultáneamente, y en caso de que el ofertante no alcanzara (en la fase I y fase II) o no cumpliera (en la fase III) lo requerido, su oferta no sería tomada en cuenta para continuar con el proceso de evaluación de ofertas.

La Fase I, denominada evaluación de la capacidad financiera, otorgaba una ponderación del 15%; la Fase II, correspondiente a la Evaluación de la experiencia concedía un 10%.

Dentro de la fase III- Verificación de Documentos de carácter legal y técnico, con criterio Cumple/No Cumple, se establecieron los requisitos a cumplir en cada

uno de los documentos a presentarse para poder ser tomados en cuenta (folios 95 vuelto del expediente administrativo).

Se agrega de folios 917 al 972 del expediente administrativo, la oferta identificada como No. 5 del demandante Vidal Ernesto González Palma. De la revisión, a folios 1197, consta un requerimiento al demandante, para que presentara la documentación faltante en la oferta, siendo notificado por medio de telefax, agregado a folios 1196. Entre la documentación requerida, en el literal g) se señalaba constancias emitidas por cooperativas, instituciones bancarias, financieras o comerciales, que dieran fe de la disponibilidad de créditos con que contaba, debido a que la constancia presentada en la oferta era de otorgamientos de créditos para diferentes tipos de fianzas. En escrito de fecha treinta de junio de dos mil nueve, de folios 1266 al 1274, el demandante presenta la documentación requerida. Pero, la referida comisión establece en la Fase III, verificación de documentos de carácter legal, que al demandante únicamente se le tomo en cuenta para evaluarle el índice de capital de trabajo, la referencia emitida por J.A AGUILA S. A. DE C.V., con lo cual obtuvo un capital de trabajo de US\$ 63,535.00 siendo el capital requerido, de acuerdo a su oferta económica de (US\$ 100,236.80), debido a que la documentación con la que subsanó el requerimiento, no cumplió con los requisitos preestablecidos, por lo tanto el porcentaje obtenido en la evaluación de la capacidad financiera se mantuvo en 8.50%.

Se detalla a folios 1912, el cuadro de porcentajes obtenidos: Índice de Solvencia 3.00%; Capital de Trabajo Neto 0.00%; Endeudamiento 3.00%; Índice de Rotación de Inventarios 2.50%; y Rentabilidad 0.00%, lo que hizo un total de 8.50%.

El día dieciocho de enero de dos mil diez, la comisión de evaluación de ofertas, rindió su informe y su recomendación de adjudicación (folios 1947 al 1974 del expediente administrativo). En el romano VII- Evaluación de Ofertas, se refiere: *“En el caso del ofertante VIDAL ERNESTO GONZÁLEZ PALMA, no fue posible evaluarle el Índice de Capital de Trabajo, debido a que se requiere la presentación de constancias (emitidas por instituciones bancarias, financieras, cooperativas o comerciales) que den fe que el otorgante es sujeto de crédito, para ser adicionadas al capital de trabajo obtenido a través de las cifras consignadas en el Balance General”*.

En razón de lo expresado, la comisión de evaluación determinó que el demandante quedó inhabilitado para continuar con el proceso de evaluación de ofertas, por no haber alcanzado el porcentaje mínimo establecido para la fase I.

Esta Sala, al analizar la normativa que rige la contratación pública, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, específicamente en relación al tema de la precalificación, establece en el artículo 27 que: *“Se entenderá por precalificación, la etapa previa de una Licitación o Concurso, realizada por la UACI para preseleccionar a los ofertantes, procediendo en los casos en que la institución contratante necesite conocer las opciones de mercado respecto a las adquisiciones o contrataciones de obras, bienes o servicios. En la precalificación el participante presentará los documentos que comprueben lo siguientes: ... c) Situación financiera sólida legalmente comprobada.”*

Tal y como se expuso al inicio, era del conocimiento de los ofertantes, la cláusula 16.3.1 Etapa I-Examen Preliminar, donde se hacía especial énfasis en

que las ofertas serían analizadas y descartadas simultáneamente, en caso de que el ofertante no alcanzara la fase I, la fase II, o no cumpliera la fase III, su oferta no sería tomada en cuenta y por lo tanto no podría continuar con el proceso de evaluación de ofertas en la siguiente etapa. Ahora bien, como ya se señaló, el art. 27 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, se convierte en el presente caso, en el soporte legal de la actuación de la autoridad demandada. En ese sentido, es permitido que la Administración a través de las Bases de Licitación regule la metodología y vaya depurando y seleccionando únicamente a aquellos ofertantes que cumplan con los requisitos preestablecidos; ello permite que al final, se seleccione la mejor oferta de entre los concursantes que lograron obtener mayor puntuación por haber satisfecho todos los requisitos.

En razón de lo analizado, la autoridad demandada actuó conforme a la normativa y las bases de licitación, respetando el principio de legalidad. Sin embargo, el actor en su demanda aduce que de la situación acaecida, no se menciona ni se argumenta nada en la resolución de adjudicación, por lo que carece de motivación.

Para esta Sala, la motivación del acto administrativo requiere que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y de derecho que le determinaron a adoptar su decisión; la ratio essendi de la motivación permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable.

Para el caso que nos ocupa, se constata que la autoridad demandada plasmó la situación especial del demandante al momento de dictar el acto impugnado —se discutió su capacidad financiera—, tal y como consta en la resolución pronunciada a las quince horas cinco minutos del veinte de enero de dos mil diez (folios 2032); encontrándose los motivos por los cuales la oferta que presentó el señor González Palma fue descartada en la etapa I, por lo que no era posible seguir dentro del concurso.

En razón de lo expresado, este Tribunal no comparte el argumento del demandante en relación a la falta de motivación del acto, porque en el primer acto impugnado sí se encuentran los motivos por los cuales su oferta no fue tomada en cuenta; debiendo declararse legal dicha actuación”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 307-2010, fecha de la resolución: 03/06/2015.

PROCESOS DISCIPLINARIOS DE LA POLICÍA NACIONAL CIVIL

AUSENCIA DE VULNERACIÓN AL DERECHO DE ESTABILIDAD LABORAL Y AL DERECHO DE ASCENSO, POR ESTAR SOMETIDOS A LA LEY DISCIPLINARIA POLICIAL ANTE EL COMETIMIENTO DE FALTAS

“La Ley Disciplinaria Policial, dentro del capítulo III establece el procedimiento a seguir para la imposición de faltas graves y muy graves, en sus artículos 53 al 64.

De la lectura del expediente administrativo anexo al juicio, se constata que el procedimiento disciplinario ha cumplido todas las etapas procedimentales que

corresponden por ley en las disposiciones legales señaladas, desde la resolución de apertura de investigación disciplinaria efectuada por el Inspector Jefe con competencia sancionadora, con lo cual se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 53 de la Ley Disciplinaria Policial; hasta la emisión de la resolución final por parte del Tribunal Segundo de Apelaciones de la Policía Nacional Civil, dictada el dieciséis de agosto de dos mil once (folios 148 al 155).

Así también, de la lectura del acta de notificación del auto que admite los recursos de apelación presentados; el acta de suspensión de audiencia de expresión de agravios, así como el respectivo auto que lo ordena, se determina que en sede administrativa se respetó los derechos de defensa, así como la presunción de inocencia del administrado, ya que al no haber comparecido su defensora, licenciada Ana Margarita Chacón, de quien se expresa que estaba legalmente citada, se procedió a suspender dicha audiencia y posponerla para una nueva fecha (folios 49, 56 y 57).

Además, consta a folio 69 que el Tribunal Segundo de Apelaciones de la Policía Nacional Civil, mediante resolución del catorce de junio de dos mil once, tuvo por parte al licenciado Walter Antonio Fuentes García, como comisionado de la Procuradora General de la República para ejercer la defensa técnica del demandante.

Por lo anterior, esta Sala es del criterio que, de la revisión del expediente administrativo, y del estudio de cada una de las etapas que conforman el procedimiento administrativo sancionatorio para miembros de la Policía Nacional Civil, se ha dado legal cumplimiento al mismo por la autoridad demandada, y por ende no existe vulneración a los derechos alegados en la demanda en lo que se refiere al debido proceso, al derecho de seguridad jurídica, ni así tampoco a los derechos de presunción de inocencia y derecho de defensa, pues se han cumplido todas las garantías que el mencionado procedimiento administrativo exige.

Sobre la vulneración a la estabilidad laboral y al derecho de ascensos, esta Sala considera, que el personal de la Policía Nacional Civil, tal como lo dispone el artículo 1 de la Ley Disciplinaria Policial se encuentra sometida a dicho cuerpo normativo, cuando se presenten situaciones atinentes al cometimiento de faltas. Ello significa que, una vez se efectúe un procedimiento disciplinario donde se comprueba la participación y la culpabilidad de uno o varios de sus miembros, consecuentemente deberán ser sancionados conforme a dicha ley, y siendo en el caso específico, que el demandante fue sancionado por el cometimiento de una falta clasificada como “Falta Muy Grave”, mediante resolución administrativa venida enalzada, mantiene su cargo dentro de la institución, y la sanción impuesta fue la más baja que establece el artículo 12 literal a) de la mencionada ley, por lo que no se ha podido establecer una vulneración a los derechos de estabilidad laboral o de ascensos tal como se ha alegado”.

AUSENCIA DE VULNERACIÓN AL PRINCIPIO REFORMATIO IN PEIUS

“1) En la demanda se menciona que en el romano VII de la resolución dictada por el Tribunal Segundo de Apelaciones de la Policía Nacional Civil, la autoridad demandada erróneamente invoca la doctrina administrativa, que establece

que debe de prohibírsele al Tribunal de alzada que empeore la condición de quien interpuso la apelación, es decir que la sentencia no puede ser modificada en contra del apelante siempre que no apele la otra parte. Que tal afirmación riñe con el expresado artículo 75 inciso segundo que literalmente expresa: "(...) En la resolución del recurso se podrá modificar, revocar o confirmar el acto impugnado. En caso que se estime que la sanción que procede imponer debe ser menos gravosa, podrá determinar la que corresponda. En ningún caso la resolución podrá agravar la situación del administrado que interpuso el recurso".

Expresa además que, el Tribunal de Apelaciones violentó gravemente la precitada disposición al imponerle una sanción más gravosa, pues consta en autos que de la sanción interpuesta por el Tribunal Disciplinario Nacional de la Policía Nacional Civil, se interpuso recurso de apelación, circunstancia sine cuanon, para inhibir al Tribunal de Apelaciones de modificar la resolución recurrida en contra del actor, que dicha disposición no contiene excepción alguna, por lo que no se debe ignorar el contenido de la ley cuando su texto es claro. Que el Tribunal fundamentó dicha decisión en doctrina argentina, la cual no corresponde compararla con nuestra Ley Disciplinaria Policial, ya que la ley es clara y por lo tanto debe prevalecer.

Además, expresó que el Tribunal de Apelaciones ignoró el recurso de apelación interpuesto por la defensa, ya que en ningún momento hace alusión a este dentro de su resolución, por lo que de esa manera considera que se configura la violación a las disposiciones antes citadas.

La autoridad demandada, sobre este punto manifestó, que el artículo 75 de la Ley Disciplinaria Policial en su inciso final otorga la potestad a ese Tribunal de modificar la sentencia venida en alzada, y señala como fundamento ilustrativo para tal afirmación lo mencionado en la sentencia referencia 29-2005 de fecha dieciséis de julio de dos mil nueve, dictada por esta Sala, en la cual se estableció: "implica una prohibición del tribunal de alzada empeorar la condición o situación de quien interpuso la apelación. Por ende, la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del apelante – siempre que no apele la otra parte".

2) De la lectura de la resolución impugnada, se puede determinar que dicho ente colegiado puso en práctica el método de valoración probatoria conocido como "sana crítica", el cual es exigido en el artículo 47 de la Ley Disciplinaria Policial, (folio 53 frente), así como los principios procesales de búsqueda de la verdad real y la libertad probatoria, lo cual se despliega en el análisis detallado que se realizó de la diversidad de pruebas, tanto documentales, como testimoniales, que se recabaron a lo largo del procedimiento disciplinario realizado, tal como consta a folios 148 vuelto a folio 152 vuelto.

Eduardo J. Couture, al respecto dice: "La reforma en perjuicio consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario".

Según Marco Antonio Garrido, el fundamento de la prohibición de la reforma in peius encuentra su origen en la vigencia del principio acusatorio, que impide al tribunal, llamado a conocer del recurso, empeorar de oficio, la posición del recurrente, convirtiéndose en acusador, cuando las únicas partes acusadoras se han aquietado con la decisión impugnada.

Sin embargo, el artículo 75 de la Ley Disciplinaria Policial establece: "(...) En la resolución del recurso se podrá modificar, revocar o confirmar el acto impugnado. En caso que se estime que la sanción que procede imponer debe ser menos gravosa, podrá determinar la que corresponda. En ningún caso la resolución podrá agravar la situación del administrado que interpuso el recurso." De ello, se puede establecer que dicha disposición legal es clara al especificar que dicha prohibición opera cuando se esté conociendo de una apelación proveniente del administrado; no así cuando provenga de la contraparte, la Fiscalía General de la República, o como en este caso, el Delegado de la Inspectoría General de la Policía Nacional Civil.

En ese orden de ideas, tal como consta a folio 46, se ha establecido que tanto, el licenciado Alfredo Salvador P. Saca, en su calidad de Delegado de la Inspectoría General de la Policía Nacional Civil, como la licenciada Ana Margarita C., como defensora del Subinspector M.A.C.R., interpusieron respectivamente recurso de apelación ante el Tribunal Segundo de Apelaciones de la Policía Nacional Civil respecto de la resolución pronunciada el siete de enero de dos mil once, por el Tribunal Disciplinario Nacional de la Policía Nacional Civil. De ello, se determina que no se cumple con el presupuesto indicado por el principio procesal *reformatio in peius*, en el sentido que no se puede empeorar la situación del acusado, cuando sea su defensa la que apele, ya que existen apelaciones interpuestas por los profesionales antes citados, en sus respectivos caracteres.

Por lo tanto, es evidente que la decisión tomada por la autoridad demandada no ha vulnerado el principio *reformatio in peius*, debido a que, además de la apelación interpuesta por la defensora del actor, existe la apelación del Delegado de la Inspectoría General de la Policía Nacional Civil, lo que, como se ha señalado, constituye una excepción legal a dicho principio".

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 144-2012, fecha de la resolución: 03/07/2015.

Relaciones.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 28-2012, fecha de la resolución: 03/07/2015.

PUBLICIDAD ENGAÑOSA O FALSA

PRINCIPIO DE LEGALIDAD LA LEGITIMACIÓN DE UNA PARTE ES LA APTITUD PARA COMPARECER A EJERCER SUS DERECHOS EN EL PROCEDIMIENTO

"La demandante aseveró que los actos administrativos cuestionados son ilegales porque se violentó el principio de legalidad (artículo 86 de la Cn) pues *"habiéndose presentado todos los elementos suficientes para determinar la robustez de la falta de legítimo contradictor, la autoridad demandada ignoró tales argumentos"* que *"el error de la autoridad demandada deviene de considerar que las sociedades TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. y AMNET TELECOMMUNICATIONS LTDA. DE C. V. (...), son una misma unidad jurídica, económica y administrativa; cuando éstas no lo son (...) a pesar de haberse presentado durante el trámite del procedimiento sancionatorio elementos que permitan eviden-*

ciar la independencia entre ambas sociedades (...) tales como: los Testimonios de Escritura Pública de Constitución de ambas sociedades y, principalmente, los recibos donde se hacía constar que había sido AMNET quien canceló a la Agencia de Publicidad los valores totales resultantes del lanzamiento de toda la publicidad denunciada.” (negritas y subrayado suprimido).

Por su parte la autoridad demandada precisó que *“en los anuncios publicitarios analizados aparecía el logo de “Tigo” que pertenece a Telemóvil, el cual también puede ser utilizado por AMNET de conformidad al Acuerdo General de Cooperación suscrito por ambas sociedades, mediante el cual ponen a disposición una de la otra puntos de venta, centros de servicio, canales de distribución, distintivos comerciales, y otros, para la comercialización de sus productos y servicios. (...) no es cierto que el Tribunal entendiera que se trataba de la misma persona jurídica, por cuanto la calidad de proveedor que se le imputa a Telemóvil ha sido por el hecho de que el logo de “Tigo” constituye un indicativo de que la proveedora denunciada es responsable de la difusión de la publicidad cuestionada, (...) en el procedimiento sancionatorio, aparece a folios 18 (...) nota firmada por el gerente general de Telemóvil, (...) en que literalmente expuso “TIGO Televisión realizó el lanzamiento de cuatro nuevos canales (...)” (...) Lo anterior, evidencia que dicha publicidad tenía como objeto promover la adquisición del canal TDN, independientemente de quién se beneficiara con la contratación del servicio(...)” (negritas suprimidas).*

De los anteriores planteamientos esta Sala considera necesario en un primer momento realizar una aproximación a lo que debe entenderse por legitimación:

Autores como DevisEchandía, han considerado que *“tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda (...) por ser el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida (...) se deja así bien en claro que no se trata de la titularidad del derecho o la obligación sustancial porque puede que estos no existan, y que basta que se pretenda su existencia; por eso puede ser perfecta la legitimación en la causa y, sin embargo, declararse en la sentencia que dicho derecho y tal obligación (...) no existen realmente”.* DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso, T.I, Buenos Aires, Universidad, 1985, p. 310.

La legitimación, pues, va encaminada a determinar quién es la persona con aptitud de ser parte en un proceso o procedimiento concreto, como demandante (legitimación activa) o como demandado (legitimación pasiva).

En dicho sentido el titular de un ente administrativo, en ejercicio de sus facultades sancionadoras otorgadas por la norma, se encuentra legitimado para iniciar un procedimiento contra una persona natural o jurídica a quien se le considere infractor de la norma, estando obligada en todo caso la referida entidad, a probar la responsabilidad atribuida, durante la tramitación del procedimiento. Por otra parte, la persona –natural o jurídica– a quien se le atribuye la sanción será quien ostente la legitimación para actuar en el procedimiento, contradiciendo y defendiéndose de las imputaciones que le haga la Administración Pública, requiriéndose que la Administración establezca su culpabilidad o responsabilidad frente al ilícito atribuido.

La legitimación por tanto no atañe *per se* a la responsabilidad o culpabilidad del sujeto, sino a su aptitud para comparecer a ejercer sus derechos en el procedimiento, ya que pueda ser que concluido el mismo se determine que el sujeto a quien se le inició el procedimiento no era el responsable.[...]

La sociedad demandante aseguró que en ningún momento incurrió en la infracción de publicidad engañosa, argumentando que el TSDC no pudo comprobar que hubiera ordenado la referida publicidad, que el error del Tribunal radica en considerar que AMNET Telecommunications LTDA. de C.V. y Telemovil El Salvador, S.A. son una misma persona jurídica, existiendo entre ambas un acuerdo de cooperación empresarial, conservando cada una de las empresas su independencia jurídica y financiera.

Procede ahora, analizar la documentación que consta en el expediente administrativo, específicamente los contratos de colaboración o cooperación empresarial, para determinar si la existencia del contrato puede considerarse como un eximente de responsabilidad para Telemovil, S.A., por la publicidad que usa su marca”.

LOS CONTRATOS DE COOPERACIÓN EMPRESARIAL ENTRE SOCIEDADES BUSCAN ALCANZAR BENEFICIOS MUTUOS

“En nuestro sistema jurídico, poco se ha esbozado al respecto, sin embargo, doctrinariamente se concibe a los contratos de colaboración, como aquellos que tienen como función: *“la de cooperación para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del contrato; ese fin puede ser una gestión a realizar, un resultado a obtener, una utilidad a conseguir y partir (...) Fin que no necesariamente es común. El género se corresponde a quienes cooperan para alcanzar un fin que ha determinado el advenimiento del contrato (...) pero por finalidad común no basta la elección de este contrato (...) sino que, con ese contrato, satisfagan las partes una finalidad funcional común.”* (Richard, Efraín Hugo y Muiño, Orlando Manuel. Derecho Societario. Sociedades comerciales, civil y cooperativa. Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, tercera reimpresión, 2000, p. 781).

La cooperación entre las sociedades es una actividad económica compartida, con el objeto de alcanzar beneficios mutuos, desarrollando entre las empresas o sociedades participantes vínculos estrechos, conservando aún su identidad legal, empero, hay cierta reducción de la autonomía de las mismas, al fortalecer los lazos con la otra empresa, se hace indispensable sinergizar la actividad comercial y la toma de decisiones. A partir de la firma del acuerdo de cooperación empresarial –se registre o no– se crean relaciones de cooperación más igualitarias, los representantes o socios deben estar en una búsqueda constante del consenso, para alcanzar el fin común.

En el caso en estudio, la sociedad impetrante presentó en el procedimiento sancionatorio copia certificada por notario del acuerdo general de cooperación empresarial –folio 149 y siguientes del expediente administrativo–, donde constan las cláusulas acordadas por los representantes de las sociedades participantes, así la cláusula número DOS describe el objeto del mismo y dice *“El objeto del*

presente acuerdo es la colaboración entre ambas empresas, a efecto de poner a la disposición una de la otra, los distintos puntos de venta, centros de servicio al cliente, procesos de gestión de facturación y cobro a clientes, (...) call center, (...) entre otros, para la comercialización de los productos y/o servicios que cada una de ellas provee (...); y en la cláusula número CATORCE denominada USO DE LOS DISTINTIVOS COMERCIALES, se lee *“En virtud del presente acuerdo, ambas partes se comprometen a hacer un buen uso de los distintivos comerciales de la otra parte, sin que ello constituya ninguna especie de licencia de uso de las mismas. No obstante las partes acuerden – sic – que se podrá utilizar un solo distintivo para llevar a cabo el presente acuerdo según sus necesidades comerciales, deberá estipularse mediante el acuerdo anexo respectivo”*.

De lo anterior se concluye que es de la naturaleza del contrato firmado por las partes – Telemovil El Salvador, S.A. y AMNET Telecommunications LTDA. de C.V.– la puesta en común, no solo de los puntos de venta, centros de servicios, procesos de facturación y cobro, distintivos comerciales, etcétera, sino también, de las estrategias comerciales y el direccionamiento gerencial. Es inconcebible pensar que ante la presencia de un acuerdo de la magnitud del estudiado, y con el grado de identidad alcanzado entre las compañías contratantes, se pretenda evadir responsabilidades derivadas del mismo acuerdo. Puesto que al acordarse el uso compartido de los distintivos comerciales de suyo lleva imbitito la responsabilidad que genera el uso del mismo.

En ese sentido, en la cláusula CATORCE señala las *“partes se comprometen a hacer un buen uso de los distintivos comerciales de la otra parte, sin que ello constituya ninguna especie de licencia de uso de las mismas”*. Y es que el registro de un distintivo comercial genera derechos y cargas para su titular, derechos que puede ejercer frente a terceros que quieran aprovecharse ilegalmente del buen nombre de la marca, y responsabilidades frente a la administración por mal manejo de la misma”.

EL PROVEEDOR, COMO EL QUE ORDENA SU DIFUSIÓN, TIENEN RESPONSABILIDAD POR PUBLICIDAD ILÍCITA

“Siguiendo la misma línea, el acuerdo de cooperación empresarial es taxativo en puntualizar que el uso de los distintivos comerciales, no constituye licencia de uso de los mismos, consecuentemente, la responsabilidad total sobre el uso del mismo recae únicamente sobre el titular de la marca.

De los documentos agregados al expediente administrativo y de todo lo anteriormente relacionado esta Sala concluye, el TSDC no confundió a AMNET Telecommunications LTDA. de C.V. con Telemovil El Salvador, S.A., pues de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 de la LPC, el cual literalmente dice *“Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: (...) letra g) Realizar directamente u ordenar la difusión de publicidad engañosa o falsa. (...)”*, se colige que el tipo de la norma, no requiere que la publicidad engañosa o falsa objeto del procedimiento haya sido pagada por la persona natural o jurídica a quien se le atribuye la conducta, misma que en este caso no le ha sido atribuida a la sociedad demandante por la simple aparición del logo en la publicidad, sino,

y analizados que han sido los elementos probatorios de la campaña de expectativa, lanzamiento y sostenimiento del canal TDN, por el hecho de constituir todos los elementos de la campaña, indicativo que la sociedad propietaria de la marca “tigo” ordenó la publicidad objeto de conocimiento en el procedimiento administrativo, pues como se ha señalado, en el contrato de cooperación ambas sociedades determinaron expresamente que el uso de los distintivos no constituye licencia, por lo que la responsabilidad de la publicidad recae sobre Telemovil, S.A., entendiéndose consecuentemente que es esta sociedad la que ordenó la publicidad, lo cual encaja en la conducta que regula el artículo 31 de la LPC, el cual señala que “(...) *la responsabilidad por publicidad ilícita recaerá sobre el proveedor o anunciante que haya ordenado su difusión*”.

En suma, se han analizado los elementos probatorios *supra* relacionados, observando que en la publicidad que promocionó el lanzamiento del canal TDN, el logo que caracteriza la campaña e identifica es “Tigo”, campaña que ha sido respaldada por los ejecutivos nacionales y regionales de “tigo televisión”, lo cual a criterio de esta Sala es suficiente para determinar, que la sociedad impetrante estaba legitimada en el procedimiento sancionatorio”.

OFERTAR UN PRODUCTO O SERVICIO CON PUBLICIDAD QUE GENERE EXPECTATIVAS MAYORES, SIN ESPECIFICAR LAS RESTRICCIONES QUE EL MISMO TIENE, ES PUBLICIDAD ENGAÑOSA

“La sociedad impetrante argumentó respecto de este punto “que el TS coincidió con el craso error efectuado por la Presidencia de la Defensoría, que partió únicamente de los elementos de la campaña de expectativa del lanzamiento del canal TDN para justificar la omisión de información. Es decir, retomó a su conveniencia, aquellos elementos publicitarios que justificaran de cualquier manera la imputación, dejando de lado aquellos que por su naturaleza debían contener la información relevante sobre el servicio –análisis completo de la campaña de lanzamiento y penetración–”.

El TSDC por su parte manifestó que la “(...)publicidad denunciada promovía un nuevo canal de cable y ofrecía transmitir lo mejor de la liga española de fútbol profesional, basada, principalmente, en la figura de los equipos Real Madrid y FC Barcelona, la cual generaba la expectativa de que todos los partidos de ambos equipos serían vistos regularmente en dicho canal, como contenido principal de su programación (...) Es evidente, que la proveedora denunciada omitió información sustancial, puesto que la publicidad cuestionada no especificaba que la programación estaría sujeta a las limitantes antes señaladas, o que se transmitiría el prime time de la liga española, en las fechas programadas para los sábados y domingos (...)”(negritas suplidas)

En el expediente administrativo están agregadas copias y recortes originales de periódicos, donde se publicó el lanzamiento del canal TDN, en algunos recortes aparecen colores de fondo, el azul y rojo, los cuales son representativos del FC Barcelona, con las siguientes frases “El Barcita no contrata famosos los hace”, “Respeto y obediencia al Tricampeón” “CR9 puro modelo de carro”; en otros aparecen colores blanco, amarillo y negro, representativos del equipo Real

Madrid, con las siguientes frases: “Lo que a otros les falta al Madrid le sobra”, “Quien dijo Messi? Estas tres coronas por “jjuston” “Barca yo soy tu padre. CR9”; a folios 21 corre agregado recorte de periódico, donde consta que José Elizalde, coordinador de ventas Latinoamérica, Miguel Garay, CEO Regional de Tigo, Mónica Noguera, talento Telemundo, promocionan el lanzamiento de cuatro nuevos canales de televisión, se inserta en el texto de la nota “(...) Con esta innovación ahora los clientes Tigo podrán disfrutar de lo mejor de la Liga Española (...)”.

Asimismo, se ha examinado la resolución emitida por el TSDC a las ocho horas treinta minutos del día treinta de abril de dos mil diez, la que contiene el acto primario en el procedimiento administrativo sancionador, y se observa que ha sido considerado como fundamento para el fallo proveído, tanto los anuncios publicitados en la campaña de expectativa, de lanzamiento y sostenimiento de mercado, tomando en cuenta los anuncios de periódicos, notas periodísticas / relativas al lanzamiento, donde directivos de “tigo” promocionaban el lanzamiento del canal TDN junto a tres canales más, igualmente se vislumbra que fue considerada la nota informativa del gerente legal de Telemovil El Salvador, S.A., donde este proporcionaba los datos requeridos por la DC, y aclaraba que los partidos que serían transmitidos a través del canal TDN serían los partidos del “*prime time*” de la liga española, para los encuentros programados para los sábados a las diez de la noche hora de España, dos de la tarde hora de El Salvador y los domingos a las nueve de la noche hora de España, dos de la tarde hora de El Salvador, reforzando que en ese sentido “tigo” cumple con la oferta publicitaria de transmitir lo mejor de la liga española de acuerdo a las franjas de mayor audiencia establecidas por la liga nacional de fútbol profesional en España y el canal Televisión Española, quien distribuye la señal a nivel internacional”.

INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MATERIAL O TIPICIDAD

“De lo anteriormente relacionado, esta Sala realiza las siguientes consideraciones:

La tipicidad es una figura que se desenvuelve en el plano teórico mediante la declaración expresa 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 guardan similitud con las señaladas en las mismas. En otras palabras, no podrá haber sanción si la conducta atribuida al sujeto no puede ser subsumida en la infracción contenida en la norma.

Para la imposición de una sanción, es preciso que exista prueba del hecho, que la conducta del presunto infractor se adecue a los supuestos o elementos tipo que configuran la infracción.

El artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor establece que: “*La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios, deberán establecerse en forma clara y veraz, de tal manera que no den lugar a duda al consumidor en cuanto al origen, calidad, cantidad, contenido, precio, tasa o tarifa, garantía, uso, efectos y tiempo de entrega de los mismos.*”

Quedan prohibidas todas las formas de publicidad engañosa o falsa, por incidir directamente sobre la libertad de elección y afectar los intereses y derechos de los consumidores.

*Se considerará publicidad engañosa o falsa, cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario total o parcialmente falsa o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor; respecto a la naturaleza, **características**, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, tasa o tarifa **y cualquier otro dato sobre el bien o servicio ofrecido.***

La responsabilidad por publicidad engañosa o falsa recaerá sobre el proveedor o anunciante que haya ordenado su difusión, no sobre la agencia o agente de publicidad que contrate la pauta, ni sobre el medio que la difunda. Para mejor proveer, la Defensoría del Consumidor solicitará opinión al Consejo Nacional de la Publicidad, la cual no tendrá carácter vinculante. (...). (Negrillas suplidas)

De la citada disposición se deduce que dentro de los derechos básicos del consumidor está el de recibir del proveedor la información completa, precisa, veraz, clara y oportuna que determine las características de los productos y servicios a adquirir, así como también de los riesgos o efectos secundarios, si los hubiere; y de las condiciones de la contratación. Tal derecho se consigna en el artículo 4 literal a) de la Ley de Protección al Consumidor.

Se puede agregar entonces que no es una facultad sino una obligación de quien publicita un servicio que la información contenida sea clara y veraz, es decir que los datos que contenga han de ser verdaderos, fidedignos, deben corresponder con las condiciones reales de los bienes o servicios anunciados. Debe además ser comprobable, lo que significa que las características de los productos y servicios anunciados tienen que ser susceptibles de verificación, de confirmación suficiente, para ello debe darse toda la información para que ésta pueda ser eficaz, lo que no tiene por qué convertirla en extensa, lo que se busca es que no queden dudas al usuario de lo que está comprando.

La publicidad objeto de estudio, estuvo siendo promocionada a través de prensa escrita, radio, televisión, vallas y muppies, donde el objetivo principal era potenciar la imagen de los equipos FC Barcelona y Real Madrid, para atraer la atención de los potenciales consumidores, informar acerca del nuevo canal de deportes que entraría en la gama de canales que “tigo” televisión estaría brindando, y por supuesto captar el mayor número de clientes con la entrada del nuevo canal.

Esta Sala, considera que el consumidor promedio pudo haber interiorizado que cuando se publicitaba a través de los medios de comunicación, que “tigo” televisión estaría brindando por medio de la programación del canal TDN “lo mejor de la liga española” potenciando a los equipos Real Madrid y FC Barcelona como referentes de la liga, se transmitirían, sino todos, la mayoría de los partidos que estos equipos jugarían, y no solo aquella programación limitada al horario “prime time”, creando por consiguiente una percepción equivocada en el consumidor. Este error en los consumidores, es imputable únicamente a la entidad responsable de la campaña publicitaria, por la omisión de información esencial

para el buen entendimiento de la propuesta comercial denominada “lo mejor de la liga española”.

Por consiguiente la conducta realizada por Telemovil El Salvador, S.A., encaja en el tipo descrito en el artículo 31 de la LPC que prescribe que “(...) Se considerará publicidad engañosa o falsa, cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario total o parcialmente falsa o que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir a error, engaño o confusión al consumidor, respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, tasa o tarifa y cualquier otro dato sobre el bien o servicio ofrecido (...)”, constituyendo la misma una infracción grave conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la LPC que a su tenor literal establece que: “Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: (...) g) Realizar directamente u ordenar la difusión de publicidad engañosa o falsa. En el caso de difusión de publicidad por orden de otro, no será responsable el medio de comunicación que la difunda, ni la agencia de publicidad que contrate la pauta (...)”. Por lo tanto no existe violación al principio de legalidad material o tipicidad, alegado por la demandante”.

LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA ES UNA LIMITACIÓN A LOS DERECHOS DE LIBERTAD DE EMPRESA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

“3.2 De la violación al derecho a la libertad de empresa, en conexión con el derecho a la libertad de expresión.

De acuerdo a la demandante el TSDC ha violentado su derecho a la libertad de empresa, en conexión con el derecho a la libertad de expresión, en el sentido de que, con la sanción impuesta sienta un precedente que niega la posibilidad al empresario de formular sus estrategias comerciales de acuerdo a los usos y formas comúnmente aceptados en el mercado, limitando su libertad para realizar campañas publicitarias segregadas para la promoción de bienes y servicios, puesto que éstas podrían ser sujetas a control por parámetros equivocados y no atinentes a nuestra legislación. Afirmó que el TSDC no tiene las potestades legales para determinar en qué parte de la campaña publicitaria será necesario colocar la información, sin antes medir los grados de penetración e intensidad de la información de los mensajes publicitarios con sus efectos hacia el público, siendo las campañas publicitarias el principal mecanismo para atraer clientes y generar ganancias a través del lanzamiento de ofertas y promociones en el servicio de telefonía.

El TSDC por su parte manifestó que su actuación no tiene por finalidad impedir a la demandante que realice publicidad de los bienes y servicios que ofrece, sino más bien garantizar la observancia de los preceptos que la LPC establece en la actividad publicitaria. Su finalidad es proteger los derechos de los consumidores e impedir la difusión de publicidad engañosa, por cuanto el conocimiento exacto e íntegro de las características y naturaleza de los bienes y servicios que se comercializan en el mercado obra a favor del proveedor en desventaja de sus clientes, por lo que resulta necesario garantizar la simetría entre ambos sectores.

Al respecto esta Sala hace las siguientes consideraciones:

El artículo 102 de la Cn., señala *“Se garantiza la libertad económica, en lo que se oponga al interés social. El estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país.”*- Nuestro sistema económico se basa en el sistema de libre mercado, empero este debe responder a principios de justicia social, fomentando la igualdad entre todos y protegiendo a aquellos que se encuentren en una situación desventajosa por motivos económicos.

El derecho a la libertad de empresa –ha manifestado la Sala de lo Constitucional en las Sentencias del 12-XI- 2010 y 3-XII-2010, Amparos 664-2008 y 584-2008 respectivamente– *“que esta es una manifestación de la libertad económica e implica el reconocimiento de la libertad de los ciudadanos de afectar o destinar bienes a la realización de actividades económicas, con el objeto de producir e intercambiar bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicos del mundo económico contemporáneo y a fin de obtener un beneficio o ganancia. Concretamente, el derecho en cuestión consiste en: (i) la libertad de crear empresas que puedan emplear en el mercado la propiedad de los medios utilizados para la adquisición de bienes y servicios que sean necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial, y (ii) la libertad de realizar la gestión de la empresa —v. gr., el establecimiento de los objetivos propios de la empresa, su planificación, dirección y administración—*

Señala la Sala de lo Constitucional, en la Sentencia de Amparo pronunciada a las once horas y cinco minutos del día doce de noviembre de dos mil catorce, respecto del derecho a la libertad de empresa *“En las actividades económicas que se desarrollan en la sociedad convergen tanto los intereses privados como los de la colectividad, razón por la cual el Constituyente estableció una serie de directrices que rigen y orientan cómo debe ejercerse, entre otros derechos, la libertad de empresa para equilibrar y solucionar los conflictos de intereses. Ello se traduce en un mandato al legislador de normar las circunstancias en las que se reconoce tal derecho, sus condiciones y restricciones.*

Con el objeto de fomentar el comportamiento ético de los empresarios, promover la igualdad de oportunidades entre los mismos y proteger los intereses de los consumidores, se creó la Defensoría de Protección al Consumidor, con la finalidad de crear una institución descentralizada que promueva, coordine y ejecute la actuación pública en la protección de los derechos de los proveedores y consumidores. El artículo 79 de la LPC regula que *“Para el cumplimiento de su potestad sancionadora, la Defensoría contará con un Tribunal Sancionador, (...) que funcionará de manera permanente y estará integrado por tres miembros (...);”*;asimismo, el artículo 83 del mismo cuerpo legal prescribe *“Corresponde al Tribunal a) Instruir los procedimientos sancionatorios en materia de protección al consumidor; b) Imponer las sanciones o resolver lo que corresponda; (...)”*, estas potestades sancionatorias concedidas al Tribunal Sancionador no son absolutas, pues como todas las autoridades de la Administración Pública tienen como prevalencia el mandato constitucional de velar por el cumplimiento de la norma suprema, observando en la instrucción de los procedimientos administrativos el fiel cumplimiento de los derechos y garantías procesales.

En cuanto al derecho de libertad de expresión, el artículo 6 de la Cn regula *“Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan (...)”* Debe tenerse en cuenta que la Defensoría del Consumidor, por tanto el Tribunal Sancionador fue creado dentro de un organismo que tiene entre sus funciones el velar por los derechos de los consumidores, para que éstos puedan tener acceso a productos seguros. No es de su naturaleza, el interferir en los mecanismos o estrategias comerciales, por medio de las cuales los proveedores publiciten los bienes y servicios que tienen a disposición del público, sin embargo, sí es competencia del organismo que la información que llegue a los receptores consumidores sea clara y veraz, sin contenidos engañosos o falsos, es decir, que el mensaje recibido por los consumidores corresponda con las condiciones reales de los bienes o servicios anunciados. Quedando sujetos a la aplicación de la LPC, en cuanto a derechos y obligaciones por ella determinados, todos los consumidores y proveedores, sean éstos, personas naturales o jurídicas, en cuanto a los actos jurídicos celebrados entre ellos, relativos a la distribución, depósito, venta, arrendamiento comercial o cualquier otra forma de comercialización de bienes o contratación de servicios.

Una de las limitaciones a los derechos de libertad de empresa y a la libertad de expresión es precisamente, el realizar publicidad engañosa.

Consecuentemente y en concordancia con lo expresado en apartados anteriores el TSDC ha actuado conforme a la ley, al haber impuesto la sanción de multa dentro de los límites de la discrecionalidad administrativa y en virtud de la potestad sancionadora del mismo, sin que haya vulnerado el derecho a la libertad de empresa, en conexión con el derecho a la libertad de expresión”.

PARA EL CÁLCULO DE LA MULTA SE TOMA EN CUENTA EL SALARIO MÍNIMO DE INDUSTRIA

“Manifestó la parte actora que la multa impuesta por el TSDC fue tasada erróneamente con base a salarios mínimos del comercio, cuando debieron ser salarios mínimos de la industria, evidenciando un perjuicio para Telemovil El Salvador, S.A., al no contar con ningún soporte el pago de dicha cantidad.

Por su parte el TSDC manifestó en su oportunidad, que las alegaciones de la parte demandante en el sentido que la multa ha sido tasada de forma errónea, es totalmente improcedente, ya que el monto de la multa que se fijó a la parte actora se determinó en ciento cincuenta salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, según lo establece el artículo 46 de la LPC.

El artículo 46 de la LPC prescribe *“Las infracciones graves se sancionarán con multa hasta de doscientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria”*.

El TSDC motivó en su resolución de fecha treinta de abril de dos mil diez, los diversos criterios de graduación contemplados en la LPC, concluyendo que la multa a imponerse debía de ser de ciento cincuenta salarios urbanos en la industria, sancionando a Telemovil El Salvador, S.A. con la suma de treinta y un mil ciento cuarenta dólares (\$31,140.00), equivalentes a doscientos setenta

y dos mil cuatrocientos setenta y cinco colones (¢272,475.00), en concepto de multa, por la infracción prevista en el artículo 43 letra g) de la LPC.

Esta Sala verifica que según Decreto Ejecutivo número CIENTO TREINTA Y CINCO publicado en el Diario Oficial de la República el día veintidós de diciembre de dos mil ocho, Diario número doscientos cuarenta y uno, Tomo trescientos ochenta y uno; que contiene las tarifas de salario mínimo para los trabajadores del comercio, industria, servicios, maquila textil y confección, se determinó que a partir del uno de enero de dos mil nueve, la remuneración del salario mínimo vigente a la fecha en que acaecieron los hechos, para los trabajadores de la industria por jornada ordinaria de trabajo diario diurno, era de seis dólares con setenta y siete centavos (\$6.77) equivalentes a cincuenta y nueve colones con veintitrés centavos de colón (¢59.23), siendo en consecuencia el salario mínimo mensual de doscientos tres dólares diez centavos (\$203.10), equivalentes a un mil setecientos setenta y siete colones con doce centavos de colón (¢1,777.12).

De lo anterior se concluye que tal como lo ha expuesto en su demanda Telemovil El Salvador, S.A., la multa fue calculada erróneamente.

Es necesario recordar que esta Sala ha sostenido que la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro país 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, superando la postura del mero carácter revisor. En tal sentido, en el presente caso, es necesario determinar la cuantificación de la multa.

Esta Sala evidencia que la determinación de la multa hecha por el TSDC en su resolución de fecha treinta de abril de dos mil diez, está tasada erróneamente, al determinar que la multa impuesta, correspondiente a ciento cincuenta salarios urbanos en la industria, era de treinta y un mil ciento cuarenta dólares (\$31,140.00), equivalentes a doscientos setenta y dos mil cuatrocientos setenta y cinco colones (¢272,475.00), siendo lo correcto, treinta mil cuatrocientos sesenta y cinco dólares (\$30,465.00), equivalentes a doscientos sesenta y seis mil quinientos sesenta y ocho colones con setenta y cinco centavos de colón (¢266,568.75).

4. CONCLUSIÓN

Luego de realizar el análisis correspondiente, esta Sala ha establecido que el TSDC, actuó de forma legal al sancionar a Telemovil El Salvador, S.A., por el cometimiento de la infracción prevista en el artículo 43 letra g) de la LPC, consistente en realizar directamente u ordenar la difusión de publicidad engañosa o falsa; sin embargo, esta Sala también ha establecido que la determinación de la multa impuesta por la autoridad demandada no es acorde con lo establecido en el artículo 46 de la LPC, por lo tanto la determinación de la misma es ilegal y tendrá que ordenarse a la autoridad demandada que ajuste la multa y la calcule en base a lo establecido en el artículo relacionado y los parámetros establecidos en esta sentencia.

Finalmente se debe apuntar, que debido a que el acto que resolvió el recurso de revocatoria, confirmo la resolución recurrida, seguirá la misma suerte del originario y se procederá a declarar su legalidad en cuanto a la confirmación de la sanción”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 369-2010, fecha de la resolución: 21/10/2015.

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

CONSTITUYEN UNA GARANTÍA PARA LOS AFECTADOS POR RESOLUCIONES QUE ADVERSEN EN LA MEDIDA QUE LES ASEGURAN LA POSIBILIDAD DE REACCIONAR CONTRA ELLAS

“En diferentes oportunidades, esta Sala ha expresado que los recursos son los instrumentos que la ley provee para la impugnación de las resoluciones, a efecto de subsanar los errores de fondo o de forma en que se haya incurrido al dictarlas. Constituyen entonces, una garantía para los afectados por actuaciones de la administración, en la medida que les asegura la posibilidad de reaccionar ante ellas, y eventualmente, de eliminar el perjuicio que comportan. Gran parte de nuestras leyes regulan medios impugnativos en sede administrativa, para asegurar que los actos de aquélla se realicen conforme al orden legal vigente.

Para hacer efectivo el referido control, la ley crea expresamente la figura del recurso administrativo como un medio de defensa para deducir, ante un órgano administrativo, una pretensión de modificación o revocación de un acto dictado por ese órgano o por un inferior jerárquico. Los recursos administrativos se convierten en la vía utilizada por los administrados para solicitar a la administración pública la modificación de una resolución administrativa que afecta su esfera jurídica, y que se considera ilegal”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 446-2012, fecha de la resolución: 09/02/2015.

Relaciones:

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 445-2012, fecha de la resolución: 20/05/2015.

RECURSOS POTESTATIVOS

ELEMENTOS QUE DEBEN CONCURRIR PARA SU CONFIGURACIÓN

“La regla general es que, de ser posible, el administrado debe controvertir previamente en sede administrativa la actuación que le causa agravio antes de demandar en sede judicial contencioso administrativa. Este enunciado general, no será obstáculo para admitir ciertas inflexiones a la exigencia judicial del requisito, como cuando sea posible considerar el uso de ciertos recursos de carácter potestativo.

Esta Sala ha entendido que existen razones para que determinado recurso administrativo pueda considerarse de uso potestativo: (i) Cuando el recurso se encuentre regulado en fuente distinta a la ley o a la ordenanza; (ii) Cuando el derecho del administrado y la autotutela administrativa se hayan satisfecho con otro recurso administrativo ante la misma autoridad en el mismo procedimiento; e, (iii) Cuando la ley así lo establezca”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 446-2012, fecha de la resolución: 09/02/2015.

RESERVA DE LEY

OBLIGA A REGULAR LA MATERIA CONCRETA CON NORMAS QUE POSEAN RANGO DE LEY

“El principio de legalidad es un principio fundamental del Derecho Público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la Ley, de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas. Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la seguridad jurídica.

Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho Público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un Estado de Derecho, pues en él, el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

En íntima conexión con este principio, la institución de la reserva de Ley obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de Ley, particularmente aquellas materias que tienen que ver la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo. Por lo tanto, son materias vedadas al reglamento y a la normativa emanada por el Poder Ejecutivo. La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder legislativo, refleja la doctrina liberal de la separación de poderes. Recibe un tratamiento dogmático especial en el Derecho Administrativo, el Derecho Tributario y el Derecho Penal”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 333-2009, fecha de la resolución: 26/02/2015.

SEGURIDAD JURÍDICA

CERTEZA QUE TIENE EL INDIVIDUO DE QUE SU SITUACIÓN JURÍDICA NO SERÁ MODIFICADA MÁS QUE POR PROCEDIMIENTOS REGULARES Y CONDUCTOS ESTABLECIDOS PREVIAMENTE

“e) Seguridad Jurídica.

La Seguridad Jurídica es un principio universalmente reconocido del Derecho que se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno.

La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegará a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación. En resumen, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, y conductos establecidos previamente”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 333-2009, fecha de la resolución: 26/02/2015.

Relaciones.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 446-2012, fecha de la resolución: 09/02/2015.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 372-2011, fecha de la resolución: 11/09/2015.

SERVICIO POSTAL

SANCIÓN POR FALTA DE CUMPLIMIENTO AL SERVICIO POSTAL

“El Principio de Legalidad consagrado en nuestra norma suprema, se erige para la Administración Pública, no como un mero límite de la actuación administrativa, sino como el legitimador de todo su accionar.

En virtud de lo anterior se afirma que las facultades con que se encuentran revestidos los entes y órganos de la Administración Pública para la consecución de sus fines, están expresamente consignadas en la normativa jurídica reguladora de la actividad pública que están llamados a desarrollar. En consecuencia, los titulares tienen la obligación de supeditar las facultades encomendadas conforme a los lineamientos establecidos en la Ley. Contrario sensu, conllevaría transgresiones a la Ley y por supuesto violación al Principio de Legalidad.

Esta Sala ha declarado en anteriores resoluciones que la conexión entre el Derecho y el desarrollo de las actuaciones de la Administración, se materializa en la atribución de potestades, cuyo otorgamiento habilita a la Administración a realizar sus actos. En virtud de lo anterior, el reconocimiento del Principio de Legalidad contemplado en nuestra Constitución implica que la Administración Pública en el país puede ejecutar sólo aquellos actos que el bloque jurídico le permite, y en la forma en que en el mismo se regule, es decir, sólo puede actuar cuando la Ley la faculte y en los términos que la delimite. La Administración Pública puede única y exclusivamente dictar actos en ejercicio de atribuciones previamente conferidas por la Ley, y de esta manera instaurar el nexo ineludible acto-facultad-ley. En consecuencia, aquellos actos que en su procedimiento de creación omitan el anterior trinomio, resultarán ilegales.

La parte demandante enmarca la transgresión al expresado principio en el hecho que la sanción que le fue impuesta se cimentó en la falta de cumplimiento al servicio postal contratado por la señora María de los Ángeles G.S., situación que no apoya ya que de conformidad al artículo 9 del Acuerdo tipo EMS Multilateral, como base para el intercambio internacional de envíos entre operadores postales, —instrumento normativo ratificado por el país y por tanto Ley de la República— utilizado por la señora María de los Ángeles G.S., contempla la forma de resarcir los daños a los usuarios por pérdidas de naturaleza postal, por lo que ante el extravío del paquete ocasionado quiso indemnizarla con la cantidad de dinero contemplada en dicho acuerdo, cantidad que no fue aceptada. De ahí, que considera que no le era atribuible la sanción cuando trató de responder por los daños materiales ocasionados a la consumidora, a pesar de no ser la responsable del extravío de los documentos.

En síntesis considera que la autoridad aplicó como base la normativa de consumo, pero no le dio importancia al acuerdo aludido, violando así el referido artículo 9 letra b)”.

OBJETO DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

“Por su parte la autoridad demandada manifestó que el objeto de la Ley de Protección al Consumidor es determinar si se ha configurado una infracción a la

norma de consumo en los términos de prestación del servicio, si dicho incumplimiento constituye per se una infracción de consumo, conforme a lo regulado en el artículo 43 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, de ahí la imposición de la multa. Agregó que si bien los tratados internacionales regulan el ámbito de las compensaciones por daños y extravíos de la correspondencia, esa es una situación distinta a la infracción atribuida.

Conforme a la problemática planteada es necesario realizar algunas acotaciones sobre la finalidad de la Ley de Protección al Consumidor y su vinculación con la denominada relación de consumo.

La Ley de Protección al Consumidor, de conformidad a lo expresado en sus considerandos, surgió a la vida jurídica con el fin, entre otros, de cumplir con la obligación de propiciar el desarrollo económico y social, motivación que guarda coherencia propia con el artículo 101 de la Constitución.

Como parte de ello se deben crear condiciones óptimas tanto para el incremento de la producción de bienes como para la defensa de los intereses de los consumidores. Debe el Estado, en este contexto, además de fomentar la libre competencia, conferir a los consumidores de los derechos necesarios para su legítima defensa.

Así encontramos que el objeto de la ley se encuentra regulado en el artículo 1, el cual es proteger los derechos de los consumidores a fin de procurar el equilibrio, certeza y seguridad jurídica en sus relaciones con los proveedores.

Por su parte, el artículo 2 prescribe el ámbito de aplicación: *“Quedan sujetos a esta ley todos los consumidores y los proveedores, sean estas personas naturales o jurídicas en cuanto a los actos jurídicos celebrados entre ellos, relativos a la distribución, depósito, venta, arrendamiento comercial o cualquier otra forma de comercialización de bienes, o contratación de servicios”*.

ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA RELACIÓN DE CONSUMO

“El concepto de relación de consumo expresado por este artículo tiene dos elementos: uno objetivo y el otro subjetivo. Según el primero, quedan comprendidos en el ámbito de la ley los actos jurídicos relativos a la distribución, depósito, venta, arrendamiento o cualquier otra forma de comercialización de bienes o servicios. El otro elemento, que es el subjetivo, exige que en una relación contractual sujeta al ámbito de la ley de consumo una de las partes tenga calidad de proveedor y la otra de consumidor. Al conjuntarse ambos elementos, estamos en presencia de un acto o relación de consumo.

Ahora bien, las actividades que deben ejercerse profesionalmente para ser considerado proveedor están descritas en el artículo 3 letra b) “ Para los efectos de la presente ley se entenderá por: (...) b) **Proveedor:** *“toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, suministro, construcción, distribución, alquiler, facilitación, comercialización o contratación de bienes, transformación, almacenamiento, transporte, así como de prestación de servicios a consumidores, mediante el pago de precio, tasa o tarifa”*.

De manera que esta Ley de Protección al Consumidor se aplica en todas las relaciones comerciales —transacciones entre compradores y vendedores para adquirir productos o servicios a cambio de un precio, tasa o tarifa—, con la finalidad o el propósito de salvaguardar a los consumidores, ya que éstos, al adquirir bienes y servicios, pueden encontrarse en una posición de desigual o asimétrica frente al proveedor. Se entendería por “servicio” cualquier actividad remunerada, suministrada en el mercado de consumo.

Se procedió a revisar el expediente administrativo remitido, del cual se corrobora que:

(i) El diez de agosto de dos mil diez, María de los Ángeles G.S., denunció a la Dirección General de Correos de El Salvador, debido a que el veintiuno de enero de dos mil diez, contrató con ellos el envío de un paquete, el cual nunca llegó a su destino, y como respuesta le manifestaban que no era responsabilidad de ellos explicar la pérdida del envío sino de la Aerolínea TACA (folio 1).

(ii) Factura N° 09DS002F 0129837 extendida por Fondos de Actividades Especiales del Ministerio de Gobernación a nombre de la señora Marielos G. por la cantidad de veintitrés dólares con setenta y tres centavos, equivalente a doscientos siete colones con sesenta y tres centavos en concepto de envío de un paquete a México (folio 6).

(iii) Comprobante de envío a través del Servicio EMS EL SALVADOR, el día veintiuno de enero de dos mil diez (folio 5).

(iv) Nota de fecha dos de febrero de dos mil diez, suscrita por la Encargada de Reclamos EMS de Correos de El Salvador en la que remite el caso de la señora G.S. a la Gerencia de Inspección Postal en vista que conforme a las gestiones realizadas con la oficina de tránsito, el paquete no había sido recibido en México (folio 40).

(v) Nota de fecha doce de febrero de dos mil diez, suscrita por el Gerente de Control e Inspección Postal de Correos dirigida al Director General de Correos en la que le informó que el envío en referencia fue entregado a TACA el veintidós de enero de dos mil diez, pero en vista de que éste no fue entregado a su destinatario, siendo extraviado por dicha compañía aérea solicita la autorización del pago de indemnización a la señora Marielos G., por un valor de 30 DEG (folio 26)”.

LA DIRECCIÓN GENERAL DE CORREOS SIENDO UNA DEPENDENCIA DEL MINISTERIO DE GOBERNACIÓN PRESTA UN SERVICIO PÚBLICO, POR LO TANTO ENCAJA EN LOS SUPUESTOS ESTABLECIDOS EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

“Ante los hechos ocurridos, se llega a las siguientes afirmaciones: primero, que la Dirección General de Correos siendo una dependencia del Ministerio de Gobernación presta un servicio público teniendo como funciones el recibo, transporte y entrega de la correspondencia, entendiéndose por correspondencia, envíos depositados en las Oficinas de Correos, para ser entregados a un destinatario bien en la misma localidad o en diferentes lugares de un territorio o fuera de él; y segundo vende el servicio postal (hecho que se ve reflejado en la parte superior al lado izquierdo de la factura extendida por el Ministerio de Gobernación a través del Fondo de Actividades Especiales, es decir estipula precios, a fin de

ejecutar el servicio contratado, por tanto encaja en los supuestos establecidos en la Ley de Protección al Consumidor, (hay un proveedor un consumidor y un acto de consumo) por tanto está sujeto al cumplimiento de la ley en referencia.

Dejando sentada tal verdad, se procede a examinar el actuar de la Administración Pública al imponer una sanción a la Dirección General de Correos.

La Ley de Protección al Consumidor en su artículo 40 prescribe: «*Las infracciones a las disposiciones de la presente ley y demás disposiciones aplicables en materia de consumo, imputables a los proveedores serán sancionados administrativamente, en los casos y en la forma que se regula en los artículos del presente título (...)*»

El artículo 43 letra e) regula «**Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes: (...) e) *No entregar los bienes o prestar los servicios en los términos contratados (...)*». *negrillas suplidas***

Es de mencionar que el prestador del servicio debe cumplir las disposiciones pactadas, cuando los usuarios soliciten la prestación de algún servicio, esté o no cubierto por una garantía, serán atendidos en los términos y en los plazos acordados.

En ese sentido el supuesto de hecho o la conducta típica contemplado en el mencionado artículo que tiene como consecuencia jurídica la atribución de una sanción es la de “*no entregar o no prestar*”.

De acuerdo a lo examinado en el expediente administrativo la señora Marielos G.S. contrató con la Dirección General de Correos el servicio de correspondencia EMS, un servicio especial, —que se caracteriza porque se le incorpora una tasa adicional al cobro del servicio básico y se otorgan generalmente a pedido del cliente para que reciban un tratamiento especial ya sea durante su transporte o entrega — comprometiéndose a entregar el mismo, a la señora Marta Elsa O. en cuatro días quien reside en la Ciudad de México, sin embargo el paquete nunca le fue facilitado. En otras palabras hubo un incumplimiento una falta de entrega en los términos contratados generando como consecuencia la sanción impuesta.

La sociedad demandante sostuvo que “*no era la responsable de la pérdida debido a que se comprobó que fue TACA la que extravió el paquete*”, no se estima un argumento válido y legítimo, debido a que de acuerdo al documento que consta en el expediente administrativo el cual ha sido descrito en el romano (ii), la señora no contrató en ningún momento el envío de sus documentos con la aerolínea —es más el consumidor desconoce el medio que ésta iba a emplear a fin de cumplir con lo pactado— TACA, sino con la Dirección General de Correos, un acuerdo que atañe únicamente a ambos.

Que si bien es cierto la aerolínea actuó con negligencia al haber perdido el paquete, debe advertirse que es un compromiso ajeno a la señora G.S.; no es vinculante, ya que es la Dirección General de Correos como institución quien contrató con ellos un servicio de transportación aéreo y ante la falta de responsabilidad de ésta al rendirle el servicio de traslado, pues le quedaba expedito demandar a tal compañía por su informalidad.

Así pues se considera que la Dirección General de Correos es quien asume toda la responsabilidad”.

AUSENCIA DE LA VIOLACIÓN, YA QUE EL TRIBUNAL SANCIONADOR APLICÓ LA SANCIÓN EN RAZÓN DE LA CONDUCTA INFRACTORA POR PARTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE CORREOS

“Al respecto alega que existe un conflicto entre normas, asevera que hay Acuerdos Internacionales que regulan la responsabilidad que las Administradoras Postales adquieren ante un caso de eventual pérdida de un envío EMS y señala el Acuerdo EMS Multilateral, haciendo referencia al artículo 9 literal b), por tanto la Administración Pública al resolver debió regirse por este más que por la Ley de Protección al Consumidor.

Procede indicar que entendemos por conflicto normativo aquella situación de incompatibilidad que se produce 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.

Debe agregarse que el Acuerdo EMS Multilateral, adoptado por nuestro país de conformidad al artículo 61 del Convenio Postal Universal (Beijing 1999), (agregado desde el folio 109 del expediente administrativo) en el artículo 9 literal A consigna: **«Dentro de los límites de responsabilidad establecidos en el artículo 9 literal B, un operador EMS será responsable y deberá responder por todos los daños ocasionados en la estricta ejecución de las obligaciones derivadas del presente Acuerdo, haya confiado o no el cuidado y el transporte de los envíos EMS a un agente o a un subcontratista, excepto cuando circunstancias independientes de su voluntad o la de su subcontratista (tales como catástrofes naturales, casos de fuerza mayor, decisiones de los gobiernos o de organismo estatales, etc.) impidan la ejecución del servicio (...)**» negrillas suplidas.

Continuando con ello el literal B prescribe: **“La indemnización que el operador de distribución podría tener que pagar en caso de pérdida o de daño, ya sea que esa pérdida o ese daño se deba o no a una negligencia, a un robo o a otro motivo, no podrá ser superior a 130 DEG en el caso de un envío EMS que contenga mercaderías y a 30 DEG para un envío EMS, que contenga documentos (...)**». Negrillas suplidas.

En efecto tal como lo explica la parte demandante tal disposición contempla que ante la pérdida de documentos, procede indemnizarse a la persona dañada estipulando en su caso la cantidad de 30 DEG, es de entender que la Dirección General de Correos está obligada a regirse a los lineamientos suscritos en Convenios o Acuerdos internacionales de naturaleza postal, que determinan la forma de resarcir los daños a los usuarios por pérdida o expoliaciones de envíos, como en el presente caso.

Debe advertirse que el Tribunal Sancionador no cuenta con la facultad de obligar a los consumidores a aceptar cierto arreglo a fin de solucionar la problemática que se le plantea, en el presente caso la señora G.S. no quiso aceptar la cantidad que se le ofreció, hecho que no tiene nada que ver con la decisión finalmente tomada.

La Ley de Protección al Consumidor como quedó reflejado en párrafos anteriores de esta sentencia tiene por objeto primordial el de proteger los derechos de los consumidores a fin de procurar el equilibrio, certeza y seguridad jurídica en sus relaciones con los proveedores. El Tribunal Sancionador respetó principios como el de legalidad y de tipicidad, el cual éste último radica en que la imposición de toda sanción debe ser precedida por una previsión normativa en la que se describa de manera clara, precisa e inequívoca la conducta objeto de prohibición con todos sus elementos configurativos. Es decir, se requiere la existencia de una precisa definición de la conducta que la Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, cumpliendo con los requisitos de *lex praevia* y *el de lex certa*.

Para la imposición de una sanción, es preciso que exista prueba del hecho, que la conducta del presunto infractor se adecue a los supuestos o elementos tipo que configuran la infracción, a fin que ésta sea subsumible en la norma con base en la cual se pretende sancionar”.

DIFERENCIA ENTRE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA

“Siendo de vital importancia aclarar que nos encontramos ante dos conceptos jurídicos diferentes para el caso indemnización de perjuicios se entiende como aquella acción que se le otorga al acreedor o a la víctima para exigir de parte de su deudor o bien del causante de un daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación instaurada entre las partes o la reparación del-mal causado a la víctima y sanción es la sanción administrativa es un mal impuesto como consecuencia de una actuación que constituye el supuesto hipotético de la infracción y que consiste, básicamente, en la privación de un bien o de un derecho, la imposición de una obligación o, incluso, el arresto del infractor.

De ahí que no se configura ningún tipo de ilegalidad en el actuar de la autoridad demandada, ya que el Tribunal Sancionador aplicó la sanción en razón de la conducta infractora por parte de la Dirección General de Correos”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 477-2010, fecha de la resolución: 12/06/2015.

SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS

FINALIDAD ES PROCURAR LA ATENCIÓN DE NECESIDADES COLECTIVAS

“En términos generales, se consideran servicios públicos aquellas actividades que cubren o satisfacen las necesidades colectivas esenciales de los habitantes por un procedimiento. La imprecisión del concepto vertido está directamente relacionado con la política de país de cada Gobierno; así la determinación de cuales necesidades son esenciales de la población varían de Estado a Estado, según sea su inmersión o paternalismo respecto del pueblo. Países más liberales no considerarán como servicio público el transporte colectivo; mientras que en nuestro país, el legislador se encargó de perfilarlos como tal.

El artículo 110 inciso cuarto de la Constitución, determina que el Estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan, la Carta Magna nos deja ver que los servicios, no tienen necesariamente que ser suplidos por el Estado, sino que permite que personas privadas los gestionen. No obstante, el mismo artículo fija expresamente, que le corresponde únicamente al Estado regular y vigilar los servicios públicos; es decir que pese a que se permite que la gestión de los mismos sea proveída por un particular, el desenvolvimiento en la prestación del servicio se rige dentro del Derecho Público, donde la Administración Pública ejerce un rol de contralor para asegurar que dicho servicio se provea de la manera correcta.

El régimen jurídico que le corresponde, se justifica por el interés colectivo que satisface, y que supone por parte del Estado el ejercicio del control sobre la gestión del servicio público, toda vez que pueda imponer restricciones administrativas desde su creación (por medio de un contrato de concesión), su funcionamiento (multando, o revocando la concesión), o bien estableciendo los requisitos que deban verificarse para el correcto funcionamiento del servicio público (modificaciones excepcionales mientras se encuentra vigente el contrato de concesión). Es por ello, que puede excepcionalmente y bajo los canales legales correspondientes, modificarse la prestación del servicio, cuando el interés público así lo imponga, con el objeto único de mejorar el servicio”.

TITULARIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO

“Es de la esencia que la demanda del servicio público, lo ejerce la generalidad de habitantes, como aspirantes potenciales a que el servicio les sea prestado (aunque no hagan uso material de este, es decir que el acceso debe ser posible a la generalidad, aunque el potencial usuario no llegue a materializar el uso efectivo del servicio).

La oferta en cambio debe proveerla el Estado, quien podrá servirse de cualquiera de las formas legales de gestión de los servicios públicos, ya sea: **a)** de manera directa, cuando el Estado lo gestiona y provee él mismo de manera exclusiva, a través de órganos de la Administración central, o entes descentralizados y autónomos –v.gr. administración de justicia–; **b)** de manera mixta, donde el Estado de manera conjunta con una persona privada, crea una empresa de economía mixta, compuesto el capital social por una parte de la Administración Pública, y por otra de la persona privada, con el objeto de satisfacer la necesidad de la generalidad de habitantes –v.gr. Manejo Integral de Desechos Sólidos, Sociedad por Acciones de Economía Mixta y de Capital Variable–; y **c)** de manera indirecta, a través de personas privadas; en este caso la potestad naturalmente le corresponde a la Administración Pública, por tener reservada su titularidad, pero la normativa le faculta delegar su gestión a un tercero privado por medio [entre otros] de un contrato administrativo llamado concesión, para que este explote la administración del servicio público por tiempo determinado [ALBERTSEN, Jorge. *Exclusividad y libertad en los servicios públicos*. Instituto de Estudios de Derecho Administrativo. Ediciones Dike. Mendoza, Argentina. 2001, P. 83]”.

CARACTERÍSTICAS

“La doctrina define como notas distintivas del servicio público, gestionar el servicio de manera: continua, regular, uniforme, general y obligatoria. Esto significa que son derechos del usuario, y como contracara natural, obligaciones del Estado o bien del particular que gestione el servicio público. En armonía jurídica, el RGTT en el artículo 37, al hablar del servicio público de transporte colectivo de pasajeros, prescribe que este tiene « *...por objeto satisfacer con continuidad, regularidad, generalidad, obligatoriedad y uniformidad, en igualdad de condiciones para todos los usuarios, las necesidades comunitarias de carácter general en materia de transporte. Dichos servicios serán prestados por empresas concesionarias, vinculadas al Estado a través de contratos de concesión seleccionadas mediante procedimiento de licitación pública.*»

En esta línea la Sala de lo Constitucional, en la resolución del proceso de inconstitucionalidad 33-37/2000 de las ocho horas y veinte minutos del día treinta y uno de agosto de dos mil uno, expresa que la gestión que preste el servicio público debe estar «*sujeta a un régimen jurídico que garantice la continuidad, regularidad y generalidad del servicio.*»

La LTTTSV en el artículo 3, número 2 perfila la exclusividad de la materia en relación a la autorización y establecimiento de rutas, frecuencia y fluidez de la circulación vehicular del servicio colectivo de pasajeros, así como la concesión de líneas que se deban establecer. De esta manera, es claro que el servicio público de transporte colectivo de pasajeros, es materia de la LMSV.

En congruencia perfecta, el artículo 32 inciso primero, parte final de la misma ley determina que: «*Las líneas y rutas son propiedad del Estado, las cuales son otorgadas en concesión a los prestatarios a través del Viceministerio de Transporte*». Así, la ley de manera congruente con lo previsto en la Carta Marga, prevé que el servicio de transporte público colectivo de pasajeros es una actividad en la que el Estado se ha reservado la titularidad de las líneas y rutas, no obstante la gestión puede ser delegada a entidades privadas mediante la concesión, previo cumplimiento de los demás requisitos legales y contractuales; sin que ello signifique que la Administración Pública pierda las facultades de control y supervisión sobre quien presta dicho servicio, ya que nunca se desprende el Estado de su titularidad sobre el servicio público. Es relevante resaltar, que ya la ley limita y determina claramente, que tanto las líneas como las rutas serán otorgadas únicamente en concesión. Las autorizaciones como medio de gestionar el servicio público, no las prevé la ley, sin embargo, tienen cobertura jurídica por los decretos legislativos transitorios como más adelante se explicará”.

CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE COLECTIVO ATENDIENDO A SU FIN

“En consonancia los artículos 27 de la misma ley en comento, y el 36 del RGTT, nos clasifica los servicios de transporte **colectivo** atendiendo a su fin, en dos: **(a)** servicios públicos, y **(b)** los servicios de oferta libre, estos en contraposición a los servicios públicos, la ley los define como los pactados entre el trans-

portista y una persona pública o privada, cuyo objeto es el traslado de pasajeros de un punto de origen a un punto de destino sin realizar paradas intermedias en su recorrido, las modalidades de servicio son de: personal, aeroportuarios, para estudiantes, y turismo-excursiones.

Se evidencia que el legislador dentro de la misma LTTTSV prevé actividades distintas al servicio público (las de libre gestión), que si bien se encuentran vinculadas con la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, están reguladas de forma diferente, ya que la técnica jurídica por medio de la cual la Administración Pública habilita a los particulares para realizar estas actividades privadas, es la autorización, la cual se aclara desde ya, es marcadamente distinta a la de concesión.

En el caso sub-júdice el actor manifiesta a folio 4 frente, que su autobús además de prestar el servicio de transporte colectivo de pasajeros, presta además servicios privados de transporte de niños a los centros escolares, y a otros servicios privados hacia comunidades y grupos religiosos. En este punto es relevante aclarar que el primer servicio es un servicio público; mientras que los segundos –de tinte privado– caen dentro de la categoría de servicios de oferta libre, los cuales están únicamente sujetos a autorización por parte de la Dirección de Transporte. Si bien, es la misma Dirección la que está a cargo de regular ambos medios, los mismos están sujetos a requisitos diferentes, lógicamente y atendiendo a su naturaleza. Es decir que un permiso para la prestación de un servicio público, no le faculta al actor a prestar un servicio de libre gestión, ni viceversa.

LOS SERVICIOS PÚBLICOS SE OTORGAN POR MEDIO DE UNA CONCESIÓN Y A LOS CONCESIONARIOS SE LES EXTIENDE UN PERMISO DE OPERACIÓN DE TRANSPORTE; LOS SERVICIOS DE OFERTA LIBRE REQUIEREN SIMPLEMENTE UN PERMISO

“La diferencia entre esta clasificación no es sutil ni de grado; ya que los primeros, es decir, los servicios públicos se otorgan por medio de una concesión para un período de diez años, (artículos 31 y 47 de la LTTTSV); y a los concesionarios de estos servicios, además se les extiende un permiso de operación de transporte. En tanto que los segundos (de oferta libre), el interesado presenta una solicitud al Viceministerio de Transporte, quien en caso de verificar los requisitos simplemente autoriza la prestación de estos servicios de oferta libre en cualquiera de sus modalidades y, también se les extiende un permiso (artículo 27 bis de la LTTTSV).

Se determina de esta clasificación legal, que el **servicio público** de transporte colectivo de pasajeros, únicamente puede otorgarse por medio de una concesión; a través del proceso de licitación pública, y así desembocar en el contrato de concesión, procedimiento garantista, a razón de proteger el bienestar de la colectividad (artículo 31 de la LTTTSV). La única similitud entre ambos servicios de transporte colectivo (público y privado –denominado este último por ley: oferta libre–) es que a ambos el Viceministerio de Transporte les extiende un permiso, del cual se hablará a detalle más adelante, pese a que desde ya se aclara, que incluso estos permisos son distintos, y sobre todo la manera de acceder a ellos,

ya que a los servicios de transporte colectivo público se les extiende el llamado permiso de operación.

En lo tocante a este punto, se concluye que el servicio público de transporte colectivo de pasajeros, únicamente puede prestarse a través de un contrato de concesión, ya que es este el acto jurídico mediante el cual –en aras de proteger el interés general– se permite a un particular el ejercicio de una prerrogativa que originalmente correspondía al Estado (la gestión); actividad que se perfecciona por medio del contrato de concesión, donde el particular en sustitución de la Administración Pública, y por su cuenta y riesgo, presta el servicio público. Así, mediante la concesión el Estado otorga un privilegio a un particular, por lo que quien obtiene una concesión no tenía antes de ella ningún derecho –ni siquiera limitado– para aprovechar o explotar un servicio público, pero a partir de este contrato, le surgen al particular nuevos derechos y obligaciones, sujetas a las condiciones estipuladas en el contrato de concesión. Es evidente, que pese a los derechos que se le generan al particular titular de un contrato de concesión, el Estado otorga el mismo, en aras del interés colectivo no del sujeto que gestiona el servicio público; en esta lógica, la ley de la LACAP armoniza congruentemente el proceso por medio del cual ha de accederse al contrato de concesión, que es a través de una licitación pública, como una expresión de garantía de los intereses de la mayoría, para que el servicio se lleve a cabo en las mejores condiciones de eficacia (artículos 131-bis y 133 de la LACAP)”.

CONTEXTO NORMATIVO

“Si bien la LMSV es positiva y vigente desde mil novecientos noventa y cinco, no todo el cuerpo normativo siempre ha sido vigente, ya que han existido decretos legislativos transitorios que han derogado la aplicación de diferentes disposiciones de aquélla.

Es relevante para el caso en estudio, la existencia del *Decreto Legislativo N° 186*, del catorce de diciembre de dos mil seis, publicado en el Diario Oficial N° 239, Tomo N° 373 el veintiuno de diciembre del mismo año; por medio del cual –entre otras cosas– derogó por el plazo de un año el artículo 47 de LTTTSV, en lo referente al otorgamiento de concesiones; es decir que quitaba la obligatoriedad del requisito *sine qua non* del contrato de concesión como medio para acceder a la gestión del servicio público.

Sistemáticamente el Parlamento derogó el artículo 47 de la LMSV, por medio de el *Decreto Legislativo N° 524*, del veinte de diciembre del dos mil siete, publicado en el Diario Oficial N° 238, Tomo N° 377 el mismo día, en el cual se prorrogó la derogatoria hasta el treinta y uno de julio del año dos mil nueve; y *Decreto Legislativo N° 81*, del veintitrés de julio del dos mil nueve, publicado en el Diario Oficial N° 143, Tomo 384 el treinta del mismo mes y año, que prorrogó la derogatoria hasta el treinta y uno de julio del año dos mil diez.

No obstante, por medio del *Decreto Legislativo N° 256*, del veintiuno de enero del dos mil diez, publicado en el Diario Oficial N° 30, Tomo 386 del doce de febrero del mismo año, se derogó expresamente el Decreto Legislativo N° 81 del veintitrés de julio del dos mil nueve, que era el último decreto que sistemática-

mente propició la derogatoria del artículo 47 de la LMSV y los efectos que esto conlleva; los cuales no son sutiles, ya que con el Decreto Legislativo N° 186, se promovieron transitoriamente, diferentes efectos –no previstos– en la LMSV:

a) Suspendió el medio jurídico, previsto por la ley para habilitar la gestión del servicio público de transporte colectivo, el cual como se ha dicho insistentemente, es el contrato de concesión.

b) Suspendió las modificaciones a las rutas, siempre que las modificaciones fueren de aumento de la capacidad técnica, de operación y de reserva de rutas pre-existentes.

c) Suspendió la modificación a recorridos [léase rutas] que impliquen una invasión a otros recorridos pre-existentes.

d) Suspendió la emisión de permisos provisionales, que contraríen las anteriores disposiciones.

Al permitir un medio jurídico no previsto en la ley formal, pero creado por un decreto legislativo transitorio, el legislador obligó a la Administración (con cobertura legal) a que extendiera autorizaciones desprovistas de contratos de concesión, el cual es requisito de la esencia para la prestación del servicio público. Este contexto jurídico fue el generador de que existieran y existan diferentes medios de contar con permisos de operación (mal llamados permisos de línea).

No escapa al análisis de esta Sala, que la situación jurídica actual del sistema de transporte público, posee diferentes gestores, bien unos que en su momento fueron concesionarios, bien otros desprovistos de esta calidad, otros que han firmado convenios. Incertidumbre jurídica, que se generó por los decretos legislativos transitorios; no obstante, estos decretos relacionados ya no tienen más vigencia desde febrero de dos mil diez.

Al estar expresamente derogados por el mismo legislador, la única vía jurídica, legal y protegida, es la gestión del servicio público por medio del contrato de concesión, mismo que debe suscribirse previa licitación.

En este punto es relevante apuntar que el Decreto Legislativo N° 186, junto con sus subsecuentes derogaciones sistemáticas, no son creadores de derechos subjetivos, sino que únicamente hicieron posible acceder a la gestión del servicio público por medio de simples autorizaciones, y son estas autorizaciones las que facultan derechos, más no subjetivos como más adelante se explicara.

En esta lógica, es impensable que una autorización, que actualmente no tiene asidero jurídico, genere más derechos que los de la misma concesión (diez años); aceptar tesis contraria, devendría en un sofisma jurídico, ya que se le estaría dando mayor calidad a los derechos generados en base a los decretos *transitorios*, que aquéllos provistos por la concesión. Pues esto sería sinónimo de petrificación de un decreto transitorio. No es potestad de esta Sala, generar una ultra actividad del decreto transitorio, para conservar la *autorización* como medio jurídico de gestión de un servicio público; sin embargo, es potestad de esta Sala analizar si las acciones del Director fueron sujetas a derecho, y al derecho positivo y sobre todo vigente.

Se concluye en este punto, que no darle cobertura legal, ni perpetrar el decreto legislativo transitorio, fue legal; en tanto desde febrero de dos mil diez,

el único medio jurídico provisto es el contrato de concesión para la gestión del servicio público de transporte colectivo de pasajeros”.

LA CONCESIÓN VERSUS LA AUTORIZACIÓN PARA LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS

“Como se ha explicado, la LMSV regula el transporte colectivo, tanto para fines públicos como privados, los primeros, se otorgan (lógicamente por los intereses que protegen) por medio de una concesión; y los segundos (por su carácter privado) simplemente se autorizan a petición de parte, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

La concesión de un servicio público, versa sobre un servicio que precisa ser proveído a la generalidad de habitantes de una forma regular y continua; cometido que se le encomienda a una persona privada, quien accede a gestionar dicho servicio únicamente por medio de un contrato de concesión, que exclusivamente podrá configurarse a través de una licitación pública; tal como lo establece el artículo 131-bis de la LACAP, el cual regula la concesión de servicio público.

En este contrato se produce una bifurcación entre la titularidad pública y la gestión privada de la prestación del servicio. Este tipo de concesión, implica la administración de la prestación de un servicio público, para el caso, el objeto de este contrato es la ruta o la línea de transporte público colectivo de pasajeros (artículos 32 de la LMSV y 40 del RGTT). El concesionario debe velar por la normal y buena prestación de la línea concesionada, así como garantizar que se mantengan los caracteres jurídicos de los servicios públicos: continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad, obligatoriedad, calidad-eficiencia y subsidiariedad, a cambio obtendrá un precio establecido en una tarifa.

La LACAP, en el artículo 133 es clara al regular únicamente que la selección de un concesionario sea por medio de licitación pública, esto aplica para cualquier tipo de contrato de concesión. Con este requisito, el legislador pretende que exista una eficaz selección del contratista, por la delicadeza e importancia que significa la prestación de un servicio público, y así salvaguardar los intereses de la mayoría.

En esta línea, se ha explicado pormenorizadamente la forma como opera el contrato de concesión, su naturaleza, partes contratantes, y objeto de la misma. Ahora cabe exponer, que el contrato de concesión no es el único instrumento a través del cual la autoridad concede la facultad de desarrollar una actividad; así, existe la autorización que faculta a un particular 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 un particular la realización de una actividad determinada, independientemente esta sea de interés público o no”.

NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA AUTORIZACIÓN

“Las notas características de la autorización son: (i) es 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) el control de la Administración Pública se justifica por los potenciales daños a terceros o al interés general –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 por la normativa relevante; y (iv) es un acto declarativo de derechos, lo que confiere al titular del mismo una situación jurídica favorable, por el término en que la autorización haya sido concedida, sin perjuicio de su necesaria adaptación a las cambiantes exigencias del interés general. En este mismo sentido se pronunció la Sala de lo Constitucional en el proceso de Amparo, referencia 351-2011, de las diez horas con cuarenta y un minutos del veintinueve de noviembre de dos mil trece”.

DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE LA AUTORIZACIÓN Y LA CONCESIÓN

“En coherencia con lo expuesto, la Sala de lo Constitucional, en el proceso de Amparo referencia 277-2010, de las diez horas con treinta y un minutos del día veinte de marzo de dos mil trece, explica las diferencias sustanciales entre la concesión y la autorización, así: «...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 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 (...); **(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; por el contrario, 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 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 y (iv) 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 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... ».

LA ÚNICA FORMA COMO PUEDE GESTIONARSE EL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS, ES A TRAVÉS DE UNA CONCESIÓN

“Concluye la Sala de lo Constitucional, estipulando que la denominación que utilice el legislador para tipificar la figura jurídica [en vista que no es la diferenciación más precisa en cuanto al uso preciso de términos], es un elemento útil a considerar, pero que la tipificación nominativa, no debe prevalecer sobre la verdadera naturaleza de la actividad o servicio, por tanto, es imprescindible tomar los elementos que surgen de la normativa, y analizar la figura de concesión y autorización, de manera armónica como un todo; pues en definitiva, son los elementos constitutivos los que determinan su real naturaleza y la configuran como un servicio público, que necesita de concesión; o bien se configura como una actividad particular dirigida al público, o un sector reducido de él, que requiere simplemente una autorización.

Se colige en este punto, que la única forma como puede gestionarse el servicio público de transporte colectivo de pasajeros, es a través de una concesión; que las autorizaciones están reservadas para la libre gestión, es decir, la gestión privada del servicio de transporte colectivo (pero no público, léase, servicios escolares, de turismo, religiosos, y otros).

No obstante, pese a que se aceptase la tesis que la gestión del particular se hizo a través de una técnica autorizatoria, la misma no genera derechos péticos subjetivos adquiridos, como ha argumentado el actor. Ya que nunca puede prevalecer el interés particular, sobre el interés general; y tampoco se puede proteger con carácter de ultra actividad una situación jurídica transitoria a futuro, cuando claramente el marco jurídico que posibilitó esta situación jurídica la creó y destruyó el legislador, la Administración únicamente aplicó las reglas jurídicas vigentes.

Por tanto el actuar del Director es legal, ya que la revocación no es un acto que obedece a su arbitrariedad circunstancial, sino que la actuación se debió a que a junio del dos mil diez, fecha en que el actor solicitó su permiso de línea, el actor no tenía una norma que le proveyera de cobertura jurídica su actuar, es así que conceder un permiso sin un medio técnico jurídico habilitante, hubiese devenido en una nulidad de pleno derecho por parte de la Administración Pública”.

PERMISO DE OPERACIÓN

“La única similitud en la prestación del servicio de transporte colectivo, ya sea público o privado, es que ambos necesitan un permiso. Para el caso de

los servicios públicos, la especie es el *permiso de operación* (artículo 47 de la LMSV); mientras que los servicios de oferta libre, la ley simplemente les denomina *permisos* (artículo 27 inciso final de la LMSV); no obstante el RGTT les denomina permiso de explotación (artículo 5 números 28 y 39 del RGTT).

El artículo 41 del RGTT, desarrolla el *Permiso de Operación de Transporte Público de Pasajeros*, denominándolo como el documento de portación obligada para demostrar la calidad de concesionario. Es así, que uno de los requisitos para su otorgación es ser concesionario de una Ruta o Línea de transporte público de pasajeros, mediante el contrato respectivo (artículo 42 número 1 del RGTT).

En relación a la vigencia del permiso de operación, el artículo 82 del RGTT establece que será de un año, iniciando y finalizando con la fecha de cumpleaños del concesionario.

Es evidente, que la ley impone una doble carga al concesionario, la primera naturalmente es contar con un contrato de concesión, la segunda, es portar con el permiso vigente, de operación de transporte público de pasajeros. Estas cargas no son sustitutas, sino que deben concurrir en el gestor del servicio público, pues protegen situaciones diferentes. El contrato de concesión, asegura que el servicio público se ha pactado (por un período de diez años) cumpliendo las características de los servicios públicos, y con los lineamientos que el Estado considera apropiados para la correcta ejecución del mismo; los segundos, es decir los permisos –anuales–, tienen razón de ser, en tanto y en cuanto, en caso de contravención a lo prescrito por ley, o a las transgresiones del contrato de concesión, al concesionario *puede* sancionársele con la terminación del contrato o la no renovación del permiso en mención”.

EL PROCESO DE LESIVIDAD NO ERA EL ADECUADO PARA MODIFICAR LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SINO QUE SU ACTUAR OBEDECE AL CUMPLIMIENTO DE LA LEY VIGENTE

“El actor asegura ser propietario de un autobús con placa AB-80798, a quien en el año dos mil ocho, mediante resolución N° 65717-MODICONRU-DGTT/08 se le autorizó la asignación de línea para prestar el servicio de transporte colectivo de pasajeros; no obstante, en el año dos mil once, el Director revocó la resolución anterior por medio de la resolución REV-DGTT-ODLP-UJUT-0607-04-2011, y ordenó la anulación de la línea AB81057; y correspondientemente, ordenó informar a la Subdirección de Tránsito Terrestre de la Policía Nacional Civil, para que decomise el permiso de línea y las placas de la referida unidad; siendo esta última resolución el objeto de este proceso contencioso administrativo.

En relación a la revocación de la autorización, el actor asegura que la única vía para retirarle una autorización es a través de un proceso de lesividad, sin embargo, se verifica que el proceso que sigue la Administración Pública para impugnar un acto propio como lesivo al interés público, procede cuando la misma Administración ha actuado en contra de lo previsto legalmente, coartando los derechos de los administrados. Este proceso, es una oportunidad para la autoridad de corregir sus propios actos, respetando los derechos que de buena

fe han adquirido los administrados por su error. El caso objeto de estudio tiene consideraciones especiales que hace que el silogismo jurídico no se perfeccione, como la parte actora alega, ya que el acto (la autorización) no se concedió por un error, sino prevista o protegida en el decreto legislativo transitorio, y la revocación, tampoco fue un acto correctivo de sus propias actuaciones o arbitrario por parte del Director, sino que fue la aplicación directa a la LTTTSV que gracias al Decreto Legislativo N° 255 derogó expresamente el Decreto Legislativo N° 81, que perpetuaba la simple autorización como medio para poder gestionar el servicio público de transporte colectivo de pasajeros.

Es decir, que la situación jurídica del actor a junio del dos mil diez, se encontraba desprovista de protección jurídica, razón por la cual la autoridad no concedió el permiso, ni permitió se continuara la gestión del mismo por medio de la simple autorización, cuando el medio técnico legal y vigente es por medio de contrato de concesión; asimismo, los efectos connaturales como decomisar materialmente el permiso de línea que ya no estaba vigente, y las placas de la línea. En vista que todos son efectos del cambio legislativo provisto para la prestación del servicio público.

Se ha expuesto que el análisis correcto, debe partir sobre la legislación vigente que impulsó al Director a denegar un permiso, pues el mismo no contaba con el medio técnico jurídico para acceder a la gestión del servicio público (contrato de concesión y calidad de concesionario). El actor, en ningún momento comprobó su calidad de concesionario, ni adjuntó el contrato de concesión realizado por medio de licitación pública; que es el único medio técnico legal para gestionar el servicio público de transporte colectivo de pasajeros, en base a las leyes de la materia, positivas y vigentes. Es así, como las autorizaciones (en contraposición de la concesión) como medio técnico para gestionar el servicio público, se encuentran despojadas del mundo jurídico, al no contar con amparo legal desde el dos mil diez, y por tanto corresponde la aplicación directa de la ley, la cual inteligiblemente establece que los permisos de operación de Transporte Público de Pasajeros es aquel documento de portación obligatoria, por medio del cual se demuestra (i) la calidad de concesionario, y (ii) la unidad que según el contrato de concesión está facultada para prestar el servicio público según su clase y modalidad (artículo 41 del RGTT).

En este orden, se reitera que el proceso de lesividad no era el adecuado para modificar las actuaciones de la Administración Pública, sino que su actuar obedece al cumplimiento de la ley vigente, y por tanto es legal la actuación del Director.

Se reitera que a partir de febrero del dos mil diez, el único medio legal para gestionar el servicio público de transporte es a través de la celebración de un contrato de concesión, el cual debe suscribirse previa licitación pública, según lo prescrito en la LACAP, que por especialidad limita la forma como la Administración Pública puede y debe contratar en aras de la transparencia y eficiencia de los recursos nacionales.

Bajo el principio de subsidiariedad, si bien no opera el análisis de la técnica autorizatoria, pues no puede malversarse los derechos de los administrados en contra de la Ley misma, ni puede (esta Sala) darle efectos de ultra actividad

a un decreto legislativo transitorio. Sin embargo, resulta ilustrativo, en base a que las partes han argumentado sobre la técnica autorizatoria, aclarar que en el supuesto hipotético que el administrado gozara protección de sus derechos –no adquiridos– a la luz de la técnica autorizatoria, sus derechos no podrían obligar a la Administración a que le autorice la gestión del servicio por medio de permisos, ya que estos últimos no son de obligatoria aprobación por parte de la autoridad, sino que se extienden si cumplen requisitos preexistentes y establecidos en la normativa de la materia, siendo uno de ellos el contrato de concesión.

Ni la LMSV ni el RGTT, obliga a la Dirección General de Transporte a conceder autorizaciones ni permisos, in limine y sin que medie verificación de requisitos, excepto en el año dos mil tres, que por medio de otro Decreto Legislativo N° 1220 del once de abril de ese año, se especificó que por seis meses, para la extensión o refrenda de los permisos de línea, únicamente se exigiría el pago de los derechos y tarifas que causare la extensión de tales documentos. Sin embargo, la existencia misma de este decreto, evidencian que ni la refrenda opera automáticamente, lo cual comprueba que no son derechos adquiridos de obligatoria exigencia, sino que la condición de refrendar un permiso pende del cumplimiento de los requisitos legales. Así para junio de dos mil diez, uno de estos –era y es– la pre existencia de un contrato de concesión.

En esta misma línea, esta Sala se pronunció en el proceso referencia 252-R-2004 de las catorce horas treinta y un minutos del veintiocho de febrero de dos mil ocho; refiriéndose a la denegatoria de la solicitud de renovación de licencia «... ante la solicitud de los administrados, las municipalidades pueden otorgar o denegar autorizaciones para la venta de bebidas alcohólicas, atendiendo los parámetros relacionados. Sin embargo, debe entenderse que en ningún caso los administrados adquieren automáticamente el derecho para exigir al año siguiente la renovación de la licencia correspondiente, por haberla obtenido en un año precedente. En consecuencia, la municipalidad tiene la facultad de verificar si el establecimiento cumple con los requisitos establecidos en la normativa aplicable, para otorgar el permiso correspondiente. De no cumplir con los mismos, se encuentra facultada para denegarlo.» En esta lógica, esta Sala concluye que el mero hecho que el actor en efecto poseyera una autorización de línea, y un permiso de línea de vigencia anual, no crea derechos subjetivos equiparables a los derechos de una concesión, sino más bien la renovación de su permiso de línea estaba sujeto a la verificación de los lineamientos y requisitos legales, mismos que al desaparecer la “cobertura” de las autorizaciones, no cumplían los requisitos para conceder los permisos de línea; así, al desproteger de cobertura legal la solicitud del actor, la Administración determinó no conceder nuevos permisos, en base a los mal llamados permisos de línea por medio de autorización.

Al respecto, en el informe justificativo, la autoridad demandada confunde las formas como puede legalmente ser considerado un concesionario, y esta Sala aclara, que el único medio para acceder dicha calidad es a través de un contrato de concesión, el cual debe accederse por medio de una licitación pública. Por tanto, cuando la autoridad justifica que el actor no es concesionario por no haber acudido a la «... unidad de Convenios de este Viceministerio, para su respectiva suscripción del convenio de transporte.» (folio 26 vuelto), se determina sin am-

bases, que esta no es ni puede ser la forma de contratar con la Administración el servicio público de transporte colectivo de pasajeros; puesto que el legislador claramente establece que se hace con las formalidades de un contrato de concesión y la forma como acceder a este contrato (artículo 32 de la LMSV, 130 y 131-bis de la LACAP).

Así, los derechos dentro de la técnica autorizatoria están limitados según los requisitos temporales y tácticos que presenta la ley misma para facultar o levantar una limitación en las actuaciones de los administrados. Es absurdo estimar el simple hecho de haber contado con una autorización (sin fecha de caducidad), y que sistemáticamente se le hayan extendido permisos, significa que la Administración Pública debe seguirlos extendiendo, pese a que no tengan cobertura legal. Más aun, en caso de que existieran permisos o autorizaciones sin cobertura legal (es decir posterior a febrero del dos mil diez), estos serán nulos de pleno derecho, ya que serían actos –presuntos o expresos– contrarios al ordenamiento jurídico por los que los administrados han adquirido facultades o derechos cuando carecen de los requisitos esenciales [calidad de concesionario–contrato de concesión–licitación pública]. Enfáticamente se determina que estos actos serían nulos y no anulables (figura en la que opera el proceso de lesividad); en el nivel más flagrante de legalidad: inexistencia, por ser contrarios al ordenamiento jurídico y además, le falten los elementos de la esencia del servicio público mismo. [GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Temis, S.A. Bogotá – Lima, 2008, Pp. 610-611].

Se colige indiscutiblemente, a partir de marzo del dos mil diez, que las rutas y líneas le pertenecen al Estado, mismo que únicamente las puede dar en concesión hacia privados, los cuales ostentarán una calidad de concesionarios previo concurso y adjudicación en licitación pública. En caso no concurren dichos requisitos previstos para portar el permiso de operación en la gestión de la prestación de servicio público de transporte colectivo de pasajeros, cualquier prestación del mismo devendrá en ilegal o nula”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 299-2011, fecha de la resolución: 31/08/2015.

SILENCIO ADMINISTRATIVO

VIOLACIÓN AL DERECHO DE RESPUESTA

“Considera la parte actora que se vulneró su derecho de petición y respuesta. El principal argumento atañe a que cuando tuvo conocimiento de la resolución de adjudicación, interpuso el recurso de revisión, el que nunca le fue notificado en la dirección que señaló, por lo que al transcurrir los quince días sin que se le resolviera, solicitó que se le adjudicara la licitación; declarándole sin lugar tal petición. Refiere que la autoridad demandada no emitió una resolución relacionada con su petición.

Como defensa, el MINED explicó, que la resolución de admisión del recurso de revisión fue en fecha tres de febrero; y su resolución final fue dictada el vein-

ticuatro de febrero, ambas del año dos mil diez; no incumpliendo ningún plazo legal, y por ello no accedió a tal petición.

De tales alegaciones esta Sala hace las siguientes consideraciones:”

CONFIGURACIÓN ANTE LA FALTA DE RESPUESTA DE LA ADMINISTRACIÓN A UNA PETICIÓN

“Con el propósito de resguardar la protección jurídica de los administrados ante una eventual pasividad de la Administración, se erige la institución del silencio administrativo como una garantía de los particulares frente a la demora de la Administración.

Cuando se trata de procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la administración debe autorizar, denegar, o resolver dentro del plazo determinado; lo cual permite ofrecer una respuesta al fondo del asunto. La omisión de esta respuesta constituye el silencio administrativo, en virtud del cual al simple hecho jurídico que surge cuando vence el plazo máximo para resolver y notificar un procedimiento sin que la administración cumpla su deber legal, la ley asigna un significado en orden a la cuestión de fondo, esto es la concesión o denegación de lo solicitado o pretendido por el interesado.

No debe perderse de vista, que el silencio administrativo nace porque la Administración incumple el deber legal de dictar y notificar resolución expresa en el plazo, y que la técnica del silencio administrativo tiene por objeto servir de garantía administrativa para los ciudadanos frente a dicha inactividad”.

REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

“El silencio administrativo invocado por la parte actora, está referido al silencio administrativo positivo, entendido como una presunción legal de que por inactividad de la administración, concede al administrado la respuesta favorable a su petición, es decir, una ficción cuyo efecto debe entenderse que la pretensión del administrado ha sido otorgada, sin necesidad de mediar resolución. Se trata entonces de un acto presunto declarativo de derechos.

Ahora bien, trasladando lo expuesto al presente caso, para configurarse tiene que cumplirse con los siguientes requisitos: a) la existencia de una petición al ente o funcionario pertinente (entiéndase competente para resolver del fondo de la misma); b) la ausencia de respuesta a lo peticionado y su respectiva notificación; y c) la regulación expresa del silencio positivo en la norma, concretamente el transcurso del plazo prescrito en el artículo 77 inciso final de la LACAP, que daría paso a la configuración del silencio positivo.

De la revisión del expediente administrativo, se constató a folios 2038, que el día veintiséis de enero de dos mil diez, se notificó al demandante la resolución de adjudicación, en la siguiente dirección: Parque Residencial Altamira, Edificio G, apartamento #4 San Salvador.

A folios 2048, consta que el día veintiocho de enero de dos mil diez, el demandante solicitó revisión del expediente. Se le dio respuesta en la misma fecha, y se practicó la revisión según consta en acta de folios 2052; interponiendo el

recurso de revisión el día dos de febrero de dos mil diez (folios 2067 a 2071). Esta Sala observa que en dicho escrito se señaló como dirección para recibir notificaciones el Boulevard Universitario # 1933 de San Salvador, sin especificar que se sustituyó por la dirección señalada anteriormente.

El día cuatro de febrero de dos mil diez, en el Parque Residencial Altamira, Edificio G, apartamento #4 San Salvador, el demandante Vidal Ernesto González Palma, firmó de recibida la esquila de notificación de la resolución de admisión del recurso (folios 2077).

EL MINED, declaró improcedente el recurso el día veinticuatro de febrero de dos mil diez, y ratificó la adjudicación de la licitación; según consta de folios 2142 al 2148.

Consta acta del notificador a folios 2168, del veintiséis de febrero de dos mil diez, en la que señaló haberse apersonado al Parque Residencial Altamira, Edificio G, apartamento #4 San Salvador, y por no hacer encontrado a persona alguna dentro del mismo, dejó copia de la resolución pegada en la puerta principal.

La Gerencia de Adquisiciones, el día uno de marzo de dos mil diez, a las ocho horas y veintitrés minutos, y a las diez horas treinta y cinco minutos, notificó al correo electrónico "nov182003otmail.com", la resolución ministerial del recurso de revisión, la cual está adjuntada en el archivo Escan001.pdf (folios 2169 y 2170).

El día diez de marzo de dos mil diez (folios 2306), el demandante presentó escrito, solicitando al MINED, que le adjudicara la licitación, por no haberse resuelto el recurso de revisión dentro del plazo establecido, invocando el silencio administrativo positivo a su favor.

El día veintiuno de abril de dos mil diez, el MINED emitió resolución —segundo acto impugnado— mediante la que revocó el acta de notificación de folios 2168, del veintiséis de febrero de dos mil quince, en la que se notificó al actor en la dirección del Parque Residencial Altamira, Edificio G, apartamento #4 San Salvador, la resolución que resolvía el recurso; y ordenó notificarle en la nueva dirección que señaló cuando interpuso el recurso, la que se realizó el día veintiséis de abril de dos mil diez.

Aplicando los artículos 74 y 77 de la LACAP, previo a ser reformados en el año dos mil diez, regulaban lo siguiente:

Art. 74 "Todo acto administrativo que afecte derecho o intereses de los oferentes y contratistas, deberá ser debidamente notificado, a más tardar dentro de las setenta y dos horas hábiles siguientes de haberse proveído. Éste surtirá efecto a partir del día siguiente al de su notificación, que se hará mediante entrega de la copia íntegra del acto, personalmente al interesado o por correo con aviso de recibo por cualquier otro medio que permita tener constancia fehaciente de la recepción. A menos que el interesado consienta en recibir la esquila de notificación en la oficina administrativa o en otro lugar, la entrega debe realizarse en el lugar señalado para notificaciones".

Art. 77, en sus incisos primero y cuarto: "El recurso de revisión deberá interponerse por escrito ante el funcionario que dictó el acto del que se recurre, dentro del término de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación; si transcurrido dicho plazo no se interpusiere recurso alguno, la resolución por medio de la cual se dictó el acto quedará firme.

El recurso será resuelto por el mismo funcionario dentro del plazo máximo de quince días hábiles posteriores a la admisión del recurso,... transcurridos los quince días hábiles después de la admisión del recurso y no se hubiere emitido resolución alguna, se entenderá que ha sido resuelto favorablemente”.

En lo que compete al procedimiento administrativo de notificación del acto que resolvía el recurso a la parte actora se encuentra, que según las gestiones realizadas por el MINED, notificó al demandante su respuesta —la resolución del veinticuatro de febrero de dos mil diez— en el mismo lugar donde había realizado las anteriores comunicaciones, y por no haberse encontrado persona alguna que la recibiera dejó constancia de ello, pero además procedió conforme lo señalaba el artículo 74 de la LACAP; según consta a folios 2169 y 2170, realizando dichas notificaciones por el medio electrónico que el demandante había señalado cuando presentó su oferta como medio para recibir notificaciones según consta a folios 969 del expediente administrativo.

El señalamiento de una nueva de dirección física para recibir notificaciones permitió que el demandante argumentara no tener conocimiento de la resolución que le resolvía el recurso por no habersele entregado personalmente, debido a que no se encontró en dicho lugar. Dicho argumento no es sustentable porque esta Sala, en el escrito de interposición del recurso del día dos de febrero de dos mil diez, agregado a folios 2067 a 2071, advierte que el demandante señaló un nuevo lugar para recibir notificaciones, pero, no sustituyó la anterior dirección física. Esta situación permitió a la autoridad demandada la disposición de practicar notificaciones en ambas direcciones. De hecho, al momento de notificar la resolución de admisión del recurso, se practicó en el primer domicilio que el señor Vidal Ernesto González Palma señaló.

Por otra parte, trasladando la norma a lo acontecido en el caso en estudio, esta Sala, examina que el procedimiento de notificación aplicado por el MINED para todos los ofertantes, fue el de dejar constancia con la entrega física de la resolución, pero además lo complementó a través de entrega digital por los medios electrónicos que cada uno señaló al momento de presentar sus ofertas.

Asimismo, esta Sala considera que a la parte actora no le asistió el derecho regulado en el inciso final del art. 77 relacionado supra, referido a que: *“transcurridos los quince días hábiles después de la admisión del recurso y no se hubiere emitido resolución alguna, se entenderá que ha sido resuelto favorablemente”*, debido a que la autoridad demanda emitió la resolución en la que resolvió el recurso de revisión dentro del término establecido, y de hecho así fue notificado a todos los ofertantes, tal y como consta en las actas de fechas veintiséis de febrero de dos mil diez, agregadas de la siguiente manera: **a)** acta agregada a folios 2153 correspondiente a Editoriales La Ceiba, S.A. de C.V.; **b)** acta agregada a folios 2154 correspondiente a Erick Reynaldo Martínez Galdámez; **c)** acta agregada a folios 2155 correspondiente a Clásicos Roxsil, S.A. de C.V.; **d)** acta agregada a folios 2157 correspondiente a Editorial Santillana, S.A. de C.V., **e)** acta agregada a folios 2158 correspondiente a Expreso Bibliográfico, S.A. de C.V., y, **f)** acta agregada a folios 2159 correspondiente a Prolibros, S.A. de C.V.

La autoridad demandada, tal y como se plasmó, dio cumplimiento al procedimiento señalado en la norma referida; y si bien es cierto que el demandante

al momento de interponer su recurso de revisión señaló un nuevo lugar físico para recibir notificaciones, siempre mantuvo la primera dirección que señaló, así como su mismo correo electrónico, a través del cual continuamente se le hizo saber la resolución.

En razón de lo expresado, esta Sala determina que en el presente caso, no se configuraron los elementos necesarios para establecer el silencio administrativo positivo invocado por la parte actora, debido a la ausencia de pasividad de la Administración, quien resolvió la petición del demandante dentro del plazo legal.

Asimismo, considera este Tribunal que no existen vicios de ilegalidad en la resolución del MINED del día veintiuno de abril de dos mil diez que revocó la notificación realizada a folios 2168, del veintiséis de febrero del mismo año, porque el acto de notificación de respuesta del recurso al administrado cumplió con su finalidad tal y como se ha apuntado, no procediendo declarar ilegal un acto que no ocasionó consecuencias negativas que afectaran la esfera jurídica del demandante.

Habiéndose determinado que no se configuró el silencio administrativo positivo como lo alega el demandante, se procederá a verificar si existe el vicio señalado en la resolución de adjudicación”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 307-2010, fecha de la resolución: 03/06/2015.

SISTEMA ARANCELARIO CENTROAMERICANO

FORMACIÓN DEL SISTEMA ARANCELARIO POR PARTIDAS Y SUB-PARTIDAS

“B. Fundamentos de derecho.

1. Objeto y límites de la pretensión.

La apoderada de la parte actora impugna de ilegales los actos administrativos siguientes:

a) La resolución definitiva. N° 56, pronunciada a las quince horas con veinte minutos del día diecinueve de abril de dos mil diez, por el Administrador de la Aduana Marítima de Acajutla, mediante la cual se determinaron Derechos Arancelarios a la Importación e Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y se sancionó con multa por infracciones tributarias;

b) La resolución DJCA N° 4443/J-05/10, pronunciada a las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del día nueve de agosto de dos mil diez, por el Director General de Aduanas, mediante la cual se confirmó en todas sus partes la resolución arriba detallada.

c) La resolución pronunciada a las nueve horas con diez minutos del día veintiuno de junio de dos mil once, por el Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas, por medio de la cual se ratificaron las resoluciones recurridas.

Hizo recaer la ilegalidad de los actos impugnados en la transgresión de:

1) La Nota General de Arancel Centroamericano de Importación “C-1”;

2) El artículo 14 inciso tercero del Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano;

- 3) Al texto arancelario de la partida 1901.90.40; y,
 4) Al artículo 4 letra f) de la Ley Orgánica de la Dirección General de Aduanas.[...].

3. DELIMITACIÓN DE LA CONTROVERSIA.

Con la finalidad de resolver el presente proceso, es necesario fijar con claridad el objeto de la controversia, concluyéndose que los motivos de ilegalidad se ciñen en:

- a) Transgresión a la Nota General de Arancel Centroamericano de Importación “C-1”;
 b) Vulneración al artículo 14 inciso tercero del Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano; e) Violación al texto arancelario de la partida 1901.90.40; y d) Transgresión al artículo 4 letra f) de la Ley Orgánica de la Dirección General de Aduanas.

Sin embargo, en el caso de estudio, la sociedad actora ha unido todos los motivos de ilegalidad ajustándolos únicamente a la violación del texto arancelario de la partida arancelaria 1901.90.40, la cual no fue considerada como válida por las autoridades demandadas; por consiguiente, se procederá a estudiar la clasificación de los productos -SVELTY ACTIFBRAS y SVELTY SIN GRASA-.

4. ANÁLISIS DEL CASO.

4.1 De las transgresiones esgrimidas por la sociedad actora.

4.1.1) Consideraciones generales aplicables al caso en concreto.

Previo a entrar a analizar los motivos de ilegalidad esgrimidos por la sociedad impetrante, procede detallar dos aspectos generales que nos ayudarán a comprender mejor el caso de mérito, en primer lugar, la aplicación del Sistema Arancelario Centroamericano y en segundo lugar, las facultades de la Dirección General de Aduanas para aplicar el mismo.

4.1.2) Del Sistema Arancelario Centroamericano.

Las Reglas Generales para la Interpretación del Sistema Arancelario Centroamericano, claramente señalan en la letra B, que el código numérico del Sistema Arancelario Centroamericano, está representado por ocho dígitos que, divididos en pares simbolizan: los dos primeros el capítulo; los dos siguientes, la partida; el tercer par, la subpartida; y los dos últimos, los incisos. La identificación de las mercancías se hará siempre con los ocho dígitos de dicho código numérico.

En ese orden, la regla número 1) establece: «*Los títulos de las Secciones, de los Capítulos o de los Subcapítulos solo tienen un valor indicativo, ya que la clasificación está determinada legalmente por los textos de las partidas y de las Notas de Sección o de Capítulo (...)*».

Por su parte, la regla número 6) nos indica que: «*La clasificación de mercancías en las subpartidas de una misma partida está determinada legalmente por los textos de estas subpartidas y de las Notas de subpartida así como, mutatis mutandis, por las Reglas anteriores, bien entendido que solo pueden compararse subpartidas del mismo nivel. A efecto de esta Regla, también se aplican las Notas de Sección y de Capítulo, salvo disposición en contrario*».

Precisamente, estas Reglas Generales son las que delimitan la clasificación del producto, de ahí que hay que ceñirse a las mismas al momento de determinar la partida arancelaria correspondiente”.

DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS DETERMINA TRIBUTOS Y DERECHOS A CANCELAR POR EL IMPORTADOR DE MERCANCÍAS

“4.1.3) De las facultades de la Dirección General de Aduanas.

De conformidad a lo regulado por la Ley Orgánica de la Dirección General de Aduanas, la Dirección General de Aduanas, es el órgano superior jerárquico nacional en materia aduanera, adscrita al Ministerio de Hacienda, facultado por la legislación nacional para aplicar la normativa sobre la materia, comprobar su correcta aplicación, así como facilitar y controlar el comercio internacional en lo que le corresponde, fiscalizar y recaudar los derechos e impuestos a que esté sujeto el ingreso o la salida de mercancías. Su función privativa es el ejercicio de la potestad aduanera, con competencia en todas las funciones administrativas relacionadas con la administración de los tributos que gravan la importación de mercancías, la prevención y represión de las infracciones aduaneras y el control de los regímenes aduaneros a que se destinen las mercancías.

Lo anterior evidencia que la Dirección General de Aduanas, es el ente encargado de --en aplicación de las normas en materia aduanera, tratados convenios, entre otros— determinar los tributos y derechos a cancelar por un importador de mercancías.

Dichas facultades deben ejercerse en respeto de determinados principios, tal como se regula en el artículo 4 de la ley últimamente comentada, como son, entre otros: a) Justicia, garantizará la aplicación oportuna y correspondiente de las normas tributarias aduaneras, b) Legalidad, actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos que estén regulados por dicho ordenamiento; e) Eficacia, procurará que sus actos, si están encaminados a la recaudación, se realicen con respeto a los derechos fundamentales de los administrados, f) Verdad Material, todas sus actuaciones se ampararán en la verdad material que resulte de los hechos investigados y conocidos, etc.

4.2) Clasificación Arancelaria de SVELTY ACTIFIRRAS y SVELTY SIN GRASA.

La sociedad demandante afirmó, que los productos denominados SVELTY ACTIFIBRAS y SVELTY SIN GRASA, son preparaciones alimenticias a base de leche descremada por lo que deben ser clasificadas en la partida 19.01 pues contienen principalmente fibra vegetal soluble de origen vegetal, ingrediente que de acuerdo a las Notas Explicativas del Sistema Armonizado, no puede clasificarse en los productos lácteos de la partida 04.02 (partida arancelaria de leche), sino, en la partida arancelaria de las preparaciones a base de leche.[...]

En contraposición a lo anterior, la sociedad actora ha expuesto en su demanda que al analizar la fórmula cuali-cuantitativa del producto SVELTY ACTIFIBRAS, se establece que casi la totalidad de su composición son la leche descremada con un ochenta y cuatro por ciento (84%) y las fibras solubles con un nueve por ciento (9%) de modo que ambos ingredientes en su conjunto constituyen el noventa y tres por ciento (93%) de su composición, siendo esta fibra soluble, un ingrediente agregado a la preparación en referencia, y que esta fibra soluble junto a la lecitina de soya, dan esa función dietética que caracteriza al producto. Manifestó además que la Dirección General de Aduanas no estableció

los hechos necesarios para fundar su decisión de considerar a este producto como una leche descremada.

Por otra parte, mencionó la parte actora que la aduana apelada no ha sustentado en ninguna prueba o análisis de laboratorio su tesis sobre el producto SVELTY SIN GRASA, por lo que no ha realizado ninguna diligencia probatoria que sustentara los elementos necesarios para justificar el cambio de clasificación arancelaria.

Al respecto, esta Sala advierte que la parte actora no presentó pruebas técnicas que determinaran la composición de los productos SVELTY ACTIFIBRAS y SVELTY SIN GRASA, contándose únicamente con afirmaciones y la información general de los productos que consta en la ficha técnica de los mismos (folios 21 al 24 del expediente administrativo), lo cual no es suficiente para desvirtuar los aduanálisis presentados por la Dirección General de Aduanas, relacionados en párrafos anteriores, que concluyeron que SVELTY ACTIFIBRAS y SVELTY SIN GRASA, son leches descremadas.

Consecuentemente, de lo argumentado por las autoridades demandadas y lo determinado en los aduanálisis realizados por la Dirección General de Aduanas, esta Sala debe colegir que los productos en estudio son leches descremadas.

Por consiguiente, la partida arancelaria que corresponde a los productos SVELTY ACTIFIBRAS y SVELTY SIN GRASA, en vista de su composición es la 0402.10.00 tal cual lo determinaron las autoridades demandadas en las resoluciones impugnadas, por lo que los actos administrativos que así lo establecieron deben ser declarados legales”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 356-2011, fecha de la resolución: 02/02/2015.

SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEBEN SER ADECUADOS PARA CONTRIBUIR LA OBTENCIÓN DE UN FIN CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO

“Según el *subprincipio de idoneidad*, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada a contribuir la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, dicho en otras palabras, la aplicación del subprincipio en comento consiste en un análisis acerca de la capacidad que tiene el medio escogido —la limitación— para fomentar esa finalidad.

No se pretende sin embargo— determinar, por tanto, si la medida es la más idónea en comparación con otras que pudiera considerar la jurisdicción constitucional o en su caso, la jurisdicción contencioso administrativa, sino verificar si la medida examinada logra en algún modo alcanzar el fin perseguido.

Esta Jurisdicción debe respetar los ámbitos de la Administración Pública de apreciación y decisión, y partir de la idea que la Ley, en algunos casos, no impone al aplicador de la norma el deber de elegir la medida más idónea para conseguir sus fines, sino tan solo, le prohíbe que las restricciones administrativas carezcan absolutamente de idoneidad”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 458-2013, fecha de la resolución: 31/08/2015.

SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD

ESTABLECE QUE TODA MEDIDA LEGISLATIVA DEBE SER, ENTRE LAS IGUALMENTE EFICACES, LA MENOS GRAVOSA

“De acuerdo con el *subprincipio de necesidad*, **la Sentencia** establece que toda medida legislativa debe ser —entre las igualmente eficaces— la menos gravosa.

El examen de necesidad presupone la existencia de, por lo menos, un medio alternativo con el cual comparar la medida adoptada.

En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa o, para el particular, la concreción interpretativa para la obtención del fin inmediato; y en segundo lugar, si afectan al derecho fundamental en un grado menor, o para el caso, limita en menor grado las atribuciones de la misma Administración.

Si existe un medio alterno —aún hipotético— que llene estas dos exigencias, la medida legislativa, o en su caso, el acto administrativo, debe ser declarado inconstitucional, o también en su caso, declarado ilegal”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 458-2013, fecha de la resolución: 31/08/2015.

SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

SE TRATA DE UNA COMPARACIÓN ENTRE LA IMPORTANCIA DE LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO O ATRIBUCIÓN Y LA IMPORTANCIA DE LA REALIZACIÓN DEL FIN LEGISLATIVO

“Mediante el *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*, por su parte, se determina si la importancia de la intervención en el derecho fundamental está justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

Esta definición implica que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa o interpretación de la misma en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata, nuevamente, de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho o atribución y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre ambos.

Así, si la gravosidad en el derecho es mayor que los frutos alcanzados con la medida, esta resulta desproporcionada y deberá declararse inconstitucional, o para el caso sub júdice, ilegal.

El principio de proporcionalidad legal no tiene la capacidad de operar sin una disposición legal que le sirva de base; en consecuencia, no parece estimable sostener que este principio impone al aplicador de la norma un límite adicional a aquel que dimana de las propias cláusulas legales. Más bien, el principio en

comento debe ser considerado, como lo hizo **la Sentencia**, como un instrumento metodológico para concretar los límites que las propias disposiciones imponen al aplicador de las normas, especialmente cuando dichos límites aparecen de modo abstracto e indeterminado”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 458-2013, fecha de la resolución: 31/08/2015.

SUPERINTENDENCIA GENERAL DE ELECTRICIDAD Y TELECOMUNICACIONES

ALCANCES DE SU COMPETENCIA COMO ENTE REGULADOR VINCULADO POR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

“VIII. Ahora bien, por haberse modificado la composición subjetiva de la Sala, ésta estima conveniente revisar el criterio adoptado con anterioridad sobre la competencia de SIGET para ordenar la remoción de infraestructura eléctrica ubicada dentro de inmuebles propiedad de particulares, para lo cual es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

a. La liberalización de ciertos sectores económicos sometidos a intervención estatal, no conlleva a la disipación del Estado, sino que cambia su papel y lo enmarca en el rol de vigilante y guardián del buen funcionamiento de dichos sectores, encomendando las relaciones que surgen en la prestación de los servicios esenciales a un particular.

Así, el artículo 110 inciso 4° de la Constitución prescribe que: *«El Estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan, prestándolos directamente, por medio de las instituciones oficiales autónomas o de los municipios. También le corresponde regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas (...)»*

Resulta de lo anterior la privatización y concesión, para el caso en concreto, del suministro de energía eléctrica, lo cual, no implica la total libertad para el funcionamiento de dicho sector a las reglas del mercado. Existiendo normativa y directrices especiales que habilitan la intervención estatal, dentro de límites y supuestos concretos, enfocadas a establecer reglas que impulsen la competencia, generen normas de calidad y seguridad, aseguren la estabilidad de los suministros y que protejan al usuario. Denotando que el concesionario de tal servicio se encuentra dentro de una relación de especial sujeción al cumplimiento de las referidas reglas.

Consecuentemente, surge la figura del ente regulador —SIGET—, cuya labor principal es vigilar que el sector se mantenga funcionando y que se garantice el suministro de los bienes y servicios. El ente regulador cuenta con legitimación técnica de intervención y regulación en los límites legales establecidos, procurando condiciones de competencia en el mercado, garantizando las obligaciones derivadas de la prestación de un servicio público, respetando los derechos de los usuarios y conjugando la libertad de empresa con la regulación y supervisión del Estado en la prestación del suministro del servicio público.

En este *iter* lógico, la creación de la SIGET responde a la tendencia mundial a favor de la liberalización de ciertos sectores económicos sometidos a interven-

ción estatal. Así, el Estado pasa de ser el prestador directo del servicio a ser un vigilante y guardián del buen funcionamiento de dicho sector.

La SIGET es un ente regulador, que se configura precisamente como el órgano estatal encargado de regular y controlar el servicio de energía eléctrica dentro de una relación jurídica en la cual el Estado modula el binomio operador-proveedor en aras de garantizar el interés general.

Indudablemente la SIGET responde a la necesidad de una legitimación técnica de intervención, a una nueva modalidad de regulación en los límites que les establezca la Ley. En todo caso, ejerce un equilibrio entre mantener dinámicamente condiciones de competencia en el mercado, y garantizar las obligaciones de servicio público y los derechos de los usuarios.

Justamente, los considerandos III y IV de la Ley de Creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, expresan: «*Que para incentivar la inversión privada en los sectores de electricidad y telecomunicaciones, es necesaria la creación de un marco regulatorio claro, que proporcione seguridad a los agentes económicos que participen en sus distintas actividades, a la vez que fomente la competencia y limite la discrecionalidad regulatoria*» y «*Que para cumplir con lo anterior, es necesaria la creación de un organismo especializado, que regule las actividades y supervise el cumplimiento de las normas establecidas para los sectores de electricidad y telecomunicaciones*».

En su artículo 5, la mencionada ley establece las atribuciones de la SIGET, entre las cuales destacan la aplicación de los tratados, leyes y reglamentos que regulen las actividades de los sectores de electricidad y de telecomunicaciones (potestad de vigilancia), el dictar normas y estándares técnicos aplicables a los sectores de electricidad y de telecomunicaciones, así como dictar las normas administrativas aplicables en la institución (potestad normativa y de auto organización), el dirimir conflictos entre operadores de los sectores de electricidad y telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en las normas aplicables (potestad arbitral), y, la realización de todos los actos, contratos y operaciones que sean necesarios para cumplir los objetivos que le impongan las leyes, reglamentos y demás disposiciones de carácter general.

Es indudable que la Administración Pública está vinculada al principio de legalidad, el cual tiene como principal manifestación el otorgamiento de competencias y potestades específicas. De ahí que la potestad normativa otorgada a la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, comprende que está debe establecer parámetros a los cuales se debe someter todo sujeto que intervenga en el sector regulado. Siendo coherente que, conjugado con la potestad de vigilancia que se le otorga, verifique y controle la aplicación de tales parámetros.

Adicionalmente, el artículo 4 de la misma Ley agrega que el ente regulador creado es «*la entidad competente para aplicar las normas contenidas en tratados internacionales sobre electricidad y telecomunicaciones vigentes en El Salvador, en las leyes que rigen los sectores de Electricidad y de Telecomunicaciones; y sus reglamentos, así como para conocer del incumplimiento de las mismas*».”

LAS SERVIDUMBRES CONSTITUIDAS SOBRE DETERMINADO INMUEBLE PROPIEDAD DE UN PARTICULAR DEBEN ESTAR DEBIDAMENTE INSCRITAS EN EL REGISTRO CORRESPONDIENTE

“b. En el presente caso, los actos administrativos emitidos por las autoridades demandadas se han basado en las potestades de control y regulación que el ordenamiento jurídico confiere a la SIGET.

Adicionalmente, la situación jurídica de la sociedad actora ha sido confrontada con los presupuestos legales que habilitan la instalación de infraestructura eléctrica en bienes inmuebles propiedad de particulares. En este sentido, en el caso *sub júdice*, la decisión de las autoridades demandadas ha tenido a su base el ejercicio de las potestades administrativas conferidas en la Ley General de Electricidad, la Ley de Creación de la SIGET y, fundamentalmente, en las Normas Técnicas de Diseño, Seguridad y Operación de las Instalaciones de Distribución Eléctrica, ordenamiento jurídico producto de la autonomía normativa de la SIGET.

Dichas normas técnicas, basadas en el interés general y, también, en la protección y seguridad de los particulares, señalan que *el interesado que requiera la constitución de servidumbres deberá proceder de acuerdo a las normas legales correspondientes* (artículo 7).

Las autoridades demandadas han expresado que conforme los artículos 26.2 —*alineación de postes*— y 26.8 —*acceso a inmuebles*— del mencionado ordenamiento, las líneas de distribución eléctrica deben estar ubicadas en inmuebles respecto de los cuales se tienen derechos.

En este sentido, la Ley de Constitución de Servidumbres para las Obras de Electrificación Nacional, normativa aplicable, por interpretación *analógica*, al presente caso, determina que la servidumbre constituida sobre determinado inmueble propiedad de un particular debe estar debidamente inscrita en el Registro correspondiente (artículos 12 y 13).

Así, las distribuidoras eléctricas únicamente están habilitadas para instalar su infraestructura en la vía pública, conforme el artículo 11 inciso 1° de la Ley General de Electricidad. Tales distribuidoras pueden colocar su infraestructura en *bienes inmuebles privados* cuando exista un derecho de servidumbre constituido y debidamente inscrito a su favor, mediante el cual se compruebe el gravamen del inmueble en cuestión.

En el presente caso, a lo largo del procedimiento administrativo, la sociedad actora no comprobó este último presupuesto; por el contrario, el tercero beneficiado con la actuación administrativa impugnada, señor Luis Fernando G.G., comprobó que su inmueble carece de gravamen a favor de la sociedad demandante.

En consecuencia, se verifica que las autoridades demandadas han pronunciado los actos que se impugnan dentro de las atribuciones otorgadas en la Constitución, la Ley de Creación de la SIGET, la Ley General de Electricidad, la Ley de Constitución de Servidumbres para las Obras de Electrificación Nacional y las Normas Técnicas de Diseño, Seguridad y Operación de las Instalaciones de Distribución Eléctrica; y no en el marco de un conflicto de naturaleza civil, como señala la sociedad demandante.

c. En esta línea argumentativa, importa destacar que las autoridades demandadas acoplan las potestades ejercidas en la sujeción a las normas técnicas que emiten, y valoran el interés general sobre el particular, en el sentido que, siendo el suministro de energía eléctrica un sector vital para el país, éste se debe de garantizar y proteger.

Se debe resaltar que la Ley de Constitución de Servidumbres para las Obras de Electrificación Nacional —vigente desde abril de mil novecientos noventa y siete—, establece el procedimiento para la constitución de servidumbres de electroducto cuando éstas no puedan constituirse por medio de contratación directa. Ello denota que se exige la constitución de un derecho real de manera voluntaria —contratación directa— o forzosa —judicial—.

En tal sentido, la inexistencia de un derecho real en los inmuebles afectados por las líneas de distribución eléctrica genera una incertidumbre en el efectivo suministro de energía eléctrica y no asegura la estabilidad del mismo, encaminando al distribuidor a una situación de irregularidad ante las normas previstas por la SIGET.

En el presente caso, el Superintendente de la SIGET concedió a la sociedad demandante, por medio del acuerdo 390-E-2011, emitido a las diez horas con diez minutos del quince de agosto de dos mil once (folio 96); la oportunidad de presentar por escrito sus argumentos y posiciones relacionados con el reclamo interpuesto por el señor Luis Fernando G.G.. No obstante, la sociedad actora no demostró la existencia y debida inscripción de un derecho a su favor para tener por legal la ubicación de su infraestructura eléctrica en el inmueble del señor G.G., sino que se limitó a afirmar que SIGET no está facultada para conocer, iniciar un procedimiento y exigir la remoción de infraestructura eléctrica ubicada en propiedad de un particular, ya que de hacerlo se excede de su marco de actuación buscando proteger el supuesto derecho de un particular (escrito presentado en la fase de prueba del procedimiento administrativo, que consta a folios 92 al 93).

Esta misma oportunidad fue concedida a la actora en el procedimiento administrativo desarrollado ante la Junta de Directores de la SIGET, sin embargo, no presentó prueba que amparara legalmente la ubicación de su infraestructura eléctrica.

Ante tal irregularidad las autoridades demandadas actúan con el objeto que el distribuidor se sujete a las normas que regulan las condiciones óptimas de operación y garantizan un suministro continuo, suficiente y oportuno de energía eléctrica.

De ahí que, la remoción de las líneas de distribución ordenada no va encaminada a resolver un conflicto planteado por un usuario contra un distribuidor, sino que, como se ha establecido *supra*, es consecuencia de las atribuciones normativas y de vigilancia del ente regulador del sector de energía, a fin de garantizar y prever la estabilidad del suministro de energía eléctrica, evitando que la voluntad de un particular —propietario o poseedor del inmueble en el cual se establece la servidumbre de electroducto— genere un daño u obstaculice el mantenimiento de las líneas de distribución, afectando, por ende, el óptimo suministro del servicio público”.

SIGET ES COMPETENTE PARA ORDENAR LA REMOCIÓN DE INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA UBICADA EN BIENES INMUEBLES PROPIEDAD DE PARTICULARES

“d. Adicionalmente, DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD DEL SUR, S.A. DE C.V., alega que las autoridades administrativas no pueden juzgar o resolver conflictos derivados de las leyes civiles.

La situación de hecho planteada puede ser enmarcada en diferentes ámbitos, pero en el caso de estudio las autoridades demandadas han actuado con base en el marco normativo que las rige, a fin de garantizar y vigilar la prestación del suministro de energía eléctrica. De ahí que enmarcan la intervención del señor Luis Fernando G.G. en el plano de una cooperación particular.

Es decir, la remoción de la estructura eléctrica exigida no deviene de un conflicto en materia civil sino del ejercicio de potestades que, en el campo de la regulación y control del suministro de energía eléctrica, le competen a la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones —ente regulador creado para tal efecto—.

Los argumentos expuestos por DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD DEL SUR, S.A. DE C.V. no son atendibles para declarar la ilegalidad de los actos impugnados, los cuales han sido emitidos con apego al principio de legalidad y a las atribuciones encomendadas al Superintendente y la Junta de Directores, ambos de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones.

IX. La sociedad actora invoca como precedente obligatorio para el presente caso, la sentencia definitiva emitida a las catorce horas dos minutos del uno de octubre de dos mil doce, en el proceso contencioso administrativo bajo referencia 281-2007, promovido por DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD DELSUR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, contra el Superintendente y la Junta de Directores, ambos de la SIGET.

Ante el criterio fijado en dicha sentencia, respecto de los conflictos suscitados —*entre operadores del sector de electricidad y particulares que no poseen la categoría de usuarios finales*— por la competencia de SIGET para ordenar la remoción de infraestructura eléctrica, esta Sala estableció, posteriormente, *una nueva interpretación con relación a la forma en que se resolverán dichos conflictos*.

Este nuevo criterio ha sido tomado en la sentencia emitida a las quince horas doce minutos del nueve de diciembre de dos mil quince, en el proceso contencioso administrativo bajo referencia 01-2011, promovido por EMPRESA ELÉCTRICA DE ORIENTE, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, contra el Superintendente y la Junta de Directores, ambos de a SIGET.

En la sentencia del proceso 01-2011, se examinó el precedente citado por la parte actora —sentencia del proceso contencioso administrativo 281-2007—, advirtiéndose, en primer lugar, que el mismo surgió a partir de la interpretación de dos disposiciones reguladoras de determinadas relaciones entre operadores y usuarios finales, concretamente, los artículos 5 letra d) de la Ley de Creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones y 84 de la Ley General de Electricidad, normas a partir de las cuales —según se concluyó en su oportunidad— la SIGET no tenía competencia para dirimir los conflictos entre *operadores y particulares*, como es el caso de la remoción de infraestructura eléctrica

ubicada en el inmueble de un particular; y en segundo lugar, se determinó que la SIGET cuenta, de conformidad con la Constitución (artículo 110 inciso 4°), con legitimación técnica de intervención y regulación en los límites legales establecidos por el ordenamiento. En el ejercicio de tales potestades debe procurar un equilibrio entre el mantenimiento de las condiciones de competencia en el mercado y la garantía de las obligaciones derivadas de la prestación de un servicio público; respetando los derechos de los usuarios y conjugando la libertad de empresa con la regulación y supervisión del Estado en la prestación del suministro del servicio.

En suma, en la sentencia dictada en el proceso 01-2011, se concluyó que la SIGET posee la competencia en su condición jurídica de ente regulador y a partir de las potestades de control que le son otorgadas por el ordenamiento, para ordenar la remoción de infraestructura eléctrica ubicada en bienes inmuebles propiedad de particulares.

En consecuencia, el precedente relacionado por la parte actora —sentencia definitiva del proceso contencioso administrativo 281-2007—, *no reconoce la naturaleza del papel de vigilancia y control que posee el Estado para la prestación de servicios públicos, ni las disposiciones legales que regulan tal potestad.*

Adicionalmente, debe expresarse que en el presente caso, la SIGET ha actuado ante una situación de inseguridad para los particulares que, dentro de sus inmuebles, poseen infraestructura eléctrica que atenta su seguridad.

En atención a las consideraciones esbozadas, no es atendible el precedente invocado por la sociedad demandante para el presente caso.

X. Respecto al argumento relativo a que el artículo 84 de la Ley General de Electricidad únicamente faculta a la SIGET para resolver conflictos entre operadores y usuarios finales, cuando los mismos se vinculen directamente con el suministro de energía eléctrica; y que, en el presente caso, la sociedad demandante no tiene la calidad de operador ni el señor G.G. ha interpuesto un reclamo en su calidad de usuario final, debe puntualizarse, tal como se fijó en los apartados precedentes, que la SIGET, como ente regulador, posee la obligación legal de regular y controlar el servicio de energía eléctrica dentro de una relación jurídica en la cual el Estado, como garante del interés general, armoniza e incide, dentro de los límites constitucionales y legales, en las diversas situaciones jurídicas de los operadores, usuarios y particulares.

Lo anterior permitió que la SIGET conociera del conflicto entre el señor Luis Fernando G.G. y la sociedad actora, pues el mismo se suscitó en torno a las materias específicas que se regulan a través de la Ley General de Electricidad.

Por esta razón, se puede concluir que SIGET conoció del problema con base a la normativa y a su competencia para dictar los actos impugnados y ordenar la remoción de la infraestructura eléctrica ubicada en un inmueble de propiedad privada. En consecuencia, este punto de ilegalidad debe ser desestimado”.

DESESTIMACIÓN DE VULNERACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD, POR FALTA DE PRUEBAS QUE JUSTIFIQUEN EL MISMO

“XI. Finalmente, la sociedad actora ha establecido que los gastos en que debe incurrir para la remoción de la infraestructura eléctrica que atraviesa el

inmueble del señor G.G., constituye una afectación injustificada y arbitraria a su derecho de propiedad.

Sobre este punto, la referida sociedad no ha comprobado la existencia e inscripción de derecho alguno sobre el inmueble propiedad del señor G.G., por lo que el costo de la remoción de la infraestructura eléctrica es una consecuencia de su instalación injustificada y sin amparo legal, por lo que no puede existir afectación al derecho de propiedad alegado y en virtud de lo mismo, este punto también deber ser desestimado”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 45-2012, fecha de la resolución: 11/12/2015.

COMPETENCIA PARA REGULAR LOS ACUERDOS QUE LOS OPERADORES REALICEN SOBRE CARGOS POR INTERCONEXIÓN

“Con relación a este aspecto plantea los siguientes argumentos: «En este caso la violación administrativa recae sobre el art. 34 letra “e” de la Ley de Telecomunicaciones (...) Como ya se ha adelantado, en el caso particular la administración pública pretende sostener como sustrato de la sanción, la comisión del ilícito establecido en el literal “e” del Art. 34 de la Ley de Telecomunicaciones, el cual como **núcleo del ilícito** determina “Desconectar la interconexión de un operador (...)” El cuadro regulatorio de dicho ilícito se completa agregando que solo es constitutivo de ilícito de la desconexión que sea ejecutada sin que exista una causa justificada que origine tal acción.

Como hemos advertido, la configuración del ilícito administrativo parte de un **verbo rector que requiere a toda costa la desconexión entre las redes de dos operadores de tal suerte que no exista tráfico de ningún tipo de llamadas cursadas, y esto debe entenderse en ningún sentido, calidad o condición.**

De conformidad al **Art. 6 de la misma Ley de Telecomunicaciones**, la interconexión debe entenderse como (...) de esta definición se constata también que el **presupuesto de la desconexión de la interconexión, es la cesación, obstaculización o eliminación de la interconexión,** de tal modo y manera que ante una desconexión de la interconexión, los operadores y usuarios de distintas redes **NO PUEDEN INTERCAMBIAR TRÁFICO DE TELECOMUNICACIONES DE UNA A OTRA RED.**

A nivel de tipificación es necesario acotar que las acciones de nuestra mandante **para ser sancionables** deben acoplarse a lo definido exactamente en el literal “e” del Art. 34 de la Ley de Telecomunicaciones, de tal modo y manera, que **no es posible pretender homologar a la desconexión, otra serie de actuaciones que técnicamente presupongan de medidas, siempre y cuando subsista o permita la vigencia de la interconexión entre ambas redes (...)** Tal cual he adelantado, SALNET dejó de honrar el pago de sus obligaciones para con mi representada y esto significo (sic) que TELEFONICA (sic) buscará (sic) dentro de las opciones legales que posee el medio precuatorio para evitar el incremento de la mora. En este caso mi mandante optó por adoptar una medida cuidando siempre proteger el bien jurídico tutelado en la composición del tipo antijurídico de la letra “e” del Art. 34 de la Ley de Telecomunicaciones, es decir

mantener lo que ya se ha relacionado subyace en el concepto de interconexión expresado en el Art. 6 de la Ley de Telecomunicaciones: que los usuarios de las diferentes redes no vean su servicio desmejorado (...) Adviértase, que la restricción a la completación del tráfico internacional en la red de TELEFÓNICA por MORA, constituye una medida avalada por el contrato suscrito, la regulación vigente a la fecha de su aplicación, y por los precedentes administrativos dictados por SIGET (...)

Ya en el apartado anterior hemos expresado con claridad que la acción tomada por TELEFÓNICA frente a la mora de SALNET, fue concretamente la de no recibir más tráfico internacional, para ello mi representada restringió la completación de unas llamadas internacionales en la red de TELEFÓNICA, ya que como bien ha afirmado SIGET en el pasado (...) [...]”

LA DESCONEXIÓN DE LA INTERCONEXIÓN ES UNA MEDIDA QUE NO SUPERÓ EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

“2. El Superintendente y la Junta de Directores, ambos de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, por medio de su apoderado general judicial, licenciado Carlos Mauricio Canjura Guillén, fundamentan su posición de la siguiente manera: «Los artículos 19 a) y 20 de la Ley de Telecomunicaciones antes relacionados, confieren a la SIGET competencia para conocer de los conflictos o quejas asociados con la interconexión. Esto implica que la SIGET tuvo que haber conocido de las diferencias entre TELEFÓNICA y SALNET y calificar la validez de las justificaciones de TELEFÓNICA previo a la desconexión de la interconexión; sin embargo, ello no sucedió debido a que TELEFÓNICA procedió a la desconexión del citado recurso esencial.

En cuanto a la medida de desconexión adoptada por TELEFÓNICA, es procedente realizar el examen de proporcionalidad a fin de verificar si la misma se encuentra justificada. Para tal efecto, debe considerarse que el fin perseguido por TELEFÓNICA era obtener el remanente del pago de las facturas objetadas parcialmente por SALNET y evitar que se acrecentarán (sic) los montos adeudados por este último.

Sobre la idoneidad de la medida, es claro que la desconexión de la interconexión es una medida que, debido a la gravedad de sus efectos en la actividad de los operadores de telefonía así como en los usuarios del servicio, es capaz de conminar al operador “moroso” al pago de su deuda, por lo que en efecto se puede considerar una medida idónea para obtener el fin perseguido.

En relación con la necesidad de la medida, TELEFÓNICA debió evaluar la existencia de un medio menos gravoso mediante el cual su objetivo pudiera cumplirse. En ese sentido, se advierte que la tramitación del procedimiento de objeción de factura planteado por SALNET hubiera sido un medio idóneo para obtener el remanente de pago -ya sea mediante una negociación, acuerdo o cualquier mecanismo de solución alterna de conflictos- que a la vez hubiese representado un perjuicio mucho menor a SALNET y a sus usuarios que el daño ocasionado por la desconexión de la interconexión. Está claro que por tratarse de un servicio público, no puede efectuarse una desconexión sin que

el ente regulador la autorice o valide, previo el trámite común del procedimiento administrativo contenido en la Ley de Telecomunicaciones. Por tanto, la medida adoptada por TELEFÓNICA no supera el sub principio de necesidad.

Con base a las anteriores consideraciones, se concluye, en primer lugar, que la desconexión de la interconexión en el presente caso es una medida que no superó el juicio de proporcionalidad, por ser una medida innecesaria -ya que existían medidas menos gravosas que permitían obtener el pago y evitar que se acrecentara la deuda- y desproporcionada en relación con su finalidad -debido a la gravedad de sus efectos tanto para el operador desconectado como para el interés público-. En consecuencia, no puede considerarse justificada en el presente caso, ni siquiera en el supuesto que SALNET se encontrara en mora. Y, en segundo lugar, que SIGET no autorizó la desconexión de la interconexión realizada por TELEFÓNICA, infiriéndose que el citado operador asumió funciones propias -sancionatorias- del ente regulador”.

DESCONEXIÓN INJUSTIFICADA DE LA INTERCONEXIÓN VIOLENTA EL ARTÍCULO 34 LETRA E) DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES

“Sobre la supuesta vulneración al principio de tipicidad (...) Al respecto, debe señalarse en primer lugar, que la misma TELEFÓNICA reconoce que suspendió, sin el aval del ente regulador, la interconexión internacional; situación que resulta suficiente para que se configure la infracción muy grave en comento, consistente en desconectar sin causa justificada la interconexión de un operador. Pues en virtud del principio de unidad funcional de la red, la interconexión funciona como un “TODO”; de ahí que el tipo de infracción descrita en el artículo 34 letra e) de la Ley de Telecomunicaciones alude a la desconexión injustificada de la interconexión de un operador, sin hacer distinciones en que esta tenga que ser total o parcial, de tráfico nacional o internacional.

En segundo lugar, debe resaltarse que dentro del procedimiento tramitado en sede administrativa -tal como puede ser comprobado por esa Sala al consultar la certificación del expediente administrativo correspondiente- TELEFÓNICA nunca presentó pruebas que constataran que se cursó tráfico telefónico entre redes. Incluso, mediante escrito presentado por dicho operador el día veintitrés de febrero de dos mil nueve, en el que solicitó la revocatoria de la práctica del informe técnico requerido a la Gerencia de Telecomunicaciones para que realizara los monitoreos, inspecciones y demás gestiones para determinar el estado de la interconexión entre las redes de los mencionados operadores, manifestó lo siguiente: “en el presente caso, además de ILEGAL, la solicitud de informe técnico resulta completamente INNECESARIA e INFUNDADA, pues no se requiere de más insumos que los que el mismo SALNET ha aportado en su queja - CONFESIÓN sobre la NEGATIVA de cumplir obligaciones económicas- para resolver el presente caso (...) las diligencias probatorias que SIGET puede realizar durante la etapa probatoria, se refieren a aquellas que las partes hayan solicitado oportunamente, y NO, a las que SIGET estime conducente para probar los hechos que la parte actora ha denunciado, EVIDENTEMENTE, esto es así, por cuanto, como se ha dicho antes, corresponde a la parte actora la carga de la prueba (...)

Por lo tanto, no es válido concluir que las resoluciones impugnadas vulneran el principio de tipicidad que invoca puesto que efectivamente TELEFÓNICA desconectó” injustificadamente la interconexión de SALNET, incurriendo así en la infracción muy grave contenida en el artículo 34 letra e) de la Ley de Telecomunicaciones» (folios 671 al 673)”.

3. De lo expuesto se concluye que el único argumento en que la sociedad demandante fundamenta su pretensión consiste en que, con la emisión de los actos impugnados, se violentó el principio de tipicidad en relación con el artículo 34 letra e) de la Ley de Telecomunicaciones.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el principio de tipicidad ha sido adoptado por la jurisprudencia de este Tribunal, en el proceso con referencia 195-2005, sentencia de las diez horas con treinta minutos del veintidós de abril de dos mil nueve, en la misma se hizo referencia al autor Fernando Pérez Royo y se dijo que: «(...) el principio de tipicidad representa una derivación del principio de la exigencia de seguridad jurídica, y constituye un límite fundamental para la potestad sancionatoria de la Administración. Estima el reconocido tratadista [Fernando Pérez Royo] que la Administración debe proceder a la calificación de las infracciones teniendo en cuenta que al hacerlo no desarrolla una facultad discrecional, sino una actividad jurídica de aplicación de normas que exige como presupuesto objetivo, el encuadre o subsunción de la conducta en el tipo predefinido legalmente (...)»

Corresponde realizar el análisis del argumento alegado por la demandante, quien considera que, con la emisión del acto emitido por el Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones, se violentó el principio de tipicidad. En dicho acto se declaró culpable a TELEFÓNICA de la comisión de la infracción del artículo 34 letra e) de la Ley de Telecomunicaciones.

La norma en discusión es el artículo 34 letra e) de la Ley de Telecomunicaciones, el cual establece: “*Son infracciones muy graves: (...)”*

SIGET, COMO CONTRALOR DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELEFONÍA, ES EL COMPETENTE PARA CALIFICAR LA CAUSA JUSTIFICADA PARA DESCONECTAR LA INTERCONEXIÓN DE UN OPERADOR

“Es procedente revisar lo acontecido en sede administrativa y verificar la conducta que investigó el Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones, para determinar si la misma encaja en el supuesto establecido en el artículo señalado.

Se ha tenido a la vista la copia certificada del expediente administrativo relacionado con el presente proceso, la cual corre agregada de folios 59 al 633, dividido en dos piezas, que corresponde al trámite de queja iniciado ante el Superintendente y el incidente de apelación llevado en la Junta de Directores de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones. [...]

De los pasajes citados se establece que las autoridades demandadas resolvieron la queja de desconexión de la terminación de llamadas internacionales de SALNET contra. TELEFÓNICA. En el trámite administrativo (tal como se ha

señalado) el Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones verificó la existencia de la conducta señalada por SALNET.

Es necesario tener claro que TELEFÓNICA, en esta sede, aceptó que procedió a desconectar la interconexión del tráfico de llamadas internacionales, alegó que dicha acción fue tomada como medida precuatoria para exigir el cumplimiento de las obligaciones económicas contraídas por la operadora SALNET. Por tal razón, se colige que, entre las partes, no existe controversia en la conducta de TELEFÓNICA, que consistió en desconectar la interconexión de llamadas a nivel internacional.

De conformidad con el artículo 6 de la Ley de Telecomunicaciones, «SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES: Significa cualquier servicio de telecomunicaciones que el Estado exige en virtud de ley, que se ofrezca al público en general. Estos servicios pueden incluir, entre otros, telefonía y transmisión de datos típicamente relacionados con información proporcionada por el cliente entre dos o más puntos, sin ningún cambio de extremo a extremo en la forma o contenido de la información del cliente, sin incluir los servicios de información». Según esta norma la telefonía es un servicio público, éste debe ser brindado bajo la supervisión del Estado ya que el mismo beneficia a la sociedad; de conformidad con el artículo 1 de la referida ley, SIGET es el ente encargado de supervisar éste servicio público.

En consecuencia, en el presente proceso, los operadores del servicio público de telefonía cuando se suscitó el conflicto, previo a tomar las medidas precautorias que consideraran pertinentes, debieron acudir a SIGET, a fin de que sea esta institución quien garantice o sirva de mediador en la controversia ocasionada. Lo anterior, debido a que la telefonía, como se ha manifestado, es un servicio de carácter público.

En ese orden de ideas, lo alegado por TELEFÓNICA en esta sede como justificación para desconectar el tráfico de llamadas internacionales, -la falta de pago por parte de SALNET- no tiene fundamento legal, en virtud de la competencia de SIGET en la solución de conflictos como el suscitado.

De ahí que SIGET, como contralor del servicio público de telefonía, es el competente para calificar la *causa justificada* que establece el supuesto del artículo 34 letra e) de la Ley de Telecomunicaciones.

Tal como aseguran las autoridades demandadas, la falta de pago de SALNET es una situación que TELEFÓNICA debió informar a SIGET, para que fuera ésta quien calificara la procedencia de la desconexión de las llamadas internacionales; sin embargo no se hizo, sino que efectuó la desconexión, como medida de hecho, por el simple incumplimiento de obligaciones contractuales.

Por otra parte, el Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones comprobó la desconexión del servicio de interconexión de llamadas internacionales mediante el informe de los técnicos de la Gerencia de Telecomunicaciones.

En dicho informe se concluyó que existe interferencia en la conexión del tráfico internacional de llamadas entre los operadores SALNET y TELEFÓNICA. Además, la demandante expresó en esta sede que efectivamente hubo una des-

conexión de la interconexión de las llamadas entrantes del servidor SALNET, pero tal conducta es únicamente del tráfico internacional.

A criterio de esta Sala, el artículo 34 letra e) de la Ley de Telecomunicaciones, sanciona la acción de *desconectar sin causa justificada la interconexión de un servidor*; mandato legal que no distingue entre la desconexión de llamadas nacionales e internacionales, por tanto, la conducta cuestionada establecida en la citada norma, fue debidamente comprobada.

El Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones, al establecer la conducta atribuida y probar la desconexión de la interconexión sin existir *causa justificada*, no vulneró el principio de tipicidad.

Por lo antes expuesto, esta Sala concluye que no hay fundamento, por el motivo invocado, para declarar la ilegalidad los actos administrativos impugnados, emitidos por el Superintendente y la Junta de Directores, ambos de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones.

Respecto al acto emitido por la Junta de Directores de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, debido a que confirmó la actuación del Superintendente, seguirá la misma suerte del primero”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 387-2009, fecha de la resolución: 23/12/2015.

SUPRESIÓN DE PLAZAS

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NO SEÑALA EXPRESAMENTE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO QUE SE DEBE SEGUIR PARA DETERMINAR SI UNA PLAZA ES NECESARIA O NO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MUNICIPAL

“En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la Ley de la Carrera Administrativa Municipal no establece ningún procedimiento especial de supresión de plaza, solo se encuentra tal potestad implícitamente reconocida en el artículo 30 número 7) del Código Municipal, en cuanto que los concejos municipales son los encargados de elaborar el presupuesto de la institución.

Por otra parte, está reconocido el derecho de ingreso sin concurso a la carrera administrativa municipal para una persona a la que se le hubiera suprimido la plaza; ello conforme con el artículo 34 número 1) de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal; y los derechos de reubicación e indemnización en caso de supresión de la plaza, en el artículo 51 de la referida ley.

En consecuencia, 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 determinar si una plaza es necesaria o no para el funcionamiento de la administración pública municipal, y proceder, por ello, a una supresión.

La normativa administrativa que resulta posible invocar como aplicable análogicamente es el Decreto Legislativo 471 que contiene la Ley Temporal de Compensación Económica por Servicios Prestados en el Sector Público. Tal ley establece el concepto de *“innecesidad de la plaza”* como requisito para ser suprimida, sin embargo, supedita el goce de la indemnización correspondiente a

la presentación de la renuncia por parte del trabajador. Por tanto, realizando una integración de tal ley se debe rescatar el concepto de “innecesidad”, quedando a salvo qué debe entenderse por dicho concepto al estar indeterminado.

La disposición citada debe relacionarse con la posibilidad de financiar las plazas en una institución conforme al Presupuesto General de Ingresos y Egresos. En consecuencia, para suprimir conforme a Derecho una plaza en una institución municipal, se deben cumplir 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 establezcan tales supuestos por parte de la autoridad que pretenda suprimir la plaza.

VII.2. Análisis de los requisitos de supresión de plaza en el presente caso.

Establecidos los supuestos que dan lugar a la supresión de plaza, corresponde verificar si los mismos se han cumplido en el presente caso”.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA SUPRESIÓN DE PLAZAS

“Esta Sala ha sostenido, en relación al análisis de la supresión de plazas, y eventual legalidad de esta figura [verbigracia: sentencia definitiva del veintisiete de mayo de dos mil quince, referencia 437-2012] “(...) *que si bien la norma habilita a la Administración para que pueda realizar este tipo de actos [suprimir plazas], también es cierto que deja abierta la posibilidad que esta empleada a la que le fue suprimida la plaza, pueda ser incorporada a un empleo similar o de mayor jerarquía o podrá ser indemnizada, en consecuencia, debe de existir una fundamentación en la cual la autoridad, según el caso, exprese que se intentó cumplir lo establecido en el artículo 53 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal*”; en este sentido, es relevante destacar que pese a que existe legalmente la posibilidad que la municipalidad por razones operativas suprima plazas, esta figura no es el medio idóneo para despedir personas, sino para mejorar la organización, funcionamiento y eficiencia de la institución; razón por la cual, previo al rompimiento del vínculo laboral, la comuna debe realizar un esfuerzo por reubicar a su personal al que le será suprimida una plaza, y solo en caso de no ser materialmente posible dicha reubicación, proceder a indemnizarle.

En la misma línea la Sala de lo Constitucional [i.e. Admisión del proceso de Amparo del ocho de enero del dos mil catorce, referencia 954-2013], ha sostenido que “(...) *en materia de supresión de plazas, mientras exista la plaza –entendida en sentido material, como equivalente a función, y no el simple cambio de denominación– el empleado o funcionario público no puede ser removido por simples razones de conveniencia*”; en esta resolución, se aclaró que “(...) *la supresión de plaza y la sustitución de personas son conceptos jurídicos muy distintos; ya que la primera implica no dar empleo a otras personas, ni recurrir engañosamente a conferir las mismas funciones mediante otros contratos; de forma que la utilización fraudulenta de la ley –convirtiendo a la supresión de plaza en un sistema anómalo o encubierto de sustitución de personas– se encuentra prohibida en el sistema constitucional salvadoreño*”; es decir que esta figura jurídica, no obedece a la sola invocación del nombre *supresión de plaza* con que se produce la ruptura del vínculo laboral, sino más bien a los elementos

fácticos y materiales previos que motivaron a la supresión de plaza, la cual siempre deberá obedecer a parámetros objetivos, operativos y medibles; con miras a hacer eficiente la operación ordinaria de una institución, sin perder los elementos necesarios para ejercer la función normal de esta; verbigracia, la realización de un estudio financiero y técnico de necesidad, de reorganización, o de eficiencia; o bien, cualquier otro parámetro objetivo, que hiciera soportar dicha decisión”.

DEBE PRESENTARSE DOCUMENTACIÓN QUE JUSTIFIQUE LA INNECESARIDAD DE LA PLAZA, ANÁLISIS TÉCNICO ORGANIZACIONAL Y FUNCIONAL, ASÍ COMO DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES ENTRE EMPLEADOS

“Establecido lo anterior, las afirmaciones contenidas en el acuerdo de supresión emitido por la autoridad demandada –*acto administrativo impugnado*–, no se encuentran respaldadas por un procedimiento administrativo en el que se haya comprobado los presupuestos elementales que justifican la supresión de la plaza que ocupaba la parte demandante. Si bien es cierto que la autoridad demandada pretende –*mediante el análisis financiero emitido por el Tesorero Municipal, la Encargada de Presupuesto y el Contador Municipal*– justificar la indisponibilidad de recursos de la Municipalidad de Toncatepeque, no presenta ninguna documentación que respalde dicho informe; y es que la sola diferencia o déficit en el presupuesto de la comuna –*que es lo que se expresa en el referido informe*– no es suficiente para justificar la supresión de la plaza del demandante, puesto que no se relaciona o presenta un estudio de la organización administrativa de la comuna que evidencie que con la supresión de las plazas de las personas que se desempeñaban en la Unidad de Barrido de Calles y Avenidas del Residencial Altavista, se solventaría el problema presupuestario o que la dificultad presupuestaria se debía a la existencia de dicha unidad. Desde otro punto de vista, debe señalarse que en el presente caso no se presentó documentación alguna que demuestre y justifique la innecesaridad de la plaza del señor Edwin Rusel A.R., al no haberse efectuado un análisis técnico organizacional y funcional de la referida Municipalidad; así como tampoco se ha demostrado que las funciones del señor A. R., hayan sido asignadas o distribuidas entre otros trabajadores de la comuna. 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 y 30 número 7 del Código Municipal”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 261-2012, fecha de la resolución: 21/12/2015.

Relaciones.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 446-2012, fecha de la resolución: 09/02/2015.

PROCEDIMIENTO

“Según la pretensión aducida por la parte actora, el señor R. C. se desempeñó en el área de recolector de basura en la municipalidad de Mejicanos, hasta que su plaza fue suprimida mediante la emisión del acto del diecinueve de octubre de dos mil doce. Fundamenta la ilegalidad del referido acto en el hecho que se suprimió la plaza en que se desempeñaba sin haber seguido ningún trámite previo que justificara y permitiera este tipo de acto dentro del marco de legalidad estipulado.

Por su parte la autoridad demandada alegó, que el Concejo Municipal es el ente facultado para suprimir las plazas de conformidad a lo que establece la ley.

En atención a lo expuesto, el análisis de la pretensión se ajustará a establecer si el procedimiento realizado por la autoridad demandada para efectuar dicha supresión, es el legalmente establecido”.

PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LA COMPETENCIA DE LA SUPRESIÓN DE PLAZA

“El artículo 2 de la Constitución de la República consigna que, toda persona tiene derecho a la vida, la libertad, la seguridad, el trabajo, la propiedad y posesión y a ser protegido en la conservación y defensa de los mismos. Este concepto es algo más que un concepto de seguridad material. No se trata únicamente del derecho que puede tener una persona a que se le garantice estar libre o exenta de todo peligro, daño o riesgo, que ilegítimamente amenace sus derechos sino también se trata de la seguridad jurídica como concepto inmaterial. Es la certeza del imperio de la ley, en el sentido que el Estado protegerá los derechos de las personas tal y como la ley los declara.

La Sala de lo Constitucional, mediante sentencia pronunciada a las nueve horas del día diecinueve de julio de mil novecientos noventa y seis, en el proceso de inconstitucionalidad relativo al decreto legislativo número 771, del veinticinco de abril de mil novecientos noventa y uno sostuvo que, “por seguridad jurídica se entiende la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y por autoridades competentes ambos establecidos previamente”.

De lo anterior puede inferirse que la seguridad jurídica es la condición resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público, condiciones indispensables para la vigencia de un Estado constitucional de Derecho.

En relación a lo anterior es preciso analizar que, tal como se menciona en el acuerdo señalado, en el romano VI), el artículo 53 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, establece: “En los casos que a los funcionarios o empleados de carrera independientemente de su relación jurídico laboral, se les comuniquen o notifique la supresión de la plaza o cargo, éstos podrán ser incorporados a empleos similares o de mayor jerarquía o podrán ser indemnizados”.

Antes de realizar un análisis técnico jurídico del caso bajo estudio, esta Sala considera necesario tener presente lo que se entenderá como competencia en términos generales ya que, tanto la doctrina y la jurisprudencia han manifestado que la competencia se entiende como un conjunto de funciones que son atribuidas por la ley, a un órgano o a un funcionario público y, además, constituye la medida de las facultades que le corresponden a cada entidad.

La competencia es una investidura legal, que se considera como una de las máximas expresiones del principio de legalidad. Este principio se configura como una garantía para los particulares, en el sentido que los funcionarios públicos actuarán, solamente, de acuerdo a las facultades concedidas por la ley y nunca fuera de dicho ámbito; lo que a la postre implica que los administrados no serán molestados en su esfera jurídica, salvo por actos dictados por el ente facultado para ello y en estricto respeto a la ley. Conforme a la doctrina de la vinculación positiva, la ley es la única que habilita y otorga legitimidad a los actos dictados por los órganos del Estado.

En otras palabras la competencia es el ámbito de autoridad que la ley otorga a un órgano o institución para desempeñar de manera legítima sus atribuciones. Entre sus criterios de distribución, la competencia se clasifica en razón de la materia, el grado y/o el territorio.

Teniendo presente lo que para este Tribunal es la competencia, se procederá a conocer si el Concejo Municipal de Mejicanos posee las facultades legales para emitir actos administrativos como el impugnado en el presente proceso, y si el artículo 53 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, lo faculta para realizar este tipo de actos dentro de su administración estableciéndose, la forma en que la facultad legal fue ejecutada, ya que si bien es cierto existe norma expresa, los mecanismos utilizados para la realización de la misma muchas veces no son los correctos y éstos son los que este Tribunal procederá a analizar”.

LA SUPRESIÓN DE PLAZA DEJA ABIERTA LA VÍA PARA QUE EL EMPLEADO SEA REUBICADO EN UN PUESTO DE MAYOR JERARQUÍA O QUE SEA INDEMNIZADO

“Está agregado a folio 50, del expediente administrativo el acuerdo número cuatro en el que se decidió suprimir, a partir del uno de noviembre de dos mil doce, la plaza de recolector de basura, “Unidad Presupuestaria: Servicios Externos, Línea de Trabajo (...), ocupada por Armando Antonio R. C. (...)”, en el que además se expresa que: “I) se ha realizado el análisis organizacional y funcional de la municipalidad y se han detectado situaciones como duplicidad de funciones y saturación de recurso humano: II) Que la carga financiera de la municipalidad para el pago de la planilla de personal, según el informe técnico financiero, es insostenible para los ingresos que percibe la municipalidad y eso no permite la inversión en obras urgentes y necesarias para el bienestar de los habitantes y desarrollo del municipio...”.

Esta Sala observa en el procedimiento realizado por la autoridad demandada que, si bien la norma habilita a la Administración para que pueda realizar este tipo de actos, también es cierto que deja abierta la posibilidad que al empleado a quien le fue suprimida su plaza pueda ser incorporado a empleos de mayor

jerarquía o ser indemnizado, en consecuencia debe existir una fundamentación en la cual la autoridad, según sea el caso, exprese que se procuró cumplir con lo establecido en el artículo 53 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, en lo referente a incorporar al empleado despedido en otro empleo, lo cual no ocurrió en el presente caso ya que en ningún momento se tomó como una opción para el señor Armando Antonio R. C., que aún cuando no es imperativo, si es una posibilidad que la norma ofrece (folio 50).

En el acuerdo impugnado aseveró la Administración Pública que, la decisión fue tomada entre otros motivos debido a que la plaza del demandante era innecesaria, sin embargo, al revisar el expediente administrativo, en éste no consta materialmente el análisis organizacional y funcional que debió realizar la Municipalidad y que debió ser la base, para suprimir la plaza del señor Armando Antonio R. C., en consecuencia no se demuestra objetivamente que se haya cumplido con lo que menciona la autoridad, en relación a que realizó un estudio técnico para emitir el acto impugnado.

Es preciso mencionar, que la representación del Concejo Municipal tenía la responsabilidad de anexar al expediente remitido a este tribunal, todos los elementos valorativos y objetivos que llevaron a la comuna a determinar que la supresión de la plaza era necesaria, por consiguiente, al no presentar el estudio o análisis mencionado no se cuenta con la motivación necesaria que requiere un acto para considerarse válido, el expediente administrativo presentado, no contiene la base que sustente al acto administrativo, y debe recordarse que el contenido de dicho expediente es parte de la motivación del acto.

Ante la falta de comprobación de la autoridad demandada de la innecesidad de la plaza del demandado, y además no habiéndose demostrado que la plaza del señor Armando Antonio R. C. se suprimió efectivamente, ni la duplicidad de funciones y saturación de recurso humano, esta Sala debe declarar la ilegalidad del acto administrativo impugnado”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 445-2012, fecha de la resolución: 20/05/2015.

REQUISITOS QUE SE DEBEN CUMPLIR PARA SUPRIMIR CONFORME A DERECHO UNA PLAZA EN UNA INSTITUCIÓN MUNICIPAL

“En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la Ley de la Carrera Administrativa Municipal no establece ningún procedimiento especial de supresión de plaza, solo se encuentra tal potestad implícitamente reconocida en el artículo 30 número 7) del Código Municipal, en cuanto que los concejos municipales son los encargados de elaborar el presupuesto de la institución.

Por otra parte, está reconocido el derecho de ingreso sin concurso a la carrera administrativa municipal para una persona a la que se le hubiera suprimido la plaza; ello conforme con el artículo 34 número 1) de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal; y los derechos de reubicación e indemnización en caso de supresión de la plaza, en el artículo 51 de la referida ley.

En consecuencia, 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 determinar si una plaza es necesaria o no para el funcionamiento de la administración pública municipal, y proceder, por ello, a una supresión.

Ante el vacío observado, resulta necesario integrar el ordenamiento administrativo.

La normativa administrativa que resulta posible invocar como aplicable análogicamente es el Decreto Legislativo 471 que contiene la Ley Temporal de Compensación Económica por Servicios Prestados en el Sector Público. Tal establece el concepto de *“innecesidad de la plaza”* como requisito para ser suprimida, sin embargo, supedita el goce de la indemnización correspondiente a la presentación de la renuncia por parte del trabajador. Por tanto, realizando una integración de tal ley se debe rescatar el concepto de *“innecesidad”*, quedando salvo qué debe entenderse por dicho concepto al estar indeterminado.

La disposición citada debe relacionarse con la posibilidad de financiar las plazas en una institución conforme al Presupuesto General de Ingresos y Egresos. En consecuencia, para suprimir conforme a Derecho una plaza en una institución municipal, se deben cumplir 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 establezcan tales supuestos por parte de la autoridad que pretenda suprimir la plaza.

VII.2. Análisis de los requisitos de supresión de plaza en el presente caso.

Establecidos los supuestos que dan lugar a la supresión de plaza, corresponde verificar si los mismos se han cumplido en el presente caso.

En la certificación del expediente administrativo, se observa que la autoridad demandada, previo a emitir el acuerdo de supresión de la Unidad de Organización y Participación Popular, en la que estaba asignada la plaza de facilitadora de la demandante, pronunció el Acuerdo número Trece de fecha dos de mayo de dos mil doce, en el cual expresa: *“(...) El Concejo Municipal de Tonacatepeque, debido a la crítica situación financiera con que se entrega la Administración Municipal 2009-2012, ACUERDA: declarar estado de Emergencia Financiero, por lo que mandata urgentemente a las Unidades de Tesorería, Presupuestos, Contabilidad Municipal, a realizar informe para determinar la problemática (...)”*(folio 35 del expediente judicial).

Se constata a folio 41 del expediente judicial, informe del Tesorero Municipal de fecha ocho de mayo de dos mil doce, en el que expresa: *“(...) al efectuar un análisis del comportamiento de los datos señalados, se ve claramente que los gastos superan los ingresos obtenidos (...) Por lo tanto según el análisis de los datos obtenidos tenemos que al 30 de abril de 2012 el porcentaje de remuneraciones asciende a un 76.95% con relación a los ingresos obtenidos, quedando un 23.05% solamente, para cumplir con el pago de compromisos muy importantes, como el alumbrado público que asciende un promedio de 37.15%, pago de Disposición final a Mides un 17.28%, pago de combustible y otros Bienes y Servicios Operacionales con un 15% aproximadamente. En síntesis, los recursos propios que la municipalidad de Tonacatepeque está obteniendo son insuficientes para hacer frente a los gastos operacionales de la misma, por lo que este Concejo Municipal deberá tomar las acciones necesarias y correctivas para*

que la ejecución presupuestaria logre cubrir los compromisos adquiridos con los proveedores de bienes y servicios”.

A folio 43 del expediente en estudio, se verifica el análisis financiero emitido por el Tesorero Municipal, la Encargada de Presupuesto y el Contador Municipal el catorce de mayo de dos mil doce, en el cual expresan: “(...) según los datos obtenidos tenemos que el valor de gastos mensuales estimados asciende a un valor de \$ 395,850.53, y con relación a los ingresos mensuales estimados sería un valor de \$319, 788.41, mostrando un déficit considerables de -\$76,062.12. Esto refleja que no se le ha dado el interés ni el seguimiento necesario a los Principios Presupuestarios donde es indispensable considerar Equilibrio, Racionalidad y ante todo y como su principal objetivo una buena Programación. En síntesis, los recursos propios que la municipalidad de Tonacatepeque está obteniendo son insuficientes para hacer frente a los gastos operacionales de la misma, por lo que este concejo Municipal deberá tomar las acciones necesarias y correctivas para que la ejecución presupuestaria logre cubrir los compromisos adquiridos con los proveedores de bienes y servicios”.

Finalmente, consta a folio 51 del expediente judicial, el Acuerdo número Seis de fecha veintidós de mayo de dos mil doce, mediante el cual se suprimió la Unidad de Organización y Participación Popular, en la que estaba asignada la plaza de facilitadora de la demandante, en la que la autoridad demandada expresa: “(...) El Concejo Municipal de Tonacatepeque, debido a la situación Financiera Crítica, en la que se nos entregó la Alcaldía Municipal por parte de la Administración 2009-2021, y que difícilmente se lograría una recuperación en un corto plazo nos vemos obligados a suprimir plazas en la Municipalidad, esto basado en la facultad establecida en el art. 53 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal. Por tanto este concejo ACUERDA: la supresión de todas las plazas de la Unidad de Organización y Participación Popular, a partir del día 25 de mayo del 2012. Se indemnizará de acuerdo a lo que indique la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, en su art. 53 (...)”.

Esta Sala ha sostenido, en relación al análisis de la supresión de plazas, y la eventual legalidad de esta figura [verbigracia: sentencia definitiva del veintisiete de mayo de dos mil quince, referencia 437-2012] “(...) que si bien la norma habilita la Administración para que pueda realizar este tipo de actos [suprimir plazas], también es cierto que deja abierta la posibilidad que esta empleada a la que le fue suprimida la plaza, pueda ser incorporada a un empleo similar o de mayor jerarquía o podrá ser indemnizada, en consecuencia, debe de existir una fundamentación en la cual la autoridad, según el caso, exprese que se intentó cumplir lo establecido en el artículo 53 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal”; en este sentido, es relevante destacar que pese a que existe legalmente la posibilidad que la municipalidad por razones operativas suprima plazas, esta figura no es el medio idóneo para despedir personas, sino para mejorar la organización, funcionamiento y eficiencia de la institución; razón por la cual, previo al rompimiento del vínculo laboral, la comuna debe realizar un esfuerzo por reubicar a su personal al que le será suprimida una plaza, y solo en caso de no ser materialmente posible dicha reubicación, proceder a indemnizarle.

En la misma línea la Sala de lo Constitucional [i.e. Admisión del proceso de Amparo del ocho de enero del dos mil catorce, referencia 954-2013], ha sostenido que “(...) en materia de supresión de plazas, mientras exista la plaza –entendida en sentido material, como equivalente a función, y no el simple cambio de denominación– el empleado o funcionario público no puede ser removido por simples razones de conveniencia”; en esta resolución, se aclaró que “(...) la supresión de plaza y la sustitución de personas son conceptos jurídicos muy distintos; ya que la primera implica no dar empleo a otras personas, ni recurrir engañosamente a conferir las mismas funciones mediante otros contratos; de forma que la utilización fraudulenta de la ley –convirtiendo a la supresión de plaza en un sistema anómalo o encubierto de sustitución de personas– se encuentra prohibida en el sistema constitucional salvadoreño”; es decir que esta figura jurídica, no obedece a la sola invocación del nombre supresión de plaza con que se produce la ruptura del vínculo laboral, sino más bien a los elementos fácticos y materiales previos que motivaron a la supresión de plaza, la cual siempre deberá obedecer a parámetros objetivos, operativos y medibles; con miras a hacer eficiente la operación ordinaria de una institución, sin perder los elementos necesarios para ejercer la función normal de esta; verbigracia, la realización de un estudio financiero y técnico de necesidad, de reorganización, o de eficiencia; o bien, cualquier otro parámetro objetivo, que hiciera soportar dicha decisión”.

LA FUNDAMENTACIÓN DEL ACUERDO DE SUPRESIÓN DE PLAZA DEBE IR RESPALDADO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DONDE SE COMPRUEBEN LOS PRESUPUESTOS ELEMENTALES DE DICHA FIGURA

“Establecido lo anterior, las afirmaciones contenidas en el acuerdo de supresión emitido por la autoridad demandada –*acto administrativo impugnado*–, no se encuentran respaldadas por un procedimiento administrativo en el que se haya comprobado los presupuestos elementales que justifican la supresión de la plaza que ocupaba la parte demandante. Si bien es cierto que la autoridad demandada pretende –*mediante el análisis financiero emitido por el Tesorero Municipal, la Encargada de Presupuesto y el Contador Municipal*– justificar la indisponibilidad de recursos de la Municipalidad de Tonacatepeque, no presenta ninguna documentación que respalde dicho informe; y es que la sola diferencia o déficit en el presupuesto de la comuna –*que es lo que se expresa en el referido informe*– no es suficiente para justificar la supresión de la plaza de la demandante, puesto que no se relaciona o presenta un estudio de la organización administrativa de la comuna que evidencie que con la supresión de las plazas de las personas que se desempeñaban en la Unidad de Organización y Participación Popular, se solventaría el problema presupuestario o que la dificultad presupuestaria se debía a la existencia de dicha unidad. Desde otro punto de vista, debe señalarse que en el presente caso no se presentó documentación alguna que demuestre y justifique la innecesaridad de la plaza de la señora Sandra Yanira M. de A., al no haberse efectuado un análisis técnico organizacional y funcional de la referida Municipalidad; así como tampoco se ha demostrado que las funciones de la señora Sandra Martínez de A., hayan sido asignadas o distribuidas entre otros

trabajadores de la comuna. 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 y 30 número 7 del Código Municipal”.

CUANDO LA SUPRESIÓN DE LA PLAZA ES ILEGAL, SE DEBE RESTABLECER EL DAÑO PAGANDO LOS SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR Y ORDENANDO EL REINSTALO O REINCORPORACIÓN DEL TRABAJADOR

“VIII. Determinada la ilegalidad del acto administrativo impugnado, corresponde efectuar un pronunciamiento sobre la medida para el restablecimiento del derecho violado. El artículo 32 inciso final de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece: *“Cuando en la sentencia se declare la ilegalidad total o parcial del acto impugnado, se dictarán, en su caso, las providencias pertinentes para el pleno restablecimiento del derecho violado”*.

En ese sentido, siendo que el vínculo laboral de la actora quedó interrumpido por la actividad de la Administración, la lógica consecuencia es el pago de los salarios dejados de percibir y demás prestaciones laborales, incluso bonificaciones, si no las hubiere recibido, desde la fecha en que surtió efectos el acto de supresión *–veinticinco de mayo de dos mil doce–* hasta la fecha de ejecución de esta Sentencia. Además, deberá ser reinstalada dentro de la Municipalidad en un empleo similar al que ocupó en la Unidad de Organización y Participación Popular *–facilitadora–*, o en uno de mayor jerarquía”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 258-2012, fecha de la resolución: 16/12/2015.

Relaciones:

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 436-2012, fecha de la resolución: 25/11/2015.

CON LOS ELEMENTOS BRINDADOS POR EL CONCEJO MUNICIPAL, SE TIENEN POR VÁLIDOS Y COMPROBADOS LOS MOTIVOS POR LOS CUALES FUE SUPRIMIDA LA PLAZA

“Sobre la figura de la supresión del cargo: potestad ejecutiva o de gestión de la Administración Pública.

Dentro de la potestad ejecutiva o de gestión de la Administración Pública, se encuentran las funciones de auto organización; la Ley de la Carrera Administrativa Municipal reconoce esta función en casos como: el acceso y vinculación a la carrera administrativa (Título IV, capítulo I), así como para el retiro del cargo del mismo (Título IV, capítulo IV), el cual contempla, la supresión del cargo.

La supresión del cargo es un acto administrativo que extingue a otro acto (el que crea el cargo), retirando los efectos jurídicos de este último, ya sea por inte-

rés público –razones de oportunidad- o para restablecer el imperio de la ley -razones de legalidad- (“Manual de Derecho Administrativo”; Buj Montero, Mónica; Argentina, 1996; Capítulo X, página 254). Cabe advertir, que el artículo 53 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, no establece procedimientos o requisitos para la supresión del cargo, otorgando discrecionalidad a la Administración Pública para suprimir una plaza; la discrecionalidad se debe a que la ley permite que la Administración Municipal distribuya sus recursos humanos y económicos de la mejor manera posible, en el entendido que su actuación se presume legal y entorno al bienestar de los recursos del Municipio.

A pesar de lo manifestado, el mismo cuerpo normativo salvaguarda la estabilidad laboral del empleado o funcionario según manda la Constitución de la República (artículo 219), ya sea incorporando al afectado a empleos similares o de mayor jerarquía, o indemnizando al afectado según la proporción que el mismo artículo contempla. De ahí que, si la Administración Municipal no cumple con las exigencias relacionadas supra, el afectado tiene derecho a recurrir del acto por la vía administrativa, si se contempla un recurso reglado, caso contrario, puede impugnar el acto por la vía jurisdiccional, en uso de su derecho a la tutela judicial efectiva.

De lo anterior se concluye que, aun cuando el acto pronunciado por el Concejo Municipal de El Tránsito, no es objeto de impugnación, resulta necesario retomarlo para efecto de verificar la legalidad de la sentencia impugnada. La cual conoció de la ilegalidad del mismo.

En el presente caso consta a folio 12 del expediente remitido por la autoridad demandada, que el Concejo Municipal de El Tránsito del departamento de San Miguel, realizó mediante Decreto Municipal número DOS, modificación del presupuesto municipal, el cual tuvo por objeto excluir del mismo a empleados municipales, entre los que figura la señora Rosa Marina Batres que ocupaba el cargo de Auxiliar de Catastro, por no existir disponibilidad financiera, con la finalidad de utilizar los fondos de las plazas suprimidas, para fortalecer el área de infraestructura, y realizar obras de beneficio para las comunidades.

Asimismo consta del folio 18 (sic) y siguientes, el análisis técnico administrativo que efectuó la Municipalidad de El Tránsito, en el cual a folio 24 se señaló lo relativo a la insolvencia municipal que para el año dos mil ocho presentaba dicho municipio, la cual reflejaba incapacidad de pagar sus deudas en los plazos estipulados.

En el relacionado estudió se concluyó que, se detectó que no se estaban realizando obras de inversión social por cubrir gastos de funcionamiento, incumpliendo la normativa legal, descapitalización financiera de la municipalidad para realizar las mismas, y el sector de la población desprotegidos y sin posibilidad de desarrollo, por lo que se recomendó reorientar el presupuesto municipal en función de incrementar la inversión pública y que debido a la iliquidez financiera municipal del referido Concejo se decidió suprimir la plaza, todo lo cual se comprobó con el Análisis Técnico Administrativo de la Municipalidad de El Tránsito, agregado de folios 18 a folio 138, así como el Decreto Número Dos, agregado a folio, todos agregados al presente proceso, mediante éste último se manifestó que la supresión de plazas obedece a no contar con disponibilidad de recursos

y con los fondos de las plazas suprimidas, se fortalecería el área de infraestructura con la finalidad de realizar obras de beneficio para las comunidades, plazas en las que se encuentra la de Auxiliar de Catastro ocupada por la señora Rosa Marina B.

Analizados los elementos brindados por el Concejo Municipal demandante se tienen por válidos y comprobados los motivos por los cuales fue suprimida la plaza de la señora B.G., lo que evidencia que la razón de la supresión de plaza no fue con motivo de encubrir un despido, sino en razón de la situación financiera que afectaba a la municipalidad.

En este punto es preciso señalar que, lo anterior de ninguna manera implica que la supresión de plaza estuviere inmune a ser controlada en sede judicial, pues, una vez notificada la tercera beneficiaria, si consideró que la sentencia emitida por el la Juez de Primera Instancia de Chinameca era ilegal, ésta se encontraba facultada para acudir dentro del plazo que le habilita la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para acudir a interponer demanda contencioso administrativa directamente contra tal decisión, pues fue ése el acto que agotó la denominada vía administrativa, al no regularse en la ley recurso alguno contra el mismo, no obstante, como se señaló supra, al expresarse en el acuerdo impugnado ante la autoridad demandada, que el vínculo laboral se termina tanto por vencimiento de contrato como por supresión de plaza; generando inseguridad a la administrada en relación a cual vía tomar para impugnar el acto, consecuentemente esta Sala en observancia del principio de acceso a la justicia y una tutela judicial efectiva, ha entrado al análisis de la sentencia impugnada, y del acto analizado en la misma por la Cámara demandada”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 44-2011, fecha de la resolución: 12/08/2015.

LA ELIMINACIÓN DE UNA PLAZA SE MATERIALIZA A TRAVÉS DE LA MODIFICACIÓN DEL PRESUPUESTO EN SENTIDO MATERIAL, LO QUE EQUIVALE A UNA ELIMINACIÓN FUNCIONAL Y NO AL SIMPLE CAMBIO DE DENOMINACIÓN

“VII.2. Análisis de los requisitos de supresión de plaza en el presente caso.

Establecidos los supuestos que dan lugar a la supresión de plaza, corresponde verificar si los mismos se han cumplido en el presente caso.

En la certificación del expediente administrativo, se observa que la autoridad demandada, previo a emitir el acuerdo de supresión de la Unidad de Barrido de Calles y Avenidas del Residencial Altavista, en la que estaba asignada la plaza de Barrendero del demandante, pronunció el Acuerdo número Trece de fecha dos de mayo de dos mil doce, en el cual expresa: *“(…) El Concejo Municipal de Tonacatepeque, debido a la Crítica situación financiera con que se entrega la Administración Municipal 2009-2012, ACUERDA: declarar estado de Emergencia Financiero, por lo que mandata urgentemente a las Unidades de Tesorería, Presupuestos, Contabilidad Municipal, a realizar informe para determinar la problemática (...)”* (folio 32 del expediente judicial).

Se constata a folios 34 y 35 del expediente judicial, informe del Tesorero Municipal de fecha ocho de mayo de dos mil doce, en el que expresa: *“(…) al efec-*

tuar un análisis del comportamiento de los datos señalados, se ve claramente que los gastos superan los ingresos obtenidos (...) Por lo tanto según el análisis de los datos obtenidos tenemos que al 31 de mayo de 2012, el porcentaje de remuneraciones asciende a un 76.95% con relación a los ingresos obtenidos, quedando un 23.05% solamente, para cumplir con el pago de compromisos muy importantes, como el alumbrado público que asciende un promedio de 37.15%, pago de Disposición final a Mides un 17.28%, pago de combustible y otros Bienes y Servicios Operacionales con un 15% aproximadamente. En síntesis, los recursos propios que la municipalidad de Tonacatepeque está obteniendo son insuficientes para hacer frente a los gastos operacionales de la misma, por lo que este Concejo Municipal deberá tomar las acciones necesarias y correctivas para que la ejecución presupuestaria logre cubrir los compromisos adquiridos con los proveedores de bienes y servicios”.

A folios 36 y 37 del expediente en estudio, se verifica el análisis financiero emitido por el Tesorero Municipal, la Encargada de Presupuesto y el Contador Municipal el catorce de mayo de dos mil doce, en el cual expresan: “(...) según los datos obtenidos tenemos que el valor de gastos mensuales estimados asciende a un valor de \$ 395,850.53, y con relación a los ingresos mensuales estimados sería un valor de \$319,788.41, mostrando un déficit considerables de -\$76,062.12. Esto refleja que no se le ha dado el interés ni el seguimiento necesario a los Principios Presupuestarios donde es indispensable considerar Equilibrio, Racionalidad y ante todo y como su principal objetivo una buena Programación. En síntesis, los recursos propios que la municipalidad de Tonacatepeque está obteniendo son insuficientes para hacer frente a los gastos operacionales de la misma, por lo que este concejo Municipal deberá tomar las acciones necesarias y correctivas para que la ejecución presupuestaria logre cubrir los compromisos adquiridos con los proveedores de bienes y servicios”.

Finalmente, consta a folio 38 del expediente judicial, el Acuerdo número Siete, de fecha veintidós de mayo de dos mil doce, mediante el cual se suprimió la Unidad de Barrido de Calles y Avenidas del Residencial Altavista, en la que estaba asignada la plaza de Barrendero del demandante, en el cual la autoridad demandada expresa: “(...) El Concejo Municipal de Tonacatepeque, debido a la situación Financiera Crítica, en la que se nos entregó la Alcaldía Municipal por parte de la Administración 2009-2012, y que difícilmente se lograría una recuperación en un corto plazo nos vemos obligados a suprimir plazas en la Municipalidad, esto basado en la facultad establecida en el art. 53 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal. Por tanto este concejo ACUERDA: la supresión de todas las plazas de la Unidad de Barrido de Calles y Avenidas del Residencial Altavista, a partir del día 25 de mayo del 2012. Se indemnizará de acuerdo a lo que indique la Ley de la Carrera Administrativa Municipal, en su art. 53 (...)”.

Esta Sala ha sostenido, en relación al análisis de la supresión de plazas, y la eventual legalidad de esta figura [verbigracia: sentencia definitiva del veintisiete de mayo de dos mil quince, referencia 437-2012] “(...) que si bien la norma habilita a la Administración para que pueda realizar este tipo de actos [suprimir plazas], también es cierto que deja abierta la posibilidad que esta empleada a la que le fue suprimida la plaza, pueda ser incorporada a un empleo similar o de

mayor jerarquía o podrá ser indemnizada, en consecuencia, debe de existir una fundamentación en la cual la autoridad, según el caso, exprese que se intentó cumplir lo establecido en el artículo 53 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal”; en este sentido, es relevante destacar que pese a que existe legalmente la posibilidad que la municipalidad por razones operativas suprima plazas, esta figura no es el medio idóneo para despedir personas, sino para mejorar la organización, - funcionamiento y eficiencia de la institución; razón por la cual, previo al rompimiento del vínculo laboral, la comuna debe realizar un esfuerzo por reubicar a su personal al que le será suprimida una plaza, y solo en caso de no ser materialmente posible dicha reubicación, proceder a indemnizarle.

En la misma línea la Sala de lo Constitucional [i.e. Admisión del proceso de Amparo del ocho de enero del dos mil catorce, referencia 954-2013], ha sostenido que “(...) en materia de supresión de plazas, mientras exista la plaza –entendida en sentido material, como equivalente a función, y no el simple cambio de denominación– el empleado o funcionario público no puede ser removido por simples razones de conveniencia”; en esta resolución, se aclaró que “(...) *la supresión de plaza y la sustitución de personas son conceptos jurídicos muy distintos; ya que la primera implica no dar empleo a otras personas, ni recurrir engañosamente a conferir las mismas funciones mediante otros contratos; de forma que la utilización fraudulenta de la ley –convirtiendo a la supresión de plaza en un sistema anómalo o encubierto de sustitución de personas– se encuentra prohibida en el sistema constitucional salvadoreño”; es decir que esta figura jurídica, no obedece a la sola invocación del nombre supresión de plaza con que se produce la ruptura del vínculo laboral, sino más bien a los elementos fácticos y materiales previos que motivaron a la supresión de plaza, la cual siempre deberá obedecer a parámetros objetivos, operativos y medibles; con miras a hacer eficiente la operación ordinaria de una institución, sin perder los elementos necesarios para ejercer la función normal de esta; verbigracia, la realización de un estudio financiero y técnico de necesidad, de reorganización, o de eficiencia; o bien, cualquier otro parámetro objetivo, que hiciera soportar dicha decisión”.*

ILEGALIDAD DEL ACTO ANTE LA FALTA DE DOCUMENTACIÓN IDÓNEA QUE DEMUESTRE QUE ESTA SE HAYA REALIZADO EN LEGAL FORMA

“Establecido lo anterior, las afirmaciones contenidas en el acuerdo de supresión emitido por la autoridad demandada –*acto administrativo -impugnado*–, no se encuentran respaldadas por un procedimiento administrativo en el que se haya comprobado los presupuestos elementales que justifican la supresión de la plaza que ocupaba la parte demandante. Si bien es cierto que la autoridad demandada pretende –*mediante el análisis financiero emitido por el Tesorero Municipal, la Encargada de Presupuesto y el Contador Municipal*– justificar la indisponibilidad de recursos de la Municipalidad de Tonacatepeque, no presenta ninguna documentación que respalde dicho informe; y es que la sola diferencia o déficit en el presupuesto de la comuna –*que es lo que se expresa en el referido informe*– no es suficiente para justificar la supresión de la plaza de la demandante, puesto que no se relaciona o presenta un estudio de la organización

administrativa de la comuna que evidencie que con la supresión de las plazas de las personas que se desempeñaban en la Unidad de Barrido de Calles y Avenidas del Residencial Altavista, se solventaría el problema presupuestario o que la dificultad presupuestaria se debía a la existencia de dicha unidad. Desde otro punto de vista, debe señalarse que en el presente caso no se presentó documentación alguna que demuestre y justifique la innecesidad de la plaza del señor Roque S.E., al no haberse efectuado un análisis técnico organizacional y funcional de la referida Municipalidad; así como tampoco se ha demostrado que las funciones del señor Roque S.E., hayan sido asignadas o distribuidas entre otros trabajadores de la comuna. 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 y 30 número 7 del Código Municipal”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 262-2012, fecha de la resolución: 21/12/2015.

TITULARIDAD DE LOS MEDIDORES DE AGUA

CLASIFICACIÓN DE LOS TRIBUTOS

“Delimitada la pretensión, esta Sala determinará la titularidad de los medidores de agua, para así establecer a quién le corresponde ser el sujeto pasivo del hecho generador; luego se analizará, si el hecho generador en cuestión se perfila como una tasa propiamente dicha, para determinar cuál es la contraprestación que presta el Municipio a ANDA. Una vez determinados ambos puntos, se concluirá si la Administración Pública actuó en el marco de la legalidad y así determinar si el adeudo tributario es legal o ilegal.

Atendiendo a los argumentos esgrimidos por la parte actora, y en vista de ser imperioso determinar los conceptos jurídicos que están en pugna, para el correcto estudio del caso, esta Sala desarrollará su examen con la siguiente estructura: **1°**- Sobre el principio de legalidad y seguridad jurídica; **2°**- Clasificación de los tributos; **3°**- Las tasas y sus características; **4°**-El hecho generador de la tasa por uso del suelo y subsuelo por los medidores de agua; **5°**-Contraprestación hacia ANDA por la tasa de uso del suelo y subsuelo, con el objeto de concluir si es legal –o no– el adeudo tributario impugnado. [...].

Legal, jurisprudencial y doctrinariamente los tributos se han clasificado en: impuestos, tasas y contribuciones especiales; esta clasificación es retomada por el legislador salvadoreño, tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley General Tributaria Municipal –en adelante LGTM–.

El impuesto, es el tributo cuyo hecho generador es definido sin referencia alguna a servicios o actividades de la Administración Pública. Por ende, el impuesto es el tributo por antonomasia, en tanto se paga porque se ha realizado

un hecho indicativo de capacidad económica, sin que la obligación tributaria se conecte causalmente con actividad administrativa alguna.

La tasa, es el tributo cuyo hecho generador consiste en la prestación de un servicio o la realización de una actividad por parte del Estado, que afecta o beneficia de modo particular al sujeto pasivo. Este concepto, implícitamente desentraña las características de la tasa: (i) el hecho generador lo conforma un servicio o actividad que realiza el Estado y que está vinculado con el sujeto obligado al pago; (ii) se trata de un servicio o actividad divisible, lo que posibilita su particularización; y (iii) la actividad o servicio es inherente a la soberanía estatal, es decir que nadie más que el Estado está facultado para realizarla [Sentencia de Inconstitucionalidad referencia 8-2009, del treinta y uno de enero de dos mil catorce].

Finalmente, la *contribución especial*, es el tributo cuyo hecho generador consiste en la obtención de un beneficio por parte de los sujetos pasivos, como consecuencia de la realización de obras o actividades generales. En este tributo, es irrelevante que el sujeto pasivo obtenga –o no– materialmente el beneficio previsto, pues basta que la obra o actividad pública de que se trate sea idónea para producir dicho beneficio.

De lo anterior se colige, que a diferencia del impuesto, el hecho generador de la tasa y la contribución especial, es una situación fáctica que *necesariamente* se relaciona con la realización de una actividad efectiva por parte de la Administración Pública; ya que esta característica, es *el* elemento de la esencia que condiciona su existencia y validez. En caso que no se configurara la contraprestación –la cual, como ya se estableció es una característica de la esencia–, la consecuencia sería la inexistencia de la obligación tributaria, y el adeudo sería ilegal”.

CARACTERÍSTICAS DE LAS TASAS

“Se determinó en el punto anterior que la *tasa* es el tributo cuyo hecho generador está integrado por una actividad o servicio divisible del Estado o Municipio, hallándose esa actividad relacionada directamente con el contribuyente. A partir de tal conceptualización se aludieron las siguientes características de las tasas:

- a) Se trata de una prestación que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio. Así, el pago de las tasas se vincula con la soberanía del Estado, de manera que han de ser sufragadas obligatoria e igualitariamente por los sujetos pasivos de dicho tributo. Son –como todos los tributos– coercitivas, su pago se exige con prescindencia de la voluntad del sujeto obligado; pues, en efecto, el vínculo entre el Estado y el contribuyente no deviene de una relación contractual.
- b) La tasa *debe ser creada por ley*. Ello, en el sentido de que ha de ser establecida mediante el instrumento normativo de carácter general y abstracto habilitado para tal efecto por la Constitución. El artículo 204 ordinal 1° de la Constitución, prescribe que los Municipios pueden establecer tasas a través de ordenanzas municipales –exigibles únicamente a nivel local–.
- c) La contraprestación que debe prestar la autoridad puede consistir en la utilización especial del dominio público, la prestación de un servicio público o la

realización de una actividad que beneficie de manera particular al sujeto pasivo. En ese sentido, en las tasas –a diferencia de los impuestos–, el hecho generador corresponde a la Administración Pública y no al contribuyente, por lo que, se reitera, acaece ante el efectivo cumplimiento de la actividad estatal relacionada. De tal forma, la mera potencialidad de la actuación administrativa no supone el surgimiento del hecho generador, que tiene lugar únicamente cuando se brinda materialmente la referida actuación estatal.

- d) La contraprestación debe ser divisible, a fin de propiciar su particularización, pues no es posible exigir el pago de tasas por la prestación de servicios o realización de actividades que no sean susceptibles de ser individualizadas sobre sujetos determinados. De ahí que, cuando el beneficiado es el conjunto social o una parte del mismo, la financiación de los servicios públicos de que se trate, deberá hacerse por medio de impuestos o contribuciones especiales.
- e) La actuación de la Administración Pública, debe ser inherente a la soberanía estatal; es decir, ha de tratarse de actividades que el Estado no puede dejar de prestar porque nadie más que él está facultado para desarrollarlas. Entonces, si la actuación estatal respectiva también es brindada por un particular, la prestación económica exigida perdería el carácter de tasa, y constituiría un mero precio, al que no le serían aplicables las características de aquella.

De lo anteriormente acotado, se desprende que son características esenciales de la tasa: por un lado, que el hecho generador supone un servicio vinculado con el obligado al pago; por otro lado, que dicho servicio constituye una actividad estatal inherente a la soberanía. Es decir, debe haber una contraprestación realizada por el Municipio que se particulariza en el contribuyente, y que dicha contraprestación no puede ser efectuada por un ente privado.

En vista que el principio rector dentro de las tasas es el *principio de beneficio*, en el sentido de que, si bien son coercitivas –pues su pago no depende de la voluntad del contribuyente–, su configuración, es decir, su hecho generador, indefectiblemente incluye una actividad estatal que favorece de manera particular al sujeto pasivo de la tasa, un beneficio específico para el obligado al pago. Beneficio que puede ser de naturaleza jurídica o mixta –en tanto incluya otros elementos, por ejemplo, de índole económica–, según sea la actividad estatal concernida.

Para finalizar este punto, no resulta inoficioso recalcar que es indispensable que el hecho generador, cree una contraprestación medible, que efectivamente genere un beneficio para el sujeto pasivo. De manera armónica, la Sala de lo Constitucional, en el proceso de amparo 428-2011, en sentencia definitiva del veintiuno de agosto del dos mil trece estableció respecto de la contraprestación, que esta «*se realice mediante una actividad material o tangible –aseo, alumbrado público y ornato–, la cual implica una acción por parte del Municipio a favor de quien efectúa el pago de cierta cantidad de dinero por un servicio concreto; asimismo, por medio de un servicio jurídico o administrativo –la emisión de una licencia, permiso o autorización– en el cual conste que, por el pago de cierta cantidad de dinero, el contribuyente está autorizado para realizar determinada actividad dentro del Municipio*».

Se concluye en este punto, que la contraprestación implica una *acción* que el Municipio realiza, la potestad tributaria municipal se legitima en que el sujeto activo – el Municipio– ejecuta una acción específica *a favor* del sujeto pasivo obligado al pago.

Es así, que cobra relevancia primordial el argumento de ANDA en relación a que en el hecho generador de la ordenanza, ANDA no es sujeto pasivo de la obligación, pues ella no se beneficia del uso del suelo o subsuelo, al no ser la propietaria de los medidores en cuestión. Punto que procederemos a analizar”.

EL COBRO DEL TRIBUTO ES ILEGAL, YA QUE LOS DERECHOS DE USO DE SUELO Y SUBSUELO POR MEDIDORES, POR LOS CUALES SE IMPUSO LA TASA, NO SE ADECUA A UNA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR ANDA

“En la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales – ORTSM–de la Población de El Paraíso, Departamento de Chalatenango de mil novecientos noventa y cuatro se limitó el hecho generador: «Art. 7.- Se establecen las siguientes TASAS por servicio que la Municipalidad de El Paraíso, presta en esta población, de la manera que detalla a continuación:

B- SERVICIOS DE OFICINA.

No. 4 DERECHOS POR USO DEL SUELO Y SUBSUELO

*d) Por contador o medidor de consumo de agua potable, cada una al mes...
¢ 1.00».*

En la reforma a la ORTSM del dos mil cuatro, se estableció como hecho generador: «Art. 7.- Se establecen las siguientes tasas por Servicio que la Municipalidad de El Paraíso, Departamento de Chalatenango, presta a la población, la manera que se detalla a continuación:

B. SERVICIOS DE OFICINA

No. 4 Derechos por uso de suelo y subsuelo

*a) Por contador o medidor de consumo de agua potable, cada una al mes
4.00».*

En la reforma a la ORTSM del dos mil nueve, se estableció como hecho generador: «Art. 7.- Se establecen las siguientes TASAS por servicios que la Municipalidad de El Paraíso, presta a la población; de la manera que se detalla a Continuación:

B. - SERVICIOS DE OFICINA.

No. 4.- DERECHOS POR USO DE SUELO Y SUBSUELO

e) Por contador o medidor de agua u otros, cada una al mes...\$0.46».

En todas las ORTSM, y según el acto administrativo originario (folio 14 del expediente judicial), el hecho generador en base al cual se le impuso un adeudo tributario a ANDA, fue el cobro por uso de suelo y subsuelo por medidor. Mismos que la autoridad demandada alega son propiedad de ANDA, situación que de verificarse los convierte en sujetos pasivos de la obligación tributaria.

En el presente caso, según lo prescrito en los artículos 1 y 2 de la Ley de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, la demandante es una entidad autónoma de servicio público con personalidad jurídica propia, encargada de «*proveer y ayudar a proveer a los habitantes de la República de*

“acueductos” y “alcantarillados”, mediante la planificación, financiación, ejecución, operación, mantenimiento, administración, y explotación de las obras necesarias o convenientes». En ese sentido, ANDA posee cierto grado de autonomía funcional en lo relativo a la prestación del servicio de agua potable, el cual se encuentra directamente vinculado con la *instalación* de medidores en “aceras y otros sitios públicos”.

Asimismo, bajo una interpretación sistemática, en base a la citada ley, de aplicación conjunta con el Acuerdo Ejecutivo del Ramo de Economía N° 980, emitido el siete de julio de dos mil seis y Acuerdo Ejecutivo en el Ramo de Economía N° 867, emitido el dieciséis de octubre de dos mil nueve; se determina que los referidos medidores registran el consumo de agua y permiten *al usuario* verificar su correspondiente factura, quienes luego de la instalación, son los propietarios de los medidores.

Al respecto, el artículo 5 del relacionado Acuerdo N° 867 del dos mil nueve, especifica que: «*toda conexión de acueducto debe contar con un medidor para registrar el control de consumo [de agua potable] (...) Instalado el medidor en la conexión respectiva, éste pasará a ser **propiedad del usuario del servicio***». (Resaltado nuestro).

En similar sentido, regulaban los artículos 4 y 5 del Acuerdo N° 980, sobre Tarifas por Servicios de Acueductos, Alcantarillados y Otros que presta ANDA —el cual fue derogado con la emisión del Acuerdo Ejecutivo N° 867—, hacían mención de que toda conexión de servicio para consumo de agua debía contar con un medidor cuyo cuidado correspondería al usuario de ANDA y por el que este debería pagar un precio. En otras palabras, desde la anterior regulación se encontraban referencias para concluir que dichos instrumentos pertenecían a los destinatarios del servicio en cuestión y no a la institución que los instala.

Es así, que se concluye que: (i) ANDA debe efectuar la intervención de “aceras y otros sitios públicos” para la *instalación* de los aludidos instrumentos y así cumplir con sus *funciones* legalmente establecidas; y, (ii) que los referidos instrumentos no son propiedad de dicha entidad, pues cuando se ha efectuado a instalación en la conexión del acueducto el medidor (ya sea que lo haya instalado ANDA o un tercero), se considera que pasa a propiedad del consumidor.

En este orden lógico de ideas, esta Sala determina que el supuesto fáctico que da lugar al hecho generador no se ha verificado, es decir que al no ser ANDA el sujeto pasivo de la obligación, pues no son propiedad de ella los medidores, el cobro del tributo en cuestión deviene en ilegal, ya que los derechos de uso de suelo y subsuelo por medidor por los cuales se le impuso la tasa, no se adecúa a una actividad desarrollada por ANDA, sino que, en todo caso, podría adecuarse a la realizada por los propietarios de los medidores después de su respectiva instalación.

La parte actora ha establecido, que en cualquier caso, ANDA no recibe ninguna contraprestación efectiva, por el uso del suelo y el subsuelo por medidor, lo cual a su parecer es un *impuesto* escondido, pues no contempla contraprestación alguna que el Municipio realice por su pago. Argumentó, que esta Sala ya ha establecido, que en caso de verificarse la inexistencia de una contrapresta-

ción efectiva, la tasa sería ilegal por la inexistencia de un elemento esencial de dicho tributo.

Al respecto, esta Sala verifica que según el artículo 129 de la Ley General Tributaria Municipal –LGTM– autoriza la emisión de ordenanzas para establecer tasas por los servicios administrativos o jurídicos que se presten y, a su vez, el artículo 131 de la LGTM dispone que también estarán afectos al pago de tasas los servicios jurídicos proporcionados por el Municipio, entre otros, la emisión de *licencias y «otros servicios de similar naturaleza que preste el Municipio, así como otras actividades, que requieren control y autorización municipal para su funcionamiento»*. Sin embargo, no podemos analizar esta ley aisladamente al caso, sino que es necesario para un correcto análisis jurídico de la pretensión, integrarla con lo previsto por la ley de ANDA que regula sobre la existencia de la institución autónoma, configurada para la prestación del servicio público de agua y con personalidad jurídica, que: *«tiene por objeto proveer y ayudar a proveer a los habitantes de la República de “acueductos” y “alcantarillados”, mediante la planificación, financiación, ejecución, operación, mantenimiento, administración, y explotación de las obras necesarias o convenientes»*.

En este orden, las atribuciones de ANDA son reguladas en virtud de una ley formal que le confiere autonomía funcional en lo relativo a la prestación del servicio de agua potable, un servicio que, sin duda, requiere indispensablemente de la *instalación* de medidores en aceras y otros sitios públicos; independientemente de si estos medidores son instalados en el suelo o subsuelo de la jurisdicción municipal. Es así que, lo determinante para dilucidar esta controversia es en definitiva, que el hecho generador del tributo impugnado, pretende crear una carga tributaria sobre un aspecto clave de las funciones que se le han encomendado legalmente a ANDA en una ley formal.

En este punto, es menester aclarar que por obligaciones que el legislador le ha impuesto a ANDA, ésta debe instalar los aludidos medidores para cumplir sus mandatos legales, por lo que carece de sentido que un Municipio “autorice” a dicha institución (si es que se considerara una autorización como la contraprestación jurídica que el Municipio brinda como beneficio a ANDA).

Al respecto, la Sala de lo Constitucional en el proceso de amparo 513-2009, en la sentencia definitiva de fecha catorce de septiembre de dos mil once estableció: *“(…) ANDA, para cumplir sus mandatos legales, debe instalar los aludidos medidores, razón por la cual carece de sentido que un municipio “autorice” a dicha institución para tal efecto. Y, en ese sentido, no se aprecia ningún beneficio como consecuencia de esa supuesta contraprestación –que es lo característico de una tasa- “*

Se colige por tanto, que en la supuesta tasa que la autoridad demandada pretende imponer a ANDA no se aprecia ningún beneficio como consecuencia de esa supuesta contraprestación, que es lo característico y *esencial* de una tasa, y por tanto dicha carga tributaria se trata de un impuesto que el municipio no tiene la competencia para crear, por lo que se evidencia un exceso en las facultades de la Administración (artículo 204 inciso 1° de la Constitución).

En consecuencia, al quedar demostrado que ANDA no es sujeto pasivo de la obligación tributaria que se le pretende imponer y no existir el elemento conatu-

ral a la existencia de la tasa, se evidencia la violación a los principios de legalidad y seguridad jurídica por parte de la Administración Pública, y por tanto, el acto administrativo que impuso la carga tributaria deviene en ilegal, consecuentemente, también lo es el acto que resuelve el recurso de apelación interpuesto en sede administrativa, y así deberá declararse”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 118-2010, fecha de la resolución: 20/10/2015.

TESTIMONIOS

EXTENSIÓN REGULADA EN LA LEY DE NOTARIADO Y LA LEY ORGÁNICA JUDICIAL

“El capítulo IV de la Ley de Notariado, regula las formalidades a cumplir tanto por los Notarios de la República, como por la Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia, para la extensión de Testimonios. Así el artículo 43 de la normativa en comento prescribe: *“Los notarios deberán expedir a los otorgantes, a quienes resulte algún interés directo por razón de las declaraciones de los otorgantes contenidas en los instrumentos, o a quienes deriven su derecho de los mismos los testimonios que les pidan de los instrumentos que autoricen, anotando la saca al margen del protocolo, con expresión del nombre de la persona a quien se da el testimonio y de la fecha en que se expide.*”

Dichos testimonios sólo pueden ser expedidos por los notarios durante el año de la vigencia del libro de protocolo o dentro de los quince días siguientes a la fecha en que caduca. (...)”,

A su vez, el artículo 45 de la misma Ley establece: “Art. 45.- Devueltos los protocolos por los Notarios, los testimonios serán extendidos por el Secretario de la Corte Suprema de Justicia, previo decreto del Presidente de dicho Tribunal, quien para expedir un segundo o ulterior testimonio, citará a la parte contraria en los casos en que esta formalidad sea necesaria.

El Secretario de la Corte expresará el nombre del Notario en cuyo protocolo está la escritura a que el testimonio se refiere, el número y la fecha de caducidad del libro de protocolo a que corresponde y llenará las demás formalidades impuestas a los notarios”.

Por su parte, el Título V de la Ley Orgánica Judicial, denominado “De las Secciones de la Corte Suprema de Justicia”, Capítulo I “De la Sección de Notariado”, regula en el artículo 111 numeral 5a las atribuciones del Jefe de la Sección del Notariado, el cual reza de la siguiente manera: “(...) Corresponde al Jefe de la Sección del Notariado: 5a Expedir los testimonios que se soliciten de las escrituras que se custodien en el archivo de la Corte Suprema de Justicia, ya de los protocolos de los notarios, ya de los registros formados de los testimonios remitidos por los mismos con arreglo a la ley, y de los que se remitan por los Agentes Diplomáticos o Consulares y Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en materia civil, en los casos determinados por la ley. La expedición de dichos testimonios se hará con citación de la parte contraria, en los casos que la ley prescribe.

Si tuviere duda sobre la procedencia de la expedición del testimonio, dará cuenta a la Corte Plena para que ésta resuelva lo conveniente; (...)"

5. DE LO ACAECIDO EN SEDE ADMINISTRATIVA.

De la vista de la certificación del expediente administrativo relativo al caso, se establece que los hechos acontecidos en sede administrativa tuvieron el siguiente desarrollo:

- (1) El día veintinueve de julio del año dos mil nueve, el doctor René A.M. presentó escrito a la señora Jefa de la Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia, solicitando se le extendiera Testimonio de Escritura Pública de la Declaratoria Definitiva de Heredero del señor Pedro Alberto A.O., otorgado en el protocolo de la notario María Vilma Echeverría Reyes, el siete de noviembre del año dos mil seis, en vista de su necesidad de demandar judicialmente en juicio civil ordinario de nulidad de título supletorio al señor A.O., en razón de haberse titulado ilegalmente, un terreno situado en el Cantón San José El Sacare, Jurisdicción de la ciudad de La Palma, de su propiedad a favor del señor anteriormente referido y de su padre el señor Santos A.P. ya fallecido (folio 29).
- (2) Consta además a folio 30 que el doctor A.M., por medio de escrito de fecha veintiséis de agosto de dos mil nueve, evacuó la prevención realizada por la Sección del Notariado, en cuanto a probar que era el actual propietario del inmueble relacionado en la solicitud descrita en el párrafo anterior, por lo que presentó la fotocopia certificada por notario del Testimonio de la Escritura Pública de Compraventa del inmueble otorgada a su favor, inscrita en el Registro de Propiedad Raíz e Hipotecas, de la Quinta Sección del Centro, del departamento de Chalatenango (folios 31 al 37).
- (3) A folio 38 consta la resolución de las doce horas y cincuenta y tres minutos del tres de septiembre del año dos mil nueve, emitida por la Jefe de la Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual, declaró sin lugar la solicitud presentada por el doctor René A.M., en razón de que el solicitante, no estaba comprendido en ninguna de las calidades descritas en el artículo 43 de la Ley de Notariado".

LA PARTE DEMANDADA NO REQUIRIÓ OPORTUNAMENTE LA DOCUMENTACIÓN IDÓNEA PARA QUE EL PETICIONARIO EFECTIVAMENTE COMPROBARA SU INTERÉS

"La pretensión del demandante se fundamenta, primordialmente, en la violación al artículo 43 de la Ley de Notariado, atendiendo al motivo de ilegalidad esgrimido en la demanda. Por otro lado, la autoridad demandada ha alegado que su negativa a extender el testimonio en cuestión, se debe a que considera que el solicitante no ostenta ninguna de las calidades que establece el artículo ya referido, por no poder comprobar éste el interés directo que le resulta en razón de las declaraciones contenidas en el instrumento solicitado.

Sin embargo, consta a folio 47 vuelto del expediente judicial, en el segundo informe presentado por la autoridad demandada, que entre otras cosas, manifiesta: *"En su oportunidad, se le pidió al referido solicitante que probara la calidad de actual propietario a la que se refería, lo cual evacuó con la presentación de*

certificación de escritura de compraventa a su favor, careciendo de otra documentación que sustentara el objeto de su pretensión”.

Posteriormente, a folio 48, la autoridad demandada continuó manifestando: “... que al haber probado su calidad de propietario con una aislada certificación de compraventa a su favor, se limitó (sic) la oportunidad de esta Sección de valorar supuestos bajo los cuales se pudo haber accedido a la pretensión del Doctor A.M.; y es que incluso, pese a haber subsistido la alternativa de reconsideración de la resolución dictada —con la presentación de la documentación adecuada al interés manifiesto—, el ahora demandante optó por acudir a la instancia contencioso administrativa”.

En virtud de lo antes expuesto, esta Sala considera que existe una incongruencia entre lo solicitado por la autoridad demandada y el resultado de la valoración de dicha información, en cuanto a que dicha Sección únicamente previno al solicitante que presentara documentación en la que se probara su calidad de actual propietario. Ante tal requerimiento, el solicitante procedió oportunamente a presentar la documentación requerida, es decir, la fotocopia certificada por notario del Testimonio de la Escritura Pública de Compraventa otorgada a su favor, inscrita al número setenta y siete del libro doscientos tres del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas del departamento de Chalatenango (folios 30 al 37). De lo anterior se colige que el doctor A.M. no presentó otra documentación, sino la solicitada por la autoridad demanda en la prevención formulada. En ese sentido, fue la parte demandada quien no requirió oportunamente la documentación idónea para que el peticionario efectivamente comprobara su interés.

Y es que, como ya se ha señalado, las resoluciones administrativas deben ser congruentes y fundamentadas, postura acompañada por el tratadista David Blanquer que en su obra: “Derecho Administrativo 1°- El fin, los medios y el control”, expone: “Además de ser congruente, en las circunstancias tipificadas por la ley la resolución expresa que ponga fin al procedimiento debe ser motivada (es decir, la Administración debe exteriorizar públicamente el fundamento objetivo, racional y razonable que justifica la decisión adoptada). No basta con que la Administración comunique al ciudadano su decisión final, sino que además deba explicarla y justificar cómo ha llegado a esa conclusión (y por qué ha descartado las otras opciones alternativas que se habían planteado durante la instrucción del procedimiento) ... “La probanza y ponderación de los hechos y la interpretación de las normas jurídicas deben incorporarse de forma expresa al acto administrativo resolutorio a través de la motivación (que permite exhibir puertas afuera los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que legitiman la decisión administrativa). Sólo así el destinatario del acto tiene conocimiento cabal del por qué de la decisión administrativa (información imprescindible para poder defenderse en Derecho mediante la interposición del recurso que proceda). Además de esa utilidad, la motivación también sirve para reforzar las exigencias de buena administración y de objetividad en el proceder de las autoridades y funcionarios públicos”.

ERRONEA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

“Cabe agregar que, el demandante presentó junto a su escrito de demanda, entre otros documentos, la fotocopia certificada por notario de las Diligencias de

Titulación Supletoria, a favor de los señores Santos A.P. y Pedro Alberto A.O., inscritas en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas de la Quinta Sección del Centro, del Departamento de Chalatenango, al número 1 del libro número 185 (folios 10 al 16). En las referidas diligencias se describe lo siguiente:

“Nosotros SANTOS A.P. y PEDRO ALBERTO A.O a Ud. Respetuosamente EXPONEMOS: que somos dueños exclusivos y actuales poseedores de UN INMUEBLE DE NATURALEZA RUSTICA, situado en San José Sacare jurisdicción de la palma, de una superficie de DOCE HECTAREAS SESENTA AREAS o sean DIECIOCHO MANZANAS más o menos, que se describe de la manera siguiente: Comenzando de la carretera donde está un mojón esquinero al poniente cercos de chaflán y brotón natural a ún (sic) mojón de encino esquinero, se sigue rumbo Poniente recto a la carretera, se cruza al Poniente al ángulo de tres calles, se sigue por la carretera del Coyolar donde hace un medio plano, recto a un medio bordito donde hay un barrial colorado y brotón esquinero, cambia hacia el Oriente por un respaldito al ensamble de los zajones aguas arriba hacia el Norte por un respaldo donde está un roble esquinero a veinte brazadas de un nacimiento que queda adentro, se cruza al Poniente, por cabeceras de barranco, aguas arriba a un encino línea recta cerco de brotones a la carretera; se sigue al Norte donde se cruzó y hay un mojón esquinero de encino o de roble, todo el cerco de alambre es propio del que se describe; AL NORTE, linda con terreno de José Angel P. y terreno que fue (sic) de José Angel L. hoy de su sucesión representada por Antonio L.; AL ORIENTE, Rosa viuda de Flores; PONIENTE, con el de Trinidad L. y Francisco D., lo de éste hoy de Vicente P., y Rosa P. hoy sucesión de ésta representada por Juan P...”. De lo reseñado, se advierte que el inmueble en comento coincide con la descripción del inmueble propiedad del demandante (folio 3 vuelto al 4). Por lo que, esta Sala estima que el demandante efectivamente ha comprobado su calidad de interesado como lo establece el artículo 43 de la Ley de Notariado.

Consecuentemente, el doctor René A.M. al fundamentar y probar el interés que le asistía, por haberse inscrito las Diligencias de Titulación Supletoria a favor de los señores Santos A.P.-ya fallecido-, y su hijo Pedro Alberto A.O., de un inmueble de su propiedad; y, su necesidad de promover el respectivo Juicio de Nulidad del Título Supletorio en contra del señor Pedro Alberto A.O. en su carácter personal y como heredero definitivo del causante, detenta innegablemente la calidad de interesado directo. Por lo tanto, debe extenderse el testimonio solicitado a la autoridad demandada conforme a lo prescrito en los artículos 43 y 45 de la Ley de Notariado y 111 de la Ley Orgánica Judicial, lo que permitirá finalmente al actor ejercer la acción que legalmente le corresponde. En ese sentido, la resolución impugnada es ilegal”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 341-2009, fecha de la resolución: 27/04/2015.

TRIBUTOS MUNICIPALES

DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL

“Considera la sociedad demandante que el artículo 105 de la Ley General Tributaria Municipal, establece taxativamente los casos en los cuáles, la Admi-

nistración Tributaria. Municipal está habilitada para determinar de oficio la obligación tributaria, y en el presente caso, se procedió a la determinación sin que concurriera ninguno de los supuestos previstos en la ley.

Las autoridades demandadas sostuvieron que se debe tomar en cuenta que se decidió el inicio del procedimiento para la determinación de oficio de los tributos, conforme lo establecido en los artículos 90 y 106 de la Ley General Tributaria Municipal, en vista de la solicitud de la demandante de cambio de calificación de su actividad, de inversionista a oficina administrativa, petición que fue declarada improcedente, en atención a que la demandante había incrementado sus activos, determinándose que están contemplados bajo el código 03.1 de la Tarifa de Arbitrios de la Municipalidad de San Salvador.

Sobre este punto, es necesario realizar las consideraciones siguientes:

La Ley General Tributaria Municipal señala en el artículo 72 que la determinación, aplicación, verificación, control, y recaudación de los tributos municipales, conforman las funciones básicas de la *Administración Tributaria Municipal*, las cuales serán ejercidas por los Concejos Municipales, Alcaldes Municipales y sus organismos dependientes, a quienes competirá la aplicación de la Ley General Tributaria Municipal, las leyes y ordenanzas de creación de tributos municipales, las disposiciones reglamentarias y ordenanzas municipales atinentes. La misma Ley en el artículo 81 otorga a la Administración Tributaria Municipal las facultades para la determinación de la obligación tributaria. y para sancionar las contravenciones tributarias.

Dentro de los Procedimientos para Determinar la Obligación Tributaria Municipal, Capítulo III Del Procedimiento Administrativo Tributario Municipal, sección II de la citada ley, el artículo 100 prescribe que la determinación de la obligación tributaria municipal es el acto jurídico por medio del cual *se declara que se ha producido el hecho generador de un tributo municipal, se identifica al sujeto pasivo y se calcula su monto o cuantía. La determinación se rige por la Ley, ordenanza o acuerdo vigente en el momento en que ocurra el hecho generador de la obligación.* En este punto es importante detenerse, a efecto de recalcar que la actividad material de la determinación de la obligación tributaria implica establecer el hecho generador, su base imponible, la cantidad de dinero que en concepto debe pagar el sujeto pasivo de la relación jurídico tributaria y, en todo caso y aún si no existiere obligación de pago, proveer de certeza a la situación jurídico tributaria del sujeto pasivo. En un sentido amplio se denomina a esa actividad, con independencia del sujeto de la relación jurídico tributaria que la realice, como liquidación del tributo.

El acto de determinación de la obligación tributaria municipal como tal, es el resultado que surge de una serie de actuaciones entre la Administración y el sujeto obligado, orientadas a asegurar la realización de un interés público que consiste en la adquisición del tributo sujetándose a las reglas establecidas en la ley para ese fin. Implica entonces, que la Administración como titular de la función tributaria, debe actuar y cumplir cada una de las etapas que la ley le impone para que pueda emitir la decisión que contenga el monto de la obligación correspondiente. La Ley General Tributaria Municipal, en su artículo 106 prescribe cuales son las formas o reglas a seguir previo la emisión del acto en cuestión.

Es conveniente ahora determinar para los efectos de esta sentencia, el alcance de la denominación "tributo municipal". Inicialmente, se destaca el concepto de tributo como una obligación de dar una suma de dinero establecida por la ley -conforme al principio de capacidad- a favor de un ente público para sostener sus gastos. Los tributos doctrinariamente se han clasificado en: impuestos, tasas y contribuciones especiales; esta clasificación es retomada por el legislador salvadoreño, tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley General Tributaria Municipal.

Los impuestos se caracterizan porque el Estado los exige a los contribuyentes, no tienen como contrapartida un derecho a una contraprestación fiscal concreta. Las tasas, en cambio, generan para el contribuyente una contraprestación de forma directa, le produce un beneficio individualmente determinable. Finalmente, en las contribuciones especiales el cobro al contribuyente genera beneficios para éstos, pero de forma indirecta. De lo anterior puede colegirse que el impuesto y la tasa se diferencian en que, el primero es exigido sin que se genere ninguna contraprestación o beneficio para el contribuyente; por otra parte, la tasa sí genera un beneficio directo para el particular, esta característica es la que determina su esencia.

Siguiendo el orden de ideas expuestas, se concluye que si el hecho imponible del tributo se encuentra normativamente vinculado a una actividad del ente público, referida directamente al contribuyente y vinculada a una contraprestación, dicho tributo es una tasa. La tasa se define en el artículo 5 de la Ley General Tributaria Municipal como: "(...) *los tributos que se generan en ocasión de los servicios públicos de naturaleza administrativa o jurídica prestados por los Municipios*".

Lo anterior implica que la Administración Pública podrá ejercitar el cobro de una tasa siempre y cuando concurren dos condiciones: (i) que el hecho generador se encuentre previamente regulado en la ley u ordenanza; y, (ii) que la prestación del servicio sea efectiva, verificable y tenga un destinatario en concreto individualizable. Con relación a la primera condición indicada, visto el tributo como una prestación *ex lege*, la doctrina es abundante y coincidente, puesto que no podría concebirse la idea de un tributo sin regulación legal previa. En cuanto a la segunda condición, es menester que la Administración tenga las herramientas legales y materiales que hagan susceptibles de evaluación y comprobación la existencia del hecho generador individualizado en el administrado. Lo anterior, puesto que es condición indispensable en el caso de las tasas que exista efectivamente la prestación de un servicio, lo que trae aparejado como consecuencia la inexistencia de la obligación tributaria en aquellos casos en que no se pueda comprobar la prestación individualizada.

La misma tendencia sigue la Sala de lo Constitucional, al reconocer que los tributos pueden ser clasificados de numerosas formas. Siguiendo una teoría tripartita, pueden ser: impuestos, tasas y contribuciones. En ese sentido, en la Inconstitucionalidad acumulada 31- 2002, dicho Tribunal advirtió: "*el criterio esencial para la diferenciación entre impuesto municipal y tasa municipal, es la existencia o no de una actividad del municipio referida inmediata y directamente al sujeto pasivo de la obligación tributaria; actividad que se presenta imprescin-*

diblemente en el caso de las tasas, y que el art. 4 de la Ley General Tributaria Municipal llama “contraprestación”. Sin embargo, siguiendo el último precedente jurisprudencial citado, es de aclarar que tal concepto no debe entenderse de la misma forma que ocurre en materia de contratos sinalagmáticos —pues la tasa comparte la naturaleza de los otros tributos, en el sentido de ser obligaciones ex lege—, sino como la vinculación del hecho imponible a la actividad del municipio, consistente en la prestación de un servicio público, de carácter administrativo o jurídico, que es el presupuesto para el nacimiento de la obligación del contribuyente de pagar la tasa”.

Se entiende entonces que dentro del género tributo, se encuentran tanto las denominadas contribuciones especiales, como los impuestos y las tasas. En consecuencia, si el legislador se ha referido a la “obligación tributaria municipal” o al “tributo municipal” sin efectuar ningún tipo de diferenciación, se debe entender, de conformidad a las anteriores consideraciones, que dentro de dicho rubro se encuentra comprendido tanto el impuesto como la tasa, además de las denominadas contribuciones. Y es el aplicador de la Ley -que en el caso de mérito es la Municipalidad de San Salvador-, el que debe respetar, de conformidad al principio de legalidad, lo previamente establecido en la misma, estudiando su viable aplicación a cada caso en concreto, cíe tal manera que al limitar la esfera jurídica del administrado, no se trasgreden sus derechos”.

PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL.

“El artículo 105 de la Ley General Tributaria Municipal, estatuye que la Administración Tributaria Municipal procederá a determinar de oficio la obligación tributaria, en tanto no prescriba la facultad correspondiente, en los casos siguientes: “1° Cuando el contribuyente o responsable hubiere omitido presentar declaraciones, estando obligado a hacerlo, o hubiere omitido el cumplimiento de la obligación a que se refiere el art. 108 de esta Ley; 2° Cuando la administración tributaria municipal tuviere dudas razonables sobre la veracidad o exactitud de las declaraciones presentadas, o no se agregaren a éstos, los documentos anexos exigidos, 3° Cuando el contribuyente no llevare contabilidad, estando obligado a ello por esta Ley y otro ordenamiento legal o no la exhibiere al serle requerida, o la que llevare no reflejare su capacidad económica real”.

En el artículo 106 de la Ley General Tributaria Municipal, se establece que determinación oficiosa de la obligación tributaria municipal, estará sometida al siguiente procedimiento:

“1° La Administración Tributaria Municipal notificará y transcribirá al contribuyente, las observaciones o cargos que tuviere en su contra, incluyendo las infracciones que se le imputen.

2° En el término de quince días que pueden prorrogarse por un período igual, el contribuyente o responsable deberá formular y fundamentar sus descargos, cumplir con los requerimientos que se le hicieren y ofrecer las pruebas pertinentes.

3° Recibida la contestación dentro del término señalado, si el contribuyente o responsable hubiere ofrecido pruebas, se abrirá a prueba por el término de quince días. La Administración Tributaria Municipal podrá de oficio o a petición

de parte, ordenar la práctica de otras diligencias dentro del plazo que estime apropiado.

4° Si el contribuyente o responsable no fórmula y fundamenta sus descargos, o no cumple con los requerimientos que se le hicieren, o no presenta ni ofrece pruebas, dentro del término a que se refiere el ordinal 2° de este artículo, caducará su derecho a presentarla posteriormente.

5° Si el contribuyente o responsable manifiesta en dicho término su conformidad con las observaciones y cargos, la Administración Tributaria Municipal procederá a efectuar el acto de determinación y dejar constancia de la conformidad y el contribuyente, a hacer efectivo el pago.

6° Al vencer los plazos para la recepción de pruebas, la Administración Tributaria Municipal deberá en un plazo de quince días, determinar la obligación tributaria; cuando el caso fuere de mero derecho, el plazo para determinar dicha obligación, comenzará a contarse una vez que el contribuyente o responsable formule su alegato de descargo. Cuando se hubiere comprobado que se ha cometido una contravención la Administración Tributaria Municipal, podrá en el acto de determinación de la obligación tributaria imponer la sanción que corresponda.

7° La resolución de la Administración Tributaria Municipal que determine la obligación, tributaria, deberá llenar los requisitos de: lugar y fecha; individualización del organismo o funcionario que resuelve y del contribuyente o responsable; determinación del tributo de que se trate y período impositivo a que corresponde, si fuere el caso; calificación de las pruebas y descargos: razones y disposiciones” legales que fundamentan la determinación; especificación de cantidades que correspondan en forma individualizada a tributos y sanciones; orden de emisión del mandamiento de ingreso que corresponda; orden de la notificación de la determinación formulada y firma del o los funcionarios competentes”.

El artículo 107 del mismo cuerpo legal señala que 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. El mismo artículo regula que dicha prescripción podrá ser interrumpida por acto de la Administración Tributaria Municipal, encaminado a determinar el crédito tributario correspondiente”.

VÍAS DE DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

“De todo lo señalado en las disposiciones ya citadas, se extrae que la determinación de la obligación tributaria puede efectuarse por las siguientes vías: (1) por declaración jurada presentada por el sujeto pasivo -autoliquidación-; (2) directamente por el contribuyente o responsable, una vez se produzca el hecho generador, cuando la declaración jurada no es procedente ni es necesaria la determinación de la Administración Tributaria. Municipal -autoliquidación-; y (3) por la determinación o liquidación oficiosa.

En concordancia con lo anterior y de conformidad con el artículo 105 numeral 1 ya citado, la Administración Tributaria está facultada para realizar la determinación o liquidación oficiosa de la obligación tributaria -siempre y cuando ésta

no haya prescrito-, ya sea cuando el contribuyente o responsable ha omitido presentar las declaraciones estando obligado a ello, ó bien, cuando no siendo necesaria la referida declaración, una vez producido el hecho generador, el contribuyente o responsable no ha cumplido directamente con dicha obligación. Siempre que concurren esas circunstancias, la Administración Tributaria está facultada para realizar la determinación oficiosa del tributo, pero a su vez, le surge la obligación de aplicar el procedimiento prescrito en el artículo 106 de la Ley General Tributaria Municipal.

La observancia de dicho procedimiento -del artículo 106- no depende en forma alguna de la voluntad de la Administración Tributaria, sino que, se vuelve de inexcusable cumplimiento cuando se pretende imponer una carga al administrado que consista en cumplir con el pago de los tributos que son obligatorios según la ley. Debe quedar claro que el procedimiento de determinación de la obligación tributaria municipal, no puede entenderse como cauce formal que refleje en exclusiva las potestades de la Administración Tributaria Municipal frente a una situación general de sujeción o sumisión a soportar por los contribuyentes, sino que debe articular en gran medida la etapa contradictoria dentro del mismo. De esta forma surge para el contribuyente, no sólo concretas obligaciones, sino también garantías y derechos en favor de su posición jurídica. El fundamento lógico- jurídico según el cual los contribuyentes se encuentran facultados para expresar su parecer, derivado de la garantía de audiencia, respecto a los hechos imputados en su contra por la Administración Tributaria, es el hecho que en la mayoría de los casos el procedimiento tributario terminará con un acto gravoso para los intereses del contribuyente.

En este sentido, es oportuno señalar, que el procedimiento administrativo, como elemento formal del acto administrativo, desempeña una función de plena garantía para el administrado, ya que le proporciona la oportunidad de intervenir en su emisión, y objetar -si lo desea- los puntos con que esté en desacuerdo, a través de las pruebas que considere pertinentes.

Es así, que los vicios procedimentales, acarrearán la ilegalidad del acto, cuando éste se haya dictado colocando al administrado en una situación de indefensión, es decir, con una disminución efectiva, real y trascendente de sus garantías.

La parte demandada aduce, que en el presente proceso las autoridades demandadas procedieron a la determinación del tributo sin encontrarse dentro de los supuestos establecidos en el artículo 105 de la Ley General Tributaria Municipal.

De la lectura del expediente administrativo llevado en la Unidad de Fiscalización de la Municipalidad de San Salvador, consta:

En folios 1, la nota del inicio del procedimiento fiscalizador realizado de oficio, por la respectiva Unidad de Fiscalización.

En folios 2, se encuentra un memorándum dirigido a la demandante, con fecha dos de mayo de dos mil tres, mediante el cual requieren documentos a la actora. En folios 3, se encuentra la esquila de citación.

En folios 4 y 5, están las actas de notificación entregadas a la demandante.

De folios 6 al 25, consta el escrito de la actora juntamente con los documentos requeridos por la autoridad fiscalizadora.

En folios 26 y 27, está el primer informe de auditoría elaborado.

De folios 28 al 29, se encuentra el primer acto administrativo impugnado, el cual fue legalmente notificado tal como consta en actas de folios 30 y 31.

Posteriormente se inició el procedimiento establecido en el artículo 106 de la Ley General Tributaria Municipal, el cual no será valorado, por no ser objeto de discusión entre las partes.

Corresponde determinar a esta Sala, si efectivamente la Administración Tributaria Municipal no estaba legalmente facultada, para fiscalizar de oficio las actuaciones del sujeto pasivo, es decir, la demandante en este proceso.

De todo lo reseñado es pertinente tener claro los siguientes aspectos:

- a) dentro de la obligación tributaria municipal, se encuentran comprendidos tanto los impuestos, las tasas y las denominadas contribuciones especiales. En consecuencia, el artículo 105 de la Ley General Tributaria Municipal, establece los supuestos en los cuales la municipalidad procederá a determinar de oficio la “obligación tributaria”, sin efectuar ninguna distinción; y,
- b) que el cálculo del monto o cuantía del tributo debe resultar de una serie de actuaciones realizadas entre la Administración y el sujeto obligado, orientadas a asegurar la ejecución de un interés público que consiste en la adquisición del tributo sujetándose a las reglas establecidas en la ley para ese fin”.

SUPUESTOS PARA QUE OPERE LA FISCALIZACIÓN OFICIOSA

“Por lo expuesto y lo que consta en el expediente administrativo, esta Sala estima que la Administración Tributaria está en la obligación de delimitar y argumentar, la procedencia de la fiscalización de oficio que realizará a un sujeto pasivo, trámite que es legal y pertinente -tal como lo advierte la actora- siempre y cuando se cumplan los supuestos taxativos del artículo 105 de la Ley General Tributaria Municipal, y que son los casos siguientes:

- 1° Cuando el contribuyente o responsable hubiere omitido presentar declaraciones, estando obligado a hacerlo, o hubiere omitido el cumplimiento de la obligación a que se refiere el art. 108 de esta Ley.
- 2° Cuando la administración tributaria municipal tuviere dudas razonables sobre la veracidad o exactitud de las declaraciones presentadas, o no se agregaren a éstos, los documentos anexos exigidos.
- 3° Cuando el contribuyente no llevare contabilidad, estando obligado a ello por esta Ley y otro ordenamiento legal o no la exhibiere al serle requerida, o la que llevare no reflejare su capacidad económica real.

Esta Sala considera válida la postura de la demandante, en el sentido que, fuera de éstos hechos, la Administración Tributaria Municipal está inhibida de fiscalizar de oficio a un sujeto pasivo.

La Unidad de Fiscalización de la Municipalidad de San Salvador (como se ha dejado constancia de la revisión del expediente administrativo), inició el procedimiento fiscalizador, motivado por la solicitud de la sociedad actora de cambio de calificación de inversionista a oficina administrativa, procedimiento que finalizó con el primer acto administrativo, que ahora se impugna.

Como se mencionó anteriormente, el artículo 105 de la Ley General Tributaria Municipal, señala tres causales que justifican la fiscalización de oficio de un contribuyente; los ordinales primero y tercero, a criterio de este Tribunal, no presentan duda de que no son éstos en los que la Administración Pública encajó la conducta de la demandante, con respecto a la segunda causal que establece “*cuando la administración tributaria municipal tuviere dudas razonables sobre la veracidad o exactitud de las declaraciones presentadas, o: no se agregaren a éstos, los documentos exigidos*”; se estima que, la Administración Tributaria Municipal, tal como se evidencia del contenido del expediente administrativo y alegatos de las partes, inició la fiscalización de oficio debido a que, para ésta, la contribuyente debía declarar como empresa financiera y no como oficina administrativa, calificación ésta última que valga señalar, había sido otorgada por la misma municipalidad a la demandante en el año de mil novecientos noventa y nueve.

La calificación de oficina administrativa fue concedida por la municipalidad válidamente a la demandante como se apuntó anteriormente, sin embargo, posteriormente la municipalidad revocó dicha calificación en acto del veintidós de julio de dos mil tres (folio 86 del expediente administrativo), en el que sostuvo que el “contribuyente (...) solicita el cambio de calificación de inversionista a oficina administrativa, por tal razón en fecha veintitrés de agosto del mismo año, (...) le fue aprobado el cual es improcedente debido a que dicha sociedad ha venido incrementando sus activos (...)”; no obstante, de lo acontecido en el transcurso del procedimiento, se observa, que la comuna pretendía que la administrada ejecutara las declaraciones de tributos, para los períodos de los años dos mil, dos mil uno y dos mil dos, como empresa financiera, haciendo caso omiso que su calificación era diferente (oficina administrativa), fue a raíz de esta equivocada concepción de la administración tributaria, que procedió a dar inicio al procedimiento de fiscalización, consecuentemente, las dudas de la administración tributaria eran en relación a la calificación que se le había otorgado a la contribuyente y no, en relación a la declaración que ésta había presentado, puesto que de la documentación y alegatos de las partes, no se evidencia que la administración pública haya considerado que la declaración que la demandante hizo como oficina administrativa, fuera inexacta o falsa, sino, como se apuntó, las dudas de la autoridad demandada están relacionadas a la calificación de la sociedad.

Consecuentemente la primera autoridad demandada, inició el procedimiento de oficio, motivado por la solicitud de la demandante de cambio de calificación de inversionista a oficina, administrativa, ya que le surgieron dudas respecto a la previa calificación que se le había concedido a la demandante; es decir, la administración tributaria pretendía que la contribuyente realizara sus declaraciones como inversionista y no como oficina administrativa, calificación ésta última de la que gozaba la administrada, otorgada valga reiterar por la misma administración pública”.

ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO, NO SE ENCUENTRA DENTRO DEL SUPUESTO ESTABLECIDO EN EL ORDINAL 2° DEL ARTÍCULO 105 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA MUNICIPAL

“Por lo tanto, esta. Sala concluye que el acto administrativo (tal como lo asevera la demandante) no se encuentra dentro del supuesto establecido en el

ordinal 2° del artículo 105 de la Ley General Tributaria Municipal; es decir, no se evidencia que la *administración tributaria municipal tuviere dudas razonables sobre la veracidad o exactitud de las declaraciones presentadas*; lo que vuelve el primer acto administrativo impugnado en ilegal y así será declarado.

Finalmente, se debe apuntar, que debido a que el Jefe de la Gerencia Financiera y el Concejo ambos de la Municipalidad de San Salvador, confirman la resolución originaria relacionada, también éstos actos devienen en ilegales y así deben declararse.

Establecida la ilegalidad de las resoluciones impugnadas por no encajar la conducta de la demandante en lo establecido en el artículo 105 de la Ley General Tributaria. Municipal, procede ahora realizar el análisis correspondiente a fin de determinar la procedencia de calificar a la contribuyente como empresa financiera”.

Sala de lo Contencioso Administrativo, número de referencia: 347-2010, fecha de la resolución: 04/03/2015.

ÍNDICE
LÍNEAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES
DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 2015

Acto administrativo	1
Obligación que se plasme en las resoluciones las razones fácticas y jurídicas que determinan la decisión, ejerciendo un control de legalidad	1
Incumplimiento de los acuerdos de la audiencia de conciliación.....	2
Agotamiento de la vía administrativa	3
Formas como se entiende satisfecho	3
Plazo para interponerla se cuenta a partir de la fecha en que se hizo saber al administrado el acto con el cual se agotó la vía administrativa previa.....	4
Asesores de la Asamblea Legislativa	4
En cuanto a su remuneración no puede existir privacidad o confidencialidad alguna..	4
Calificación de empresa para determinar el tributo	6
Elementos de la obligación tributaria	6
El incremento de activos de un sujeto pasivo no faculta a la municipalidad para cambiar la calificación de un administrado, ya que lo determinante para ser sujeto pasivo del impuesto tributario municipal es el giro o la actividad del administrado.....	7
Carrera militar	8
Ley de la Carrera Militar.....	8
Manual del Alumno de la Escuela de Comando y Estado Mayor "Dr. Manuel Enrique Araujo"	9
Mecanismo de impugnación que procede contra los actos sancionatorios.....	9
Ante la falta de expresión de un plazo para el recurso de apelación en el Manual del Alumno, es aplicable supletoriamente el Código Procesal Civil y Mercantil.....	11
Procede declarar la inadmisibilidad de la demanda, al transcurrir el plazo para ejercer la acción contencioso administrativa.....	12
Cierre de establecimiento de relleno sanitario	13

Debido proceso.....	13
Derecho de defensa.....	14
Garantía de audiencia.....	14
Procedimiento aplicable cuando se ha cometido infracción a las ordenanzas municipales	15
Ausencia de vulneración al debido proceso, derecho de defensa y a la garantía de audiencia, pues la autoridad demandada sí llevó a cabo un procedimiento previo en el cual se hizo saber la infracción que se reprocha	16
La notificación irregular se subsana cuando ésta no incide en el derecho de defensa del administrado, es decir, no hay vicio sin indefensión	17
Ausencia de vulneración al principio de tipicidad en cuanto a la categorización de establecimiento de relleno sanitario.....	18
Las sanciones de multa y cierre de establecimiento impuestas a la parte demandante, objetivamente, son legales	21
Principio de proporcionalidad en el régimen sancionador	23
Procede la declaratoria de ilegalidad de los actos administrativos impugnados, pues existe de forma implícita el acto administrativo de autorización, pues la municipalidad reconoció su eficacia al ejecutar el convenio.....	25
Cobro indebido	28
El hecho de informar la existencia de una deuda en la calidad de acreedor legítimo, no es igual ni semejante a cobro indebido.....	28
Competencia	30
Elemento esencial del acto administrativo	30
La falta de regulación de la competencia en el ordenamiento jurídico es una materia reservada a la ley formal.....	31
Contrato a plazo	32
La terminación de relaciones laborales tiene su origen en un contrato	32
Condiciones bajo las cuales pueden darse los contratos laborales a plazo.....	33
El plazo fijado en los contratos suscritos por los trabajadores que realizan labores de carácter continuas y permanentes, carece de validez y debe tenerse por no consignado	33

Estabilidad laboral de los contratos suscritos bajo la modalidad prevista en el artículo 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos.....	34
Contrato de transporte aéreo	35
Derechos del consumidor.....	35
El transporte que efectúan varios transportistas sucesivamente constituirá un solo transporte, fundado en principio de indemnización equitativa y en el principio de restitución.....	36
La falta de entrega de los bienes sea por extravió, perdida o retraso lo obliga a responder civil y administrativamente.....	37
Realizado el contrato de transporte sucesivamente, las empresas deben tener el cuidado que se debe emplear ordinariamente en sus negocios propios, a efecto de entregar los bienes de los pasajeros.....	39
Cuentas bancarias	39
Recargos por inactividad.....	39
Falta de dolo o culpa al producirse un error de hecho o derecho en la aplicación de ley, excluye de responsabilidad en la imposición de sanción a la institución que lo comete.....	41
Inicio de la prescripción en las cuentas que se considera inactiva.....	43
Debido proceso	44
Principio de legalidad, derecho de audiencia y defensa, petición y respuesta.....	44
No existe ilegalidad por la mera omisión de formas cuando el administrado ha tenido participación en el procedimiento administrativo, con oportunidades sucesivas y reales de defensa.....	48
Deducciones tributarias	49
En concepto de gastos por diversos servicios de interconexión internacional.....	49
El contrato de interconexión es un contrato en el que se pacta el transporte, transitar la telecomunicación de forma independiente.....	52
Situación jurídico tributaria de retención, el obligado de enterar al fisco es quien retiene.....	53
Requisito de procedencia.....	57
La verdad material tributaria dice que cuando se produzcan los hechos generadores, deben ser apreciados en su concordancia con la hipótesis contenida en la norma.....	60

Defensoría del Consumidor	62
Competencia de su presidente	62
Legitimación activa en el caso de intereses colectivos.....	64
El debido proceso y los derechos de audiencia y defensa	65
El derecho de defensa se concentra en el derecho a ser oído en el procedimiento administrativo	66
Legalidad de la prueba y cómo se recaba	68
Denegación presunta	70
Configuración por la falta de respuesta, de la administración pública, a una petición..	70
Habilita al administrado la interposición de la acción contencioso administrativa	71
Requisitos para su configuración	71
Ausencia de ilegalidad planteada, pues la disminución en el costo del flete para el gas propano y butano importado por vía terrestre, no produjo efectos negativos a la sociedad demandante.....	71
Derecho a la salud	74
Recibir tratamiento no vulnera el principio de legalidad conjuntamente con el derecho a la salud.....	74
Derechos de audiencia y de defensa	76
Finalidad	76
Derecho de petición	76
Alcance	76
Derecho de propiedad	77
Poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye la capacidad de disponer del mismo.....	77
Derechos fundamentales	77
Límite de la actuación del Estado, vinculación negativa y positiva.....	77
Devoluciones tributarias	80

Las devoluciones derivadas de la normal aplicación de los tributos, tienen como común denominador la obligación tributaria que se constituye entre la administración tributaria y los sujetos pasivos	80
Contribuyente se configura como titular del derecho subjetivo de naturaleza patrimonial, para reclamar el respectivo reintegro	81
Administración tributaria debe efectuar la liquidación provisional de la devolución, así no queda al arbitrio de la autoridad la negativa a la devolución	81
Devolución del excedente del Impuesto sobre la Renta	83
Derecho de audiencia y defensa.....	83
Proceso para pedir la devolución.....	84
Falta de notificación de una resolución es una forma de violentar el debido proceso y especialmente el derecho de defensa	85
El derecho a la devolución deriva de retenciones realizadas, las cuales fueron superiores al impuesto que le correspondía pagar, por lo que resulta procedente la devolución del impuesto pagado en exceso	87
Empleados de confianza.....	88
Son ejercidos por funcionarios o empleados públicos que llevan a cabo actividades vinculadas directamente con los objetivos y fines de dirección o alta gerencia de una determinada institución	88
Para demostrar que es empleado de confianza se debe probar que presta servicios de manera directa al titular de la institución, que está subordinado en grado mínimo a sus superiores y que tiene un amplio margen de libertad de actuación	89
Para proceder al despido de los servidores públicos de la carrera administrativa se debe garantizar el derecho de audiencia, defensa y debido proceso.....	90
Error de prohibición.....	91
Aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador.....	91
Exenciones tributarias	92
Beneficio de liberación del pago de derechos arancelarios e Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios, de la mercadería adquirida por los establecimientos comerciales bajo el régimen aduanero de tiendas libres.....	92
Devoluciones tributarias cuando los pagos a cuenta o retenciones sean mayores al impuesto computado, se constituyen créditos a favor del sujeto pasivo	94

El principio de legalidad tributaria vincula a la administración a recaudar tributos en los montos establecidos en la ley.....	95
Un derecho patrimonial no puede quedar supeditado a requisitos formales.....	95
Fiscalización y verificación	97
La ley no determina las facultades o requisitos en cuanto a la forma del auto de designación del auditor.....	97
El procedimiento para la determinación oficiosa del impuesto se realiza por medio de las fases de fiscalización y liquidación de oficio del impuesto.....	99
La fiscalización de un contribuyente da lugar a que la administración tributaria imponga sanciones por las infracciones contempladas en la ley.....	101
Principio de confianza legítima, como manifestación del principio a la seguridad jurídica, debe ser fundamentada y previsible.....	102
Fiscalización	103
Facultad de la administración tributaria para investigar el cumplimiento de obligaciones tributarias.....	103
Los principios de legalidad, contradicción, defensa y debido proceso rigen la etapa de fiscalización.....	103
Fraude de ley	104
La medida cautelar otorgada por el Instituto de Acceso a la Información Pública no es un fraude de ley.....	104
Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios	109
Generalidades del impuesto.....	109
Requisitos para las deducciones del crédito fiscal al débito fiscal.....	110
Oferta y valoración de la prueba para las deducciones en proceso de fiscalización....	111
Las erogaciones que se respaldan con contratos son deducibles si se han asentado contablemente de conformidad al acuerdo entre los contratantes.....	112
Impuesto sobre la Renta	113
Hecho generador.....	113
Valoración de la prueba para las deducciones.....	114

Vulneración del derecho de deducción por la prueba contundente presentada por el actor	115
Vulneración al principio de verdad material ya que la administración tributaria no verificó, ni investigó la realidad de la adquisición y posterior liquidación de los activos que conformaban el proyecto.....	120
Instituto Salvadoreño de Bienestar Magisterial	123
El reembolso por pago de médicos privados procede cuando circunstancias especiales no hacen posible su atención por los médicos o centros hospitalarios, mediante los cuales el instituto proporciona el servicio.....	123
La falta de comprobación de la calidad de derecho-habiente al momento de la intervención médica hace imposible el reembolso.....	125
Juez Especial Contravencional	126
Potestad ejecutiva o de gestión de la administración pública.....	126
Se considera empleado de confianza, por lo tanto es una excepción al derecho a la estabilidad laboral	127
Ley de Protección al Consumidor	128
Objeto	128
Deriva del principio de seguridad jurídica y constituye un límite fundamental contra la arbitrariedad de la administración pública.....	128
Supuestos de operatividad del principio de tipicidad	129
Para que haya sanción debe estar expresamente contemplada la conducta en el ordenamiento jurídico vigente	130
Declarada inconstitucional la norma con la que se sanciona, se incumple el principio de tipicidad	131
Ley del Régimen Aduanero de Tiendas Libres	132
Recintos fiscales	132
Ámbito de la aplicación	132
Transferencia de las mercancías realizada a viajeros que salen del país se debe gravar con la tasa del cero por ciento, por el contrario, cuando se transfiere a viajeros que ingresan al país, la venta debe ser gravada con la tasa del trece por ciento	133

Licitación pública	134
Contenido de las bases de licitación y su vinculación preceptiva para los ofertantes..	134
Contiene principios rectores que determinan el cumplimiento eficaz y adecuado del procedimiento	134
La falta de prevención de un documento que estaba estipulado en las bases de licitación no es responsabilidad de la autoridad demandada	136
Marcas	136
Definición y objeto	136
Signos distintivos notoriamente conocidos	137
Criterios para determinar la notoriedad de una marca	138
La marca no goza de la protección especial, dado que no se comprobó la notoriedad en El Salvador	139
Análisis de semejanza gráfica, fonética e ideológica	140
Principio de legalidad	142
El derecho marcario protege al consumidor sobre su derecho de elección basado en reputación, calidad, prestigio, confiabilidad y otros atributos de los productos	142
Clasificación de marcas débiles y fuertes	144
No se puede establecer exclusividad sobre un término genérico, ni sus conjugaciones, diminutivos, derivaciones, o especies, restringir su derecho de uso es concederle protección a una marca poco creativa y débil	146
El término descriptivo de los ingredientes del producto, que a su vez es un término genérico y de uso común para denominar un sabor, no pueden ostentar de exclusividad alguna	147
Medidas cautelares	149
El fumus boni iuris y el periculum in mora, exigencias legitimadoras para su adopción, garantizan el cumplimiento de la decisión definitiva	149
Ministerio de Economía	150
La regulación y vigilancia de las actividades relacionadas con el petróleo y el procedimiento sancionatorio regulados en la ley, son competencia de la Dirección de Hidrocarburos y Minas.	150

Competencia del Ministerio de Economía para imposición de multa en materia de hidrocarburos y minas.....	151
Obligaciones civiles y naturales	152
Concepción doctrinaria	152
Prescripción y obligación natural.	152
No se puede tener por prescrita la obligación civil hasta que ésta sea declarada judicialmente y haya concluido el plazo establecido	153
Operaciones de exportación	154
Aplicación de la tasa cero	154
La tasa cero es un mecanismo propio de los impuestos del tipo valor agregado, la cual permite utilizar los créditos fiscales vinculados con la actividad exportadora.....	155
Requisitos que deben cumplirse para una operación sea considerada "exportación"..	155
Ley de Zonas Francas Industriales y de Comercialización.....	156
Régimen de zonas francas	158
Ausencia de ilegalidad planteada cuando se verifica que las actividades realizadas por la sociedad, no constituyen exportación, debido a que estas no cumplen los requisitos estipulados en la ley	160
Potestad sancionadora de la administración pública	162
Encuentra su límite máximo en el principio de legalidad	162
Principios del derecho administrativo sancionador.....	162
Principio de congruencia	164
Infracción por vicio de incongruencia.....	164
Principio de culpabilidad	165
Aplicación en el derecho administrativo sancionador - nulla poena sine culpa	165
Principio de juez natural	166
Examen de la competencia designada a los juzgados y cámaras de lo laboral.....	166
Aplicación del principio de seguridad jurídica	168

El debido proceso es la gama de garantías que establece la constitución con el propósito de proteger al ciudadano dentro de un proceso judicial o administrativo.....	169
Principio de legalidad tributaria	170
Los tributos son exigidos por el Estado en ejercicio de su poder de imperio	170
Principio de legalidad	171
Columna sobre las que se asienta el derecho administrativo.....	171
Principio de trascendencia de las nulidades	171
Ilegalidades y nulidades de índole procesal se inspiran bajo el principio de relevancia o trascendencia de la misma, y en su oportuno planteamiento en la vía procesal.....	171
Nulidades o ilegalidades deben ser alegadas en su oportunidad, para evitar dilaciones innecesarias en el desarrollo del procedimiento administrativo.....	173
Procedimiento administrativo	174
Garantía para los administrados.....	174
Proceso de licitación	174
Concepto.....	174
Elementos que condicionan la validez de los actos dentro del procedimiento de licitación	174
Existencia de los motivos por los cuales la oferta no fue tomada en cuenta.....	175
Procesos disciplinarios de la Policía Nacional Civil	178
Ausencia de vulneración al derecho de estabilidad laboral y al derecho de ascenso, por estar sometidos a la Ley Disciplinaria Policial ante el cometimiento de faltas	178
Ausencia de vulneración al principio reformatio in peius	179
Publicidad engañosa o falsa	181
Principio de legalidad la legitimación de una parte es la aptitud para comparecer a ejercer sus derechos en el procedimiento	181
Los contratos de cooperación empresarial entre sociedades buscan alcanzar beneficios mutuos.....	183
El proveedor, como el que ordena su difusión, tienen responsabilidad por publicidad ilícita.....	184

Ofertar un producto o servicio con publicidad que genere expectativas mayores, sin especificar las restricciones que el mismo tiene, es publicidad engañosa	185
Inexistencia de violación al principio de legalidad material o tipicidad.....	186
La publicidad engañosa es una limitación a los derechos de libertad de empresa y la libertad de expresión.....	188
Para el cálculo de la multa se toma en cuenta el salario mínimo de industria.....	190
Recursos administrativos	192
Constituyen una garantía para los afectados por resoluciones que adversen en la medida que les aseguran la posibilidad de reaccionar contra ellas.....	192
Recursos potestativos	192
Elementos que deben concurrir para su configuración.....	192
Reserva de ley	193
Obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de ley.....	193
Seguridad jurídica	193
Certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente.....	193
Servicio postal	194
Sanción por falta de cumplimiento al servicio postal	194
Objeto de la Ley de Protección al Consumidor.....	194
Elementos que conforman la relación de consumo	195
La Dirección General de Correos siendo una dependencia del Ministerio de Gobernación presta un servicio público, por lo tanto encaja en los supuestos establecidos en la Ley de Protección al Consumidor	196
Ausencia de la violación, ya que el tribunal sancionador aplicó la sanción en razón de la conducta infractora por parte de la Dirección General de Correos.....	198
Diferencia entre indemnización de perjuicios y sanción administrativa	199
Servicio público de transporte colectivo de pasajeros	199
Finalidad es procurar la atención de necesidades colectivas.....	199

Titularidad del servicio público	200
Características	201
Clasificación de los servicios de transporte colectivo atendiendo a su fin.....	201
Los servicios públicos se otorgan por medio de una concesión y a los concesionarios se les extiende un permiso de operación de transporte; los servicios de oferta libre requieren simplemente un permiso.....	202
Contexto normativo.....	203
La concesión versus la autorización para la gestión del servicio público de transporte colectivo de pasajeros	205
Notas características de la autorización	205
Diferencias sustanciales entre la autorización y la concesión	206
La única forma como puede gestionarse el servicio público de transporte colectivo de pasajeros, es a través de una concesión.....	207
Permiso de operación	207
El proceso de lesividad no era el adecuado para modificar las actuaciones de la administración pública, sino que su actuar obedece al cumplimiento de la ley vigente	208
Silencio administrativo	211
Violación al derecho de respuesta	211
Configuración ante la falta de respuesta de la administración a una petición	212
Requisitos para la configuración del silencio administrativo positivo.....	212
Sistema Arancelario Centroamericano	215
Formación del sistema arancelario por partidas y sub-partidas.....	215
Dirección General de Aduanas determina tributos y derechos a cancelar por el importador de mercancías	217
Subprincipio de idoneidad	218
Los derechos fundamentales deben ser adecuados para contribuir la obtención de un fin constitucionalmente legítimo	218
Subprincipio de necesidad	219

Centro de Documentación Judicial	275
Establece que toda medida legislativa debe ser, entre las igualmente eficaces, la menos gravosa	219
Subprincipio de proporcionalidad	219
Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho o atribución y la importancia de la realización del fin legislativo	219
Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones	220
Alcances de su competencia como ente regulador vinculado por el principio de legalidad	220
Las servidumbres constituidas sobre determinado inmueble propiedad de un particular deben estar debidamente inscritas en el registro correspondiente.....	222
SIGET es competente para ordenar la remoción de infraestructura eléctrica ubicada en bienes inmuebles propiedad de particulares.....	224
Desestimación de vulneración al derecho de propiedad, por falta de pruebas que justifiquen el mismo	225
Competencia para regular los acuerdos que los operadores realicen sobre cargos por interconexión.....	226
La desconexión de la interconexión es una medida que no superó el juicio de proporcionalidad	227
Artículo 34 letra e) de la Ley de Telecomunicaciones	228
SIGET, como contralor del servicio público de telefonía, es el competente para calificar la causa justificada para desconectar la interconexión de un operador	229
Supresión de plazas	231
El ordenamiento jurídico no señala expresamente el procedimiento administrativo que se debe seguir para determinar si una plaza es necesaria o no para el funcionamiento de la administración pública municipal.....	231
Jurisprudencia relacionada con la supresión de plazas.....	232
Debe presentarse documentación que justifique la innecesidad de la plaza, análisis técnico organizacional y funcional, así como distribución de funciones entre empleados	233
Procedimiento	234
Principio de seguridad jurídica y de la competencia de la supresión de plaza	234

La supresión de plaza deja abierta la vía para que el empleado sea reubicado en un puesto de mayor jerarquía o que sea indemnizado	235
Requisitos que se deben cumplir para suprimir conforme a derecho una plaza en una institución municipal	236
La fundamentación del acuerdo de supresión de plaza debe ir respaldado de procedimiento administrativo donde se comprueben los presupuestos elementales de dicha figura	239
Cuando la supresión de la plaza es ilegal, se debe restablecer el daño pagando los salarios dejados de percibir y ordenando el reinstalo o reincorporación del trabajador	240
Con los elementos brindados por el concejo municipal, se tienen por válidos y comprobados los motivos por los cuales fue suprimida la plaza	240
La eliminación de una plaza se materializa a través de la modificación del presupuesto en sentido material, lo que equivale a una eliminación funcional y no al simple cambio de denominación	242
Ilegalidad del acto ante la falta de documentación idónea que demuestre que esta se haya realizado en legal forma	244
Titularidad de los medidores de agua	245
Clasificación de los tributos	245
Características de las tasas	246
El cobro del tributo es ilegal, ya que los derechos de uso de suelo y subsuelo por medidores, por los cuales se impuso la tasa, no se adecúa a una actividad desarrollada por ANDA	248
Testimonios	251
Extensión regulada en la Ley de Notariado y la Ley Orgánica Judicial	251
La parte demandada no requirió oportunamente la documentación idónea para que el peticionario efectivamente comprobara su interés	252
Erronea valoración de la prueba	253
Tributos municipales	254
Determinación de la obligación tributaria municipal	254
Procedimiento para la determinación tributaria municipal.	257

Vías de determinación de la obligación tributaria	258
Supuestos para que opere la fiscalización oficiosa	260
Ilegalidad del acto administrativo, no se encuentra dentro del supuesto establecido en el ordinal 2° del artículo 105 de la Ley General Tributaria Municipal.....	261



Impreso en
Talleres Gráficos UCA,
en octubre del 2017
San Salvador, El Salvador, C. A

